

زن، فقه، اسلام

صديقه وسمقى

با سپاس از همسرم آقای سید محمدعلی ابراهیمزاده گنجی
که همواره مرا از همفکری و همکاری بی دریغ خود
بهره‌مند می‌سازد.

فهرست مطالب

ولایت و حدود آن	۱۲۸
ولایت در ازدواج دختر	۱۳۰
ولایت مادر	۱۳۴
طلاق	۱۴۲
نقد احکام فقهی در باب طلاق	۱۴۶
رضایت زن در طلاق	۱۴۹
سن بلوغ	۱۵۲
بلوغ جسمی	۱۵۴
رشد	۱۵۶
قضاوت زن	۱۶۴
بررسی روایات	۱۶۸
شهادت زن	۱۷۴
مواردی که شهادت زن پذیرفته نیست	۱۷۶
شهادت، راه رسیدن به علم	۱۸۲
مفهوم عدم جواز شهادت زن	۱۸۷
شهادت دو زن در مقابل یک مرد	۱۸۹
دیه زن	۱۹۵
ارث زن	۲۰۵
سخن آخر	۲۱۸
فهرست منابع	۲۲۴

مقدمه	۷
چهره زن مسلمان در دنیای امروز	۹
صورتگر این چهره کیست؟	۱۱
فقه و فرهنگ عربی	۱۵
اسلام و احکام فقهی	۱۹
تجدید نظر در ادله و حدود دلالت آنها	۲۹
قانونگذاری و مقتضیات روز	۳۵
چند همسری و اسلام	۴۱
مشروط کردن ازدواج مجدد به اجازه زن و حکم آن	۴۷
پاسخ به یک شبهه	۵۷
شرط ضمن عقد نکاح	۶۳
آیا شرط عدم تزوج خلاف شرع است؟	۶۷
بحثی درباره روایات	۷۱
فایده شرط ضمن عقد نکاح	۷۸
بیست و سه نمونه زندگی دو همسری	۸۵
خروج زن از خانه	۸۷
تعارض خروج زن با حق استمتاع مرد	۹۸
حق انتفاع جنسی زن	۱۰۰
آیا مرد بر زن سلطه دارد؟	۱۰۸
مسئولیت‌ها و حقوق مادر نسبت به فرزند	۱۲۰
حضانت	۱۲۲

اعتقاد اقرار نمود.

با توجه به اهمیت فقه در این دوره از تاریخ ایران و نقش و تأثیر آن در زندگی مردم، کنکاش در فقه و ارزیابی و نقد آن ضروری به نظر می‌رسد. هر چند که از حساسیت خاصی نیز برخوردار است. کتاب حاضر با رویکرد به برخی مصادیق حقوق زن و خانواده در فقه و تأثیر آن بر قوانین امروز ایران و ارزیابی آن نگاشته شده است. شاید این تلاش در بازسازی چهره زن مسلمان و زدودن زنگارها از آن مؤثر باشد. شاید روزی فرا رسد که نقاب فقه رایج از چهره زن مسلمان برداشته شود.

مقدمه

امروز، در جامعه ایران، فقه در همه شئون زندگی مردم دخالت دارد. حوزه حضور فقه چنان گسترده است که از یک سو مهمترین حوزه‌های اجتماعی و سیاسی و ازسوی دیگر ساده‌ترین و شخصی‌ترین امور را در بر می‌گیرد. حاکمیت در جمهوری اسلامی در حقیقت برعهده فقه و فقهاست. اعتقاد به حاکمیت فقه و فقیه هم‌سنگ اعتقاد به اصولی مانند امامت، نبوت، معاد و توحید دانسته می‌شود تا آنجا که بدون این اعتقاد نمی‌توان در حوزه‌های مهم سیاسی و اجتماعی حضور داشت. مهمتر از آن به باور برخی، عدم اعتقاد به این اصل، عدم اعتقاد به اسلام به‌شمار می‌آید. این اصل به حوزه‌های شخصی زندگی نیز نفوذ کرده است، مانند نحوه لباس پوشیدن. حاکمیت سلیقه و نظر فقها در اموری مانند شیوه لباس پوشیدن در راستای امر به معروف و نهی از منکر و تلاش برای تعمیم این سلیقه به جامعه موجب تأسیس نهادهایی خاص شده است که مخالفان با سلیقه آنها در برخی امور به این نهادها و اماکن هدایت شده، در آنجا مورد ارشاد و انذار قرار می‌گیرند. بدون اطلاع از برخی احکام فقهی عبور از دالان گزینش، دست یافتن به مشاغل ممکن نیست. همچنین اعمال سلیقه‌ای خاص در تفسیر پوشش زنان موجب شده که زنان بدون داشتن چادر نتوانند به برخی اماکن وارد شوند.

اهمیت حاکمیت فقه و فقیه موجب شده که قلمرو آن که روزی فقط «عمل» بود و از فقه به احکام عملی تعبیر می‌شد تا قاف اعتقادات فرا رود. به عبارت دیگر علاوه بر عمل بر سلیقه و رأی فقها، باید به اصل حاکمیت فقه و فقها اعتقاد داشت و به این

رسیده‌اند، از آن روی بوده که در آن جوامع اسلام حاکمیت نداشته است.

زن مسلمان در دنیای امروز موجودی شناخته می‌شود که دارای حقوق فردی، خانوادگی و اجتماعی، برابر با مرد نیست. ارزش انسانی او کمتر از مرد است، از این رو دیه او نصف دیه مرد است، نصف مرد ارث می‌برد... او نمی‌تواند قاضی باشد، او نمی‌تواند به مقامات بالای سیاسی دست یابد. او حتی حق ندارد به همسر خود اعتراض کند که چرا زن دیگری اختیار کرده و اگر در ضمن عقد نیز شرط کند که همسرش نباید زن دیگری اختیار کند، این شرط باطل است. او نسبت به فرزند خود حقی ندارد و فرزند متعلق به پدر است و...

بدیهی است که موجودی چنین ضعیف و ناتوان مستحق ترحم است و نمی‌تواند چهره‌ای زیبا و مطلوب برای زنان مسلمان و آگاه امروز باشد.

چهره زن مسلمان در دنیای امروز

در دنیای امروز هنگامی که از زن مسلمان یاد می‌شود، چهره‌ای از او ترسیم می‌گردد که زن مسلمان خود نیز از آن ناخشنود است. در جوامع اسلامی بویژه زنان و مردان تحصیلکرده، جوانان و روشنفکران این چهره را ناپسند می‌دانند و از اینکه زن مسلمان در جهان با چنین چهره‌ای شناخته می‌شود رنج می‌برند. بسیاری از زنان مسلمان که این چهره را نامطلوب می‌دانند و در اندیشه خود قادر به بازسازی این چهره نیستند، از این چهره روی برمی‌گردانند و در جهانی که آشنایی با همه فرهنگ‌ها آسان شده، سیمایی دیگر برای خود برمی‌گزینند. اندیشمندان و روشنفکرانی که با دین سر سازگاری ندارند از این امر استقبال می‌کنند، اما اندیشمندانی که دین باورند و در عین حال معتقدند که دین در زندگانی انسان در جایگاهی قرار دارد که با تغییرات و تحولات جوامع می‌تواند سازگار باشد، می‌کوشند که چهره زن مسلمان را بازسازی کنند، یعنی از سویی اصول انکارناپذیر اخلاقی و دینی را حفظ کنند و ازسوی دیگر چهره‌ای مطلوب و زیبا برای زن ترسیم کنند که زن مسلمان از این چهره روی بر نگرداند و نگریزد و با گریز از آن چهره نامطلوب، هویت خود را از دست ندهد.

اما چهره‌ای که امروز غالباً زن مسلمان را با آن می‌شناسند چنین است: زن مسلمان موجودی است غیرمستقل، متکی به مرد، مطیع و فرمانبر مرد. این موجود که معمولاً در زیر پوششی سیاه پنهان شده، نمی‌تواند بدون اجازه مرد اعم از شوهر یا پدر از خانه خارج شود. او در جامعه منشأ اثر نیست و نمی‌تواند در اداره جامعه سهمی داشته باشد. اگر در برخی جوامع اسلامی زنانی به مقاماتی مانند نخست‌وزیری و یا مانند آن

- مادر می‌تواند برای شیردادن به نوزاد خود، از پدر فرزند خود مطالبه دستمزد کند و پدر اگر با دستمزد او موافق نباشد می‌تواند نوزاد را به زن دیگری بدهد.^۱
- مادر برای شیردادن به فرزند خود، فقط اولویت دارد، نه حق.^۲
- از شرایط قاضی، مرد بودن است.^۳
- زن در هر زمان و مکان مناسب در صورت تمایل شوهر باید خود را در اختیار او قرار دهد و تمکین کند، اما حق زن از رابطه زناشویی با شوهر خود فقط هر چهار ماه یکبار است.^۴
- وظیفه شوهر انفاق به زن و وظیفه زن تأمین نیاز جنسی شوهر است.^۵
- طلاق در اختیار مرد است و او هر گاه بخواهد می‌تواند زن را طلاق بدهد، حتی در غیاب زن.^۶
- زن اگر بخواهد از شوهر طلاق بگیرد برای جلب رضایت او ممکنست مجبور شود مهر خود و یا بیش از آن را به شوهر ببخشد.^۷
- اگر زن در ضمن عقد نکاح شرط کند که شوهرش زن دیگری اختیار نکند، این شرط خلاف شرع بوده، باطل است.^۸
- دیه زن نصف دیه مرد است^۹ و اگر مردی از روی عمد و ستم زنی را به قتل

صورتگر این چهره کیست؟

به‌راستی این چهره ناموزون را که هر زن مسلمان و آگاهی می‌کوشد بگوید که «من چنین نیستم» چه کسی ترسیم کرده است؟ و از چه زمانی ترسیم شده است؟ اگر به متون فلسفی، کلامی و عرفانی که از دانشمندان علوم اسلامی بر جای مانده مراجعه کنیم، ممکن است با عباراتی روبه‌رو شویم که موجب تحقیر زن است، اما موضوع بحث آن علوم چیز دیگری است و بحث پیرامون حقوق زن و بایدها و نبایدها برای او در این علوم جایگاهی ندارد. آنچه از خلال آنها درباره زن به‌دست می‌آید گذراست و در اصل پایه و اساس آن دیدگاه نیز در جای دیگری بنا نهاده شده است. اما هنگامی که متون فقهی را ورق می‌زنیم، در فصول مختلف هر از گاهی به عبارتی برمی‌خوریم که خواننده را به تأمل و پرسش وامی‌دارد. ما ابتدا به ذکر نمونه‌هایی از عبارات و مضامین مستفاد از آنها می‌پردازیم:

- نماز جمعه از زن، برده، مسافر، پیرمرد، کور و فلج ساقط است.^۱
- مسجد زن خانه اوست.^۲
- زن بدون اجازه شوهر نباید از خانه خارج شود.^۳
- دختر نمی‌تواند بدون اجازه پدر ازدواج کند.^۴

^۱-لمعه، کتاب الصلاة، ص ۳۲

^۲-همان منبع، ص ۲۶

^۳-منهاج الصالحین، ج ۳، ص ۱۰۴ و جواهرالکلام ج ۳۱، ص ۱۸۴

^۴-جواهرالکلام ج ۲۹، ص ۱۸۵-۱۷۴

^۱-لمعه، کتاب النکاح، ص ۱۷۶

^۲-همان منبع

^۳-لمعه کتاب القضاء، ص ۷۹ و جواهرالکلام ج ۴۰، ص ۱۵-۱۲، ۲۰ و دیگر منابع فقهی شیعی و سنی

^۴-لمعه، کتاب النکاح، ص ۱۷۷ و مسالک الافهام فی شرایع الاسلام ج ۱، ص ۲۵۰

^۵-لمعه، کتاب النکاح، ص ۱۷۴

^۶-لمعه، کتاب الطلاق، ص ۱۸۳: "زنی که شوهرش حاضر است از هنگام طلاق یافت شوهر باید

عده نگه دارد و زنی که شوهرش غایب بوده در صورت فوت شوهر از هنگام دریافت خبر فوت،

عده نگه می‌دارد و در صورت طلاق از هنگامی که طلاق واقع شده باید عده نگه دارد"

^۷-لمعه، کتاب الخلع، ص ۱۸۴

^۸-شرح لمعه ج ۵، ص ۳۶۲

^۹-لمعه، کتاب الدیات، ص ۲۶۱

رساند، اولیای زن اگر بخواهند آن مرد را قصاص کنند باید تفاوت دو دیه، یعنی نصف دیه مرد را به ورثه مرد بدهند.^۱

مواردی که به آنها اشاره شد برگرفته از کتب فقهی امامیه است، اما در میان فرق اسلامی، هستند تندروها و متعصبانی که حتی مدرسه رفتن و درس خواندن، اشتغال در بیرون خانه، زیارت قبور، رانندگی کردن و مانند آنها را نیز برای زن حرام و نامشروع می‌دانند و این برداشتها را به اسلام منتسب می‌کنند.^۲

اینکه احکام مورد اشاره چه جایگاهی در اسلام دارد بعداً مورد بحث قرار خواهد گرفت. با مروری بر فصول مختلف کتب فقهی و موارد یادشده ملاحظه می‌کنیم که در معاملات و معاوضات و بیشتر احکام عبادی و حدود تفاوتی میان زن و مرد وجود ندارد و غالباً احکام ناظر بر جنسیت نیست.

اما در خانواده و امور اجتماعی این تفاوت چشمگیر است و در فقه به شدت وزن زن در خانواده و مسائل اجتماعی کاهش می‌یابد، به طوری که زن در خانواده نقش مهمی ندارد. او حتی در قبال فرزندان و نگهداری از آنها مسئولیت مهمی ندارد، مگر در آنجا که پدر و جد پدری نباشد.^۳

هنگامی که زن در خانواده مسئولیت و نقشی ندارد به طریق اولی در جامعه نیز نمی‌تواند مسئولیت و نقشی داشته باشد. در آینده درباره منشأ این احکام فقهی بحث خواهیم کرد، اما چنان که ملاحظه شد تصویری که از زن مسلمان ترسیم شده است حاصل احکام فقهی یادشده است و در واقع صورتگر این چهره فقه است. ترسیم چنین چهره‌ای برای زن که حتی زنان مسلمان نیز خود آن را مطلوب نمی‌دانند و تحمیل چنین احکامی بر زن، نه تنها اجحاف به زن، بلکه احجاف به اسلام است. برخی از

فقه‌های متأخر مانند: شیخ محمد مهدی شمس‌الدین^۱ و آیت‌الله صانعی^۲ که نسبت به نامناسب بودن پاره‌ای احکام و توجیه‌ناپذیر بودن آن توجه یافته‌اند کوشیده‌اند در احکام یادشده تجدیدنظر نموده، بدین وسیله اعلام کنند که احکام اسلام می‌تواند متناسب با مقتضیات روز تغییر یابد. این عده می‌کوشند با تغییر برخی احکام، چهره‌ای پویا و مترقی از فقه معرفی کنند، اما گروهی دیگر از فقها که طرفدار فقه سنتی بوده، اصولاً قائل به تغییرپذیر بودن احکام فقهی نیستند و معتقدند که احکام فقهی همانا احکام شرعی و اسلامی است و درباره زن نیز چنان می‌اندیشند که گفته شد. این گروه هنگامی که زن در جامعه حضور می‌یابد، یا مقام و منصبی احراز می‌کند، اسلام را در خطر می‌بینند.

به راستی چرا در فقه اسلامی چنین چهره‌ای از زن ترسیم شده است؟

در دنیای امروز هنگامی که از زن مسلمان نام برده می‌شود، زن عرب در اذهان تصویر می‌گردد، حتی اگر از مرد مسلمان نیز یاد شود مردی در هیئت عربی نمایش داده می‌شود. درحالی که در جهان صدها میلیون نفر مسلمان غیرعرب وجود دارد. حتی در برخی از موزه‌های بزرگ جهان که فرهنگ ملل و اقوام مختلف و ویژگی‌های آن به نمایش گذاشته شده، در بخش فرهنگ اسلام شکل و شمایل همه چیز اعم از چهره و لباس زنان و مردان، خانه و اثاثیه و معماری، عربی است. این نیست مگر به دلیل تأثیر فراوان فرهنگ عربی بر اسلام و بویژه فقه اسلامی و نیز درهم آمیختگی اسلام و فرهنگ عربی.

^۱-لمعه، کتاب القصاص، ص ۲۵۰ و جواهرالکلام ج ۴۳ ص ۳۳-۳۲

^۲-افراط گرایانی همچون طالبان چنین محدودیت هایی را برای زنان قائلند. و یا در عربستان سعودی رانندگی برای زنان ممنوع است. نگاه کنید به سایت: www.alifta.net/default.aspx

^۳-لمعه، کتاب النکاح، ص ۱۶۳، ۱۷۸-۱۷۶ و جواهرالکلام ج ۴۳، ص ۳۳-۳۲

^۱-فقه المرأة، الستر والنظر

^۲-استفتائات قضائی ج ۱، ص ۲۳۱، ج ۲، ص ۳۸۷

فقه و فرهنگ عربی

با مروری بر تاریخ ادیان درمی‌یابیم که همه ادیان و انبیای الهی با پیام‌های بزرگ و مهم اعتقادی آمدند و مردم را به توحید و پرهیز از شرک دعوت کرده، موازین اخلاقی و صراط رستگاری را برای مردمان بیان کردند. در بررسی شیوه تعامل انبیا با مردم روزگار خود می‌بینیم که ادیان با فرهنگ رایج خاستگاه خود در ستیز نبوده‌اند و اصولاً به جزئیات نپرداخته‌اند و درصدد دگرگون کردن زندگی رایج و معمول مردم نبوده‌اند. ما چنین داعیه‌ای را در ادیان و انبیا نمی‌بینیم، بلکه ادیان الهی ضمن صحنه نهادن بر فطرت و عقلانیت انسان که راهبر او در ساختن زندگی، اکتشاف و اختراع و دستیابی به علوم، فنون و تمدن است، او را به معنویت و ایمان به خدا و آخرت فراخوانده‌اند.

اسلام نیز همین شیوه معمول را داشته است، یعنی اسلام نیز با تمامیت فرهنگ مردم خاستگاه خود درگیر نشد و داعیه‌ای بر این امر نداشت. پیامبر اسلام از میان مردم عرب برخاست و خود متعلق به آن فرهنگ بود، مانند مردم روزگار خود می‌زیست و زندگی او همانند آنان بود. هنگامی که به کتب فقهی مراجعه می‌کنیم، می‌بینیم در فقه بسیاری از احکام ناظر بر جزئیات زندگی مردم آمده است. ورود اسلام به این جزئیات از کجا نشأت گرفته است؟

مادامی که پیامبر اسلام در مکه بود با توجه به موانعی که میان آن حضرت و پیروانش وجود داشت، فرصت برای ورود به جزئیات فراهم نمی‌شد، اما پس از مهاجرت پیامبر از مکه به مدینه و حدود ده سال زیستن در میان پیروان اسلام این

فرصت فراهم شد که مسلمانان از نزدیک زندگی و اعمال پیامبر را مشاهده کنند و درباره هر موضوعی که می‌خواستند از وی سؤال کنند. چنان که گفته شد اسلام نیز مانند دیگر ادیان بنا نداشت که فرهنگ و زندگی مردم خاستگاه خود را در همه ابعاد دگرگون سازد، بلکه اسلام به اصلاح اعتقادات آنان و برخی سنت‌های نادرست پرداخت و نسبت به باقی تعرض نکرد. پیامبر پیش از هر چیز به ابلاغ وحی و دفاع از دین نوحاسته پرداخت و از این‌رو در مجموعه کتب و منابع فقهی می‌بینیم که احکام تأسیسی اسلام بسیار نادر و احکام امضایی فراوان است. پیامبر به بسیاری از آداب و رسوم، شیوه زندگی، معاملات، معاشرت، ساختار خانوادگی، اجتماعی و قبیله‌ای مردم که با اصول اعتقادی اسلام منافات نداشت، تعرض نکرد. آنچه به‌عنوان سنت نبوی باقی ماند، فقط مختص به تعالیم آن حضرت از شریعت اسلام نیست، بلکه دیده‌ها و شنیده‌ها اعم از قول، فعل و تقریر آن حضرت به‌عنوان سنت جمع‌آوری شد که این سنت بزرگترین و مهمترین مبنای فقه اسلامی گردید. به‌طوری که استناد فقها به آیات قرآن بسیار کمتر از استناد به سنت است. پیامبر اسلام به بیان واجبات، محرمات و احکام عبادات پرداخت و در دیگر امور، غالباً شیوه معمول را برهم نزد و به تعبیر فقها آنها را امضا کرد. بدیهی است که شیوه معمول زندگی مردم یثرب که پس از مهاجرت پیامبر به آنجا، مدینه‌النبی خوانده شد، مبتنی بر فرهنگ آن مردم بوده است. آنان به شیوه خود زندگی می‌کردند. خانواده ساختار خاص داشت، مرد سرپرست مطلق خانواده بود، زنان و فرزندان تحت سرپرستی مطلق مردان زندگی می‌کردند و مطیع آنان بودند. ساختار قبیله‌ای و خویشاوندی خاصی در آن فرهنگ حاکم بود که این ساختار منشأ قوانین بسیاری شده بود. قوانینی که براساس آن خویشاوندان در قبال یکدیگر مسئول بودند، برای نمونه دیه قتل خطایی را خویشان ذکور پدری پرداخت می‌کردند.^۱ زن در این ساختار وظیفه و مسئولیت و به تبع آن حقوق اجتماعی و خانوادگی چندانی نداشت. مردم با توجه به شرایط اقلیمی، اقتصادی و دیگر مقتضیات

^۱ -المعه کتاب الدیات، ص ۲۶۱ و جواهرالکلام ج ۴۳، ص ۲۶-۲۵

خاص خود، لباس می‌پوشیدند، غذا می‌خوردند، معامله می‌کردند و... پیامبر نیز که بشری مانند آنان بود، همچون ایشان زندگی می‌کرد و زنان و دختران او نیز مانند دیگر مردمان زندگی می‌کردند. بدین ترتیب سنت پیامبر آمیزه‌ای شد از تعالیم شریعت اسلام با آداب و سنن معمول مردم مدینه که مصون از اعتراض پیامبر باقی ماند و نیز آنچه پیامبر براساس عقل، تجربه و دانش خود در اختیار مردم قرار داد. همه اینها به‌عنوان منبع اصلی فقه در دست فقها قرار گرفت و فقه بر این اساس شکل گرفت. فقها برای استنباط احکام شرعی بیش از قرآن، به سنت مراجعه و استناد می‌کنند و حال آنکه بخش اعظم سنت امور امضایی است که بی‌تردید زاییده فرهنگ و عرف مردم مدینه بوده است. بدین ترتیب فقه اسلامی و فرهنگ عربی آن زمان چنان با هم در آمیخت که تفکیک این دو از یکدیگر مشکل شد. تا آنجا که ملزومات و مقتضیات آن فرهنگ که با سنت قرین شده عین شریعت اسلامی خوانده شده و مخالفت با آن مخالفت با شریعت قلمداد می‌شود. وقتی کتب و منابع فقهی و حتی کتب حدیث را مرور می‌کنیم به آسانی به فضای فرهنگی مردم مدینه هنگام ظهور اسلام قدم می‌گذاریم. در آمیختگی زیاد شریعت اسلام با فرهنگ عربی مدینه‌النبی از فقه نیز چهره‌ای کاملاً عربی ساخته است.

به‌طوری که اگر بخواهیم فقه موجود را در هر نقطه کره‌زمین اجرا کنیم تو گویی که می‌خواهیم فرهنگ عربی را در آنجا اشاعه دهیم. این اختلاط موجب شده که اگر کسی بخواهد شریعت اسلامی را بشناسد، باید آن را در خلال فرهنگ عربی جست‌وجو کند و شدت اختلاط موجب شده در بیشتر موارد آن دو را یکی بدانند. از این‌روست که می‌بینیم در دنیای امروز چهره اسلام، چهره‌ای عربی است. فقه اسلامی، مروج فرهنگ عربی است و چهره زن مسلمان نیز، چهره زن عرب خاستگاه اسلام است. به‌طور کلی روابط حاکم بر خانواده، قبیله، جامعه، آداب، رسوم، سنن، اموال و مقتضیات موجود جامعه آن روز مسلمانان را که مورد تعرض پیامبر اسلام قرار نگرفته، سنت نبوی دانستن و مستند احکام شرعی قراردادن، فقه ما را با چالش‌های جدی روبه‌رو ساخته و بالاتر از آن اسلام را در برابر پرسش‌های جدی قرار داده است.

پرسش‌هایی که با شیوه معمول فقهی نمی‌توان پاسخ مناسبی برای آنها یافت. برای پاسخ‌دادن به ابهامات باید به این سؤال پاسخ گفت:
آیا فقه ما بیانگر شریعت اسلامی است و آیا احکام فقهی همانا احکام شرعی است؟

به عبارت دیگر نسبت اسلام و احکام فقهی چیست؟

فقه‌است. آیا فقه می‌تواند به پرسش‌ها و ابهامات پاسخ گوید و مخاطبان خود را مجاب و متقاعد سازد؟

برای رسیدن به پاسخ این پرسش کمی به عقب بازمی‌گردیم. پیامبر اسلام در میان پیروان خود می‌زیست، درحالی‌که بر جامعه کوچک مدینه قوانین و مقررات خاصی حاکم بود. قوانین و مقرراتی که زاییده ساختار اجتماعی، خانوادگی، فرهنگ و عرف آن جامعه بود. اینکه مقررات حاکم بر جامعه‌ای متناسب و هماهنگ با مقتضیات آن جامعه باشد امری بدیهی و اجتناب‌ناپذیر است. اگر مقررات با ویژگی‌های گوناگون یک جامعه سنخیت و همگونی نداشته باشد، پر واضح است که آن مقررات قابل پذیرش و اجرا نخواهد بود.

در ابتدا پیامبر برای مردم قوانینی وضع نکرد، بلکه قوانین وجود داشت. مردم ازدواج، ارتزاق، معامله، تجارت و زراعت می‌کردند، روابط خویشاوندی، نسبی، سببی و مناسبات میان زن و شوهر، والدین و فرزندان وجود داشت. چنان‌که گفتیم پیامبر به این امور تعرضی نکرد و روش برخورد اسلام با زندگی متداول مردم روش اصلاحی بود. نخستین داعیه اسلام و همه ادیان، اصلاح مبانی اعتقادی انسان‌ها بوده است و همان‌طور که گفتیم پیامبر اسلام در طول قریب ده‌سال زندگی در میان پیروان خود این فرصت را یافت که علاوه بر اعلام وحی الهی به پیروان خود، آنان را به فراخور درک و متناسب با مقتضیات زندگی‌شان با موازین اخلاقی و اصول انسانی اسلام آشنا سازد.

اکثر قریب به اتفاق موضوعاتی که در احادیث و به‌عبارت دیگر در سنت به آنها برمی‌خوریم موضوعاتی است که مردم با آنها درگیر بوده، با آنها می‌زیستند. پیامبر اسلام در آن قوانین و مناسبات دگرگونی ایجاد نکرد و زندگی روزمره و متداول مردم را زیر و رو نساخت، بلکه آرام‌آرام در میان آنان به اصلاح پاره‌ای اشتباهات پرداخت. برای نمونه به مردم اعلام کرد که ^۱ظهار یک سنت جاهلی است و اگر مردی بخواهد

اسلام و احکام فقهی

آشنایی مردم عادی و عوام با اسلام در نقاط مختلف جهان، حتی در کشورهای اسلامی نه از راه مراجعه به افکار حکما، فلاسفه، متکلمین و عرفای اسلامی است، بلکه در هر کجای جهان اگر از یک فرد عادی که با اسلام آشنایی دارد درباره شناخت او از اسلام پرسیده شود به این موارد اشاره خواهد کرد: زنان باید پوشش داشته باشند. در اسلام زن مانند مرد اجازه حضور در جامعه و دخالت در مسائل اجتماعی و سیاسی ندارد. در اسلام حاکمیت با مردان است. مردان می‌توانند چند همسر اختیار کنند. اگر کسی مرتکب زنا شود سنگسار می‌شود و مواردی از این دست. اگر نیک بنگریم این شناخت از خلال کتب فلسفی، عرفانی و کلامی به‌دست نیامده است، بلکه این برداشت‌ها متأثر از کتب فقهی و فتاوی فقه‌است، از این‌رو می‌بینیم که صرف‌نظر از عده‌ای خاص، عموم مردم اسلام را بیشتر به واسطه احکام فقهی می‌شناسد، چرا که فقه با احکام عملی و امور ظاهری سر و کار دارد و به‌دست آوردن شناخت از این طریق مقدم بر شناخت از طریق آرا، افکار و عقاید است و چنان‌که دیدیم شناخت مردم نسبت به زن نیز به‌واسطه احکام فقهی است. شناخت ما نسبت به یکدیگر نیز همواره پیش از هر چیز از راه اعمال ظاهری است و شناخت نسبت به دیگر ویژگی‌ها در مراتب بعد قرار می‌گیرد. بنابراین در طول تاریخ همواره فقه در معرفی چهره اسلام به دیگر علوم مقدم بوده، به آن حد که دیگر علوم را تحت‌تأثیر قرار داده است. از همین‌روست که می‌بینیم هرگاه اسلام از سوی افکار و عقاید مختلف حتی در میان خود مسلمانان مورد سؤال قرار می‌گیرد، این پرسش‌ها بیش از همه متوجه فقه و

۱. ظهار، سنتی جاهلی بوده که مرد به همسر خود می‌گفت تو پس از این برای من مانند مادر یا خواهر یا دخترم هستی و در حقیقت با این الفاظ زن خود را بر خویش حرام می‌کرد. مردان عرب

از زنش جدا شود باید او را طلاق دهد. پیامبر این رسم جاهلی را منسوخ کرد^۱ و طلاق را که پیش از آن نیز در شریعت موسی و دین یهود وجود داشت و مسلمانان نیز به دلیل همزیستی با یهودیان با آن آشنا بودند، راه صحیح قطع پیوند زناشویی معرفی کرد و با مانند دیه یا خون بها که پیش از اسلام در میان مردم رایج بوده است. پیامبر اسلام آن را نفی نکرد، بلکه همانند جد خود عبدالمطلب در یک داورى که به او ارجاع شده بود صد شتر را به عنوان دیه تعیین نمود^۲. او در عین حال دیه رایج در میان دیگر قبایل را رد نکرد^۳. در میان مردم آن روزگار معمول بوده که از اموال با ارزش خود به عنوان خون بها پرداخت می کردند و آن اموال عبارت بود از شتر، گوسفند، گاو و لباس یمنی از جنس ابریشم و یا درهم و دینار که سکه نقره و طلا و به عبارتی پول رایج آنان بوده است. برای نمونه برده داری در دنیای آن روز متداول بوده، در میان اعراب نیز وجود داشت. اسلام با این پدیده نیز که پدیده ای اجتماعی بود مانند دیگر پدیده ها برخورد کرد. اسلام برده کردن انسان های آزاد را منع کرد و راه های متعددی برای آزاد کردن بردگان قرار داد مانند آزاد کردن برده به عنوان کفاره گناه^۴. پیامبر خود همواره در آزاد کردن بردگان پیشگام بود، ولی از سوی دیگر به اصلاح قوانین حاکم بر روابط برده و مولی پرداخت و آن قوانین را از اساس تغییر نداد، بلکه به بهبود وضع زندگی بردگان و تعدیل روابط میان برده و ارباب همت گماشت^۵. درواقع با بررسی شیوه

از این سنت هنگام شدت اختلاف با همسر خود استفاده می کردند و به این ترتیب همسر خود را معطل و بلا تکلیف رها می ساختند. پیامبر اسلام اعلام کرد هرکس از این پس همسر خود را ظهار کند برای بازگشت نزد وی باید کفاره بپردازد، در غیر این صورت رابطه او با همسرش حرام است. در صورتی که مرد تا سه ماه کفاره نپردازد و رابطه زناشویی را با همسر خود برقرار نکند مجبور به طلاق همسر خود خواهد شد. رک به لمعه، کتاب الظهار، ص ۱۸۶، ۱۸۷

^۱ -قرآن، ۵۸: ۲و۳

^۲ -سؤالات الشیعه، ج ۲۹، ص ۱۹۸ روایت شماره ۳۵۴۴۰ و طبقات ابن سعد، ج ۱، ص ۷۹

^۳ -المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام، ج ۵، ص ۵۹۲

^۴ -لمعه، کتاب الکفارات، ص ۷۶-۷۷ و قرآن، ۵۸: ۳، ۴: ۹۲، ۵۸: ۹، ۵۰: ۱۳

^۵ -برای آشنائی با رویکرد مسلمانان در زمان پیامبر نسبت به بردگی رجوع کنید به:

قرآن، ۲۴: ۲۳ و لمعه، ص ۱۷۰-۱۶۹، ۱۹۵-۱۹۳

برخورد پیامبر با قوانین اجتماعی و مدنی درمی یابیم که آنچه مبتنی بر تجربیات، علم و عقل انسان ها در طول روزگاران بوده مورد اعتراض قرار نگرفته، بلکه در همان ساختار هر کجا کثرت وجود داشته (به فراخور فرصت و توان پیامبر و ظرفیت پذیرش مردم) راست گشته و هر کجا قوانینی از عدل و انصاف انحراف یافته، به سوی عدل بازگشته است، برای نمونه در میان اعراب، مهریه هنگام نکاح وجود داشته، ولی مهریه را پدر دختر می گرفت^۱. پیامبر مهریه را نفی نکرد، بلکه فرمود که مهریه متعلق به زن است، نه پدر او^۲. مردم با یکدیگر دادوستد می کردند، از یکدیگر قرض می گرفتند، رهن می گرفتند، صید می کردند، مسابقه اسب سواری و تیراندازی می دادند و... اینها همه موضوع احادیث و سنت قرار گرفت و چنان که گفتیم دلیل عمده فقها برای استخراج احکام شرعی شد. البته بخش مهمی از سنت، ذکر واجبات، منهیات، حلال و حرام است که در قرآن نیز آمده است. واجبات و محرمات بدیهی و منصوص که اختلافی در آنها نیست، از موضوع بحث ما خارج است. مانند وجوب نماز، روزه، زکات، حرام بودن شرب خمر، زنا، ربا و... .

واجبات و محرمات به اقتضای ماهیت آن غالباً در حوزه عبادات مطرح می شوند و این بخش چنان که یادآور شدیم موضوع بحث ما نیست. بخش عمده سنت مربوط به زندگی متداول مردم آن زمان و موضوعات مبتلا به آنان است. موضوعاتی که ابداع و

منابع فقهی که مستند به روایات می باشند نشان دهنده رویکرد مسلمانان نسبت به موضوع می باشد. روایاتی از پیامبر نقل شده که حاکی از دیدگاه آن حضرت نسبت به بردگان است مانند این روایت: "هرکس برده خود را بکشد او را (به عنوان مجازات) می کشیم" (سنن ابن ماجه، فصل ۲۳، حدیث ۲۷۶۵).

این روایت نشان می دهد که پیامبر ارزش جان برده و آزاد را برابر می دانست هر چند که تازه مسلمانان از پذیرش این دیدگاه خودداری می کردند.

^۱ -المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام، ج ۵، ص ۵۳۱ به نقل از الفصول فی الاصول، ج ۲، ص ۵۷

^۲ -لمعه، کتاب النکاح، ص ۱۷۰ .

به علاوه منبع فقهی دیگر مانند جواهرالکلام و شرایع الاسلام که همه مستند به سنت می باشند مهریه را متعلق به زن می دانند.

اختراع اسلام و پیامبر نیست. حال در اینجا باید به بررسی این موضوع پردازیم که آیا حکمی که فقها از سنت اعم از قول، فعل و تقریر پیامبر در موضوعاتی که موضوع سنت است استنباط می‌کنند حکم شرعی است؟ و موضوع مهمتر آنکه آیا حکم شرعی در آن موضوع منحصر به همان است و لاغیر؟ به عبارت دیگر آیا تغییر آن حکم، مخالف با اسلام و شرع است؟

یعنی اگر متناسب با تغییرات، تحولات و مقتضیات، در آن احکام و یا قوانین تغییراتی به وجود آید حکم یا قانون جدید خلاف شرع است؟

اصولیون سنت پیامبر را حجت می‌دانند، البته امامیه سنت معصوم اعم از پیامبر اسلام و اهل بیت را حجت می‌دانند. اما در اینجا ما فقط پیرامون سنت نبوی سخن می‌گوییم زیرا که اولاً، سنت اهل بیت از آن جهت حجت است که کاشف از سنت پیامبر است، یعنی، طریق امامیه برای وصول به سنت نبوی است و ثانیاً، از آن روی که سنت نبوی قدر مشترک میان مذاهب اسلامی است.

حجیت سنت پیامبر از نظر اصولیون، یعنی اینکه قول، فعل و تقریر آن حضرت دلالت دارد بر حکم شرعی. به عبارت دیگر آنچه از قول، فعل و تقریر پیامبر پس از فحص و بررسی پیرامون یک موضوع به دست آمد، همان حکم شرعی است در آن موضوع. حال آنکه این موضوع خود قابل مناقشه است، اصولیون درباره دلالت قول، فعل و تقریر پیامبر به تفصیل بحث کرده‌اند و ما از بیان تفصیل این مباحث در اینجا پرهیز می‌کنیم و بر این نکته تأکید و اکتفا می‌نماییم که قول، فعل و تقریر پیامبر دلالت بر اباحه دارد، مگر در آنجا که حضرت به اقتضای رسالت و نبوت در مقام بیان حکم الهی باشد. در غیر این صورت آنچه از پیامبر به اقتضای طبیعت انسانی یا عادات اجتماعی و فرهنگی و یا حتی به اقتضای علم و تجربه شخصی خود سرزده اعم از قول، فعل و تقریر فقط دلالت بر مشروعیت دارد، نه بیش از آن. بنا بر این عادات، رفتارها و سنت‌های فرهنگی مسلمانان آن روزگار که به آنها اعتراض نشده است فقط مشروع و مباح بوده است و نمی‌توان آن را به اسلام نسبت داد و از آنها احکام شرعی استخراج کرد و از سوی دیگر نمی‌توان عمل کردن برخلاف آن عادات و رفتارها را نامشروع دانست. به عبارت دیگر مباح بودن یک فعل، دلالت بر عدم جواز فعل متفاوت با آن ندارد، برای نمونه

اگر راه رفتن مباح و جایز است راه رفتن غیرمباح و غیرمجاز نیست. آنچه از سنت نبوی با سند صحیح و قابل قبول به ما می‌رسد، حاکی از آن است که قول، فعل و یا تقریر آن حضرت مطابق با شرع بوده، مغایرت و منافاتی با شرع اسلام ندارد، در این مسئله میان فقها و اصولیون جای بحث و تردید نیست. اما اینکه آیا فقط همان حکم در آن موضوع مطابق شرع است و لاغیر قابل مناقشه است. مثلاً اگر در آن زمان، حضانت طفل پسر پس از دو سال به پدر واگذار می‌شد، اولاً اینکه فعل مذکور دلالت بر حکم شرعی داشته باشد قابل بحث است ثانیاً حتی با فرض قبول آن به عنوان حکم شرعی، منحصر بودن حکم شرعی در حضانت پسر به همین حکم، محل بحث است. ما می‌گوییم اینکه حضانت پسر پس از دوسالگی به پدر واگذار می‌شد، از آن رو که مغایرتی با اصول شرع نداشته، مورد تأیید بوده است و اینکه حضانت پسر پس از دوسال به مادر واگذار شود نیز مغایرتی با شرع ندارد و درواقع اثبات شی نفی ماعدا نمی‌کند. اثبات اینکه یک حکم در یک موضوع موافق شرع است دلالت ندارد بر اینکه حکم دیگر در آن موضوع مشروع نیست، البته در باب واجبات و محرمات که غالباً نیز از مقوله عبادات است، سخن متفاوت است. در تبیین واجبات و محرماتی که در قرآن بر آن تصریح شده، آنچه از سنت به ما رسیده مطاع است. هر چند که حتی در برخی از این مقوله‌ها نیز با توجه به تغییر مقتضیات و شرایط جای بحث وجود دارد و آرای متفاوت نیز بیان شده است. مثلاً در حج که از عبادات واجب است می‌بینیم که با توجه به ازدیاد جمعیت و با عنایت به اینکه نباید انجام این عبادت موجب عسرت شود، بسیاری از فقها انجام طواف را از پشت مقام ابراهیم جایز دانسته‌اند. یا مثلاً در باب ربا، با توجه به تغییرات عرفی در شیوه معاملات، بحث‌های جدید مطرح می‌شود. مثلاً خمس در فقه از عبادات و واجبات شمرده می‌شود و یکی از متعلقات آن گنج است، اما امروزه با توجه به مقتضیات اقتصادی و اجتماعی، اکتشاف گنج توسط مردم ممنوع و حتی جرم شناخته می‌شود و اگر کاشف گنج آن را به حکومت ندهد مورد مجازات شدید قرار می‌گیرد، درحالی‌که مطابق فقه فقط باید خمس آن را بپردازد.^۱ تأثیر شرایط و مقتضیات حتی در احکام عبادی از آن روست که شرایط و مقتضیات

^۱ -المعه، کتاب الخمس، ص ۴۶-۴۵ و جواهرالکلام و شرایع الاسلام مبحث خمس

موضوعات را می‌سازند و این تأثیرگذاری مطمئناً در باب احکام غیرعبادی انکارناپذیر و بدیهی است. اصولاً هر موضوعی مرکب از اجزایی شامل همه جوانب، شرایط و مقتضیات است. مثلاً موضوع حضانت فرزند در جامعه عرب زمان پیامبر، اجزا، شرایط و مقتضیاتی دارد که از ساختار خانواده، شرایط پدر و مادر و موقعیت و جایگاه آنان، وضعیت اقتصادی و اجتماعی زن، ساختار قبیله‌ای، توانایی مردان در تأمین معاش و تربیت فرزندان، مشاغل و... و امور متعدد دیگر نشأت می‌گیرد. موضوعات مدنی و خانوادگی نمی‌توانند چنان بسیط و ساده باشند که در همه زمان‌ها و مکان‌ها با مقتضیات و شرایط متفاوت بر آنها یک حکم رانده شود. ساختار خانواده در ایران، شرایط اجتماعی زن، شرایط اقتصادی زن و مرد، جایگاه پدر و مادر در خانواده ایران امروز، توانایی مردان در تربیت و نگهداری فرزندان و... چنان متفاوت با جامعه عرب زمان پیامبر است که اصولاً موضوع حضانت در آن جامعه با موضوع حضانت در این جامعه یکی نیست که یک حکم بر هر دو رانده شود. از این رو ما معتقدیم که جز در واجبات و محرمات، اگر پیامبر درباره فعلی سخنی فرموده، یا خود فعلی را انجام داده و یا عملی را تأیید نموده است، قطعاً این حاکی از مشروعیت آن فعل است. در عین حال معتقدیم که اینها دلالت ندارند بر اینکه اگر آن فعل به گونه‌ای دیگر انجام شود خلاف شرع است. به علاوه چنان که گفتیم شرایط و تحولات، موضوعات را متحول می‌سازد و هیچ موضوع اجتماعی و مدنی نمی‌تواند فارغ از جوانب، ویژگی‌ها و شرایط آن، متعلق یک حکم قرار گیرد. مثلاً براساس سنت در کتب فقهی آمده است که هرکس زمین موات را احیا و آن را آباد سازد مالک آن می‌شود^۱، این حکم شرعی است، اما آیا امروز به آن عمل می‌شود؟ قطعاً نه. چرا؟ شرایط و مقتضیات امروز موضوع احیای اراضی موات را با گذشته متفاوت ساخته است. بنابراین تغییر شرایط و تفاوت ویژگی‌های اجتماعی، اقتصادی، مدنی، علمی و... بر موضوعات مؤثر بوده که بدون در نظر گرفتن آنها، حکم فقهی نمی‌تواند حکمی نزدیک به واقع باشد. از مباحثی که گذشت چنین نتیجه می‌گیریم که جز در واجبات و محرمات بدیهی و مصرح، احکام فقهی، احکام قطعی و تغییرناپذیر شرع نیست. اگر به دور از تعصبات به

احکام فقهی و مستندات آنها بنگریم دو اشکال دیگر را نیز باید بر مطالب یادشده افزود. نخست آنکه بیشتر اخبار و احادیث که مستند احکام فقهی است قابل مناقشه و خدشه است و اخبار و احادیث خدشه‌ناپذیر بسیار نادر است. دیگر آنکه چگونگی استدلال و استنباط حکم از این اخبار و احادیث و حتی آیات نیز در بسیاری از موارد قابل مناقشه است که ما به برخی از آنها که در خصوص زن و حقوق وی است اشاره خواهیم کرد. بنابراین آنچه از احکام که در کتب فقهی آمده و برخی آنها را حکم قطعی و تغییرناپذیر اسلام می‌دانند، حکم اسلام نیست، مگر در واجبات و محرمات بدیهی و مصرح که اختلافی در آنها نیست. درواقع می‌توان از این منظر به مجموعه احکام حقوقی و مدنی رایج در زمان پیامبر نگریست که این مجموعه، قوانین و مقررات حاکم بر جامعه مسلمانان بوده که البته با اسلام مغایرت نداشته، اما متناسب با شرایط آن روزگار بوده است. این مجموعه قوانین می‌تواند در شرایط متفاوت به آن گونه که مغایرتی با اسلام نداشته باشد، تغییر یابد. در سال‌های اخیر برخی از فقهای متأخر کوشیده‌اند پاره‌ای از احکام را که در روزگار کنونی توجیه شرعی آنها سخت بوده و انتساب آنها نیز به اسلام موجب مشکلات و زحمات شده بازنگری کنند. نویسنده بر این باور است که بازنگری یکایک احکام فقهی هنگام مواجهه با پرسش‌ها، ابهامات و تلاش برای توجیه و یا بازنگری آنها عملی است انفعالی و غیراصولی. اگر در ادله فقهی و شیوه استنباط احکام و تحدید موضوعاتی که می‌تواند متعلق حکم شرعی قرار گیرد تجدیدنظر شود، کاری مبنایی و اصولی صورت گرفته است.

بنابر آنچه گذشت، مجموعه قوانین و مقررات مدنی و کیفری اعم از مالی و غیرمالی که در زمان پیامبر جاری بوده است؛ نخست موافق با اسلام و دوم، مناسب شرایط و مقتضیات روزگار و جامعه خود بوده است. برخی از فقها معتقدند که قوانین و مقررات مورد تأیید اسلام در زمان پیامبر می‌تواند در همه زمان‌ها جاری و ساری باشد و مختص دانستن آن به شرایط خاص و زمان پیامبر صحیح نیست و این قوانین و احکام لایتغیر و ابدی است. بر این سخن اشکالات متعددی مترتب است. مهمترین این اشکالات، تناسب نداشتن قوانین یادشده با شرایط و مقتضیات متفاوت، در زمان‌ها و مکان‌های مختلف است، زیرا نخست قوانین و مقررات در هر جامعه‌ای ضرورتاً باید با

^۱ -المعه، کتاب احیاء الموات، ص ۲۱۱ و ۲۰۰ مبحث احیا موات در کتاب شرایع الاسلام

شرایط و مقتضیات جامعه خود سازگار باشد و اگر چنین نباشد وضع قانون عبث و بیهوده است، زیرا در این صورت ایجاد نظم و عدالت، محقق نخواهد شد. دوم، مقتضیات و شرایط در جوامع گوناگون در زمانها و مکانهای مختلف دستخوش تغییر و تحول است و این تغییر و تحول، طبیعت زندگی بشر در این جهان است. از دو مطلب بالا نتیجه می گیریم که در شرایط متفاوت، قوانین و مقررات متفاوت باید حاکم شود، از این رو سنت نمی تواند به عینه در شرایط متفاوت جاری شود و وضع قوانین در روزگار حاضر بر اساس سنت، موجب مهجور ماندن و غیر عملی شدن آن قوانین از یک سو و انتساب آنها به اسلام موجب انزوای اسلام می گردد، پس چه باید کرد؟ این پرسشی است که در بحث آینده به دنبال پاسخگویی به آن هستیم.

مانند لاضرر، ید، تسلیط^۱. با مروری بر این قواعد و مضمون آنها و با نگاهی به قوانین در کشورهای مختلف، می‌بینیم که بسیاری از این قواعد پایه و اساس وضع قوانین در جوامع بشری است. چراکه انسان با عقل و تجربه به اکثر این قواعد دست یافته و در زمان پیامبر نیز مبنای وضع قوانین بوده است. نمی‌توان ادعا کرد که قواعد و اصول منحصر به همین قواعد موجود و شناخته شده است. مسلماً هم باید با تفحص در کتاب و سنت در جست‌وجوی قواعد ناشناخته بود و هم با تحقیق و تفحص در قوانین دیگر کشورها و تعمق در تجربیات دیگر جوامع بشری باید برای دستیابی به قواعد جدید در قانونگذاری کوشید. امروز ما در موضوعات گوناگونی در حوزه احکام فقهی که به نام احکام اسلام در جهان شناخته می‌شود با پرسش‌های جدی روبه‌رو هستیم، برای نمونه می‌پرسند چرا باید دیه زن نصف دیه مرد باشد؟ شرایط اجتماعی امروز بشری این تبعیضات را نمی‌پذیرد و ما نیز توجیه خاصی برای آن نداریم. به همین روی برخی از فقهای متأخر کوشیده‌اند، اندیشه جدید خود مبنی بر تساوی دیه زن و مرد را با همان شیوه سنتی اثبات کرده، راه پریچ و خمی را طی کنند. راهی که شاید در همه موضوعات به نتیجه مطلوب نرسد. مثلاً دنیای امروز درباره رجم و سنگسار می‌پرسند و در برابر اجرای آن موضع‌گیری می‌کند. شاید اگر خود ما نیز شاهد صحنه سنگسار باشیم از خود پرسیم که آیا این روش وحشتناک مجازات، واقعاً یک سنت اسلامی است؟

در حالی که احتمالاً سنگسار یک شیوه مجازات در دنیای قدیم و پیش از اسلام بوده و این روش مجازات ابداع و اختراع اسلام نیست. در قرآن از قول کافران خطاب به رسولان الهی آمده است: «قالوا انا تطیرنا بکم لئن لم تنتهوا لنرجمنکم و لیمسنکم منا عذاب الیم»^۲ (ما وجود شما را به فال بد می‌گیریم اگر از ادعای خود دست برندارید ما شما را سنگسار می‌کنیم و عذابی سخت از ما به شما خواهد رسید). در آیین یهود

تجدید نظر در ادله و حدود دلالت آنها

همواره مدافعان فقه سنتی در برابر این سخن که: فقه موجود و یا احکام فقهی موجود در کتب فقهای متقدم، متعلق به گذشته است، موضع‌گیری کرده، گویندگان آن را متهم به مخالفت با اسلام کرده‌اند، چرا که مدافعان فقه سنتی، احکام فقهی را برابر با اسلام دانسته‌اند و این خود اجحافی بزرگ به اسلام است. سخنی که گفته شد از یک سو می‌تواند درست و از سوی دیگر نادرست باشد. درست است از آن رو که پیشتر از این نیز شرح داده شد و گفتیم که احکام فقهی مستند به سنت پیامبر (جز در عبادات، واجبات و محرمات) ناظر بر موضوعاتی است که ساختار اجتماعی، خانوادگی، شرایط و مقتضیات آن زمان همه در این موضوعات دخیل و موثر بوده و همچون اجزای تفکیک‌ناپذیر موضوعات بر وضع قانون و حکم مربوطه تأثیر داشته است. چنانچه شرایط و مقتضیات را متعلق به موضوع و موثر در آن دانسته و در نتیجه در قانون مربوطه نیز مؤثر بدانیم، قطعاً تطبیق احکام فقهی گذشته و قوانین رایج زمان پیامبر را بر موضوعات امروز بار نمی‌کنیم. اما نکته نادرستی که در سخن یادشده وجود دارد، اطلاق آن است. به این معنا که سنت فقط شامل موضوعات عرفی، قوانین و احکام مربوط به آنها نمی‌شود، بلکه با مروری بر سنت به پاره‌ای قواعد و اصول ثابت و پایدار برمی‌خوریم که این قواعد هم با عقل و هم با قرآن سازگار است. بسیاری از این قواعد جمع‌آوری شده و با عنوان قواعد فقه در حوزه و دانشگاه به طلاب و دانشجویان رشته فقه تدریس می‌شود. در استنباط برخی احکام فقهی بویژه در موضوعات جدید به این قواعد استناد و استدلال می‌شود. قواعدی

^۱ - مفهوم قاعده لاضرر اینست که هیچکس نباید از سوی دیگری متحمل ضرر شود و نباید بر دیگری ضرری را تحمیل کند. قاعده ید بیان میکند که اگر مالی در دست کسی باشد نشان از مالکیت دارد مگر آنکه خلافش ثابت شود و تسلیط نیز موید آنست که مردم حق هر گونه تصرف در مال خویش را دارد.

^۲. یاسین: ۱۸.

نیز مجازات سنگسار درباره زناکار وجود دارد.^۱

با مراجعه به انجیل می‌بینیم که سنگسار در روزگاران پیش از اسلام وجود داشته است.^۲ اگر چه در منابع فقهی مجازات سنگسار وجود دارد، اما سند قطعی و معتبری در دست نیست که نشان دهد پیامبر اسلام این شیوه مجازات را تجویز و اعمال کرده است. به علاوه این شیوه مورد تأیید قرآن نبوده، قرآن مجازات دیگری را در آیات ۱۵ سوره نساء و ۲ سوره نور برای زنا بیان کرده است و لذا باید گفت که سنگسار با قرآن منافات دارد. به نظر می‌رسد این مجازات را انسان، خود اختراع کرده است. چنان که دیگر شیوه‌های مرسوم آن روزگاران مانند گردن زدن با شمشیر، پرتاب کردن از بلندی، اعدام با طناب دار، قطع دست و پا و... نیز در احکام فقهی و قوانین زمان پیامبر دیده می‌شود. این به آن معنا نیست که این شیوه‌های مجازات، ابداع اسلام و یا همیشگی است. این شیوه‌ها به تناسب شرایط و زمان می‌تواند تغییر کند. امروز با نسبت دادن این شیوه‌های عرفی و قوانین متداول در جامعه مسلمانان اولیه به اسلام، از پاسخ گفتن به پرسش‌ها بازمانده، گاه نیز به ناچار اجرای آن قوانین ترک می‌شود. حال آنکه راه بهتری پیش روی ما وجود دارد و آن بازنگری در ادله فقهی است.

فقه‌های شیعه برای استنباط احکام فقهی به ۴ دلیل استناد می‌کنند که عبارتند از قرآن، سنت، اجماع و عقل. اجماع خود یک دلیل مستقل به‌شمار نمی‌آید، بلکه از آن رو که کاشف از سنت است می‌تواند معتبر باشد. عقل نیز اگر چه به‌عنوان یک دلیل مستقل یاد شده، اما بیشتر به صورت یک ابزار از آن استفاده شده و کمتر در استنباط احکام مستقلاً به کار گرفته شده است. از سیره عقلاً^۳ و مانند آن نیز کم استفاده شده است. در میان کتاب و سنت نیز نقش سنت در استنباط احکام فقهی نسبت به قرآن

به دلایلی که پیشتر یاد شد بسیار چشمگیر است. با توجه به آنچه گذشت، مقصود از تجدیدنظر در ادله این است که در تطبیق قوانین با شرع اسلام و یا وضع قانون و زدودن ترس و هراس از مخالفت قوانین با شرع، به جای استناد و استدلال به سنت و مجموعه احادیث و روایات، می‌توان به قواعد و اصولی که از سنت و قرآن استخراج شده، استدلال کرد. البته چنان که بارها نیز تأکید کرده‌ایم، عبادات واجبات و محرمات مورد اتفاق، مورد بحث ما نیست. هر چند که در این حوزه نیز گاه مقتضیات زمان و شرایط متفاوت مؤثر است و ما به نمونه‌هایی از آن پیشتر اشاره کردیم. قواعد مستخرج از سنت و قرآن غالباً خود از علم و تجربه گذشته بشری گرفته شده و در واقع دین با مبنا قراردادن این قواعد و اصول عقلی و تجربی به عقل و علم بشری احترام و بر آن صحنه نهاده است. اما علم و تجربه بشری متوقف نیست و همواره رو به پیشرفت و افزایش است و از آنجا که علم و تجربه ابزار عقل‌اند، از این رو عقل بشر نیز مسیر تکامل را می‌پیماید. توقف در قوانین گذشته با شرحی که گذشت و بی‌توجهی به عقل و علم و تجربه، با روش پیامبر در تقنین مغایرت دارد، چرا که پیامبر اسلام در قوانین زمان خود به علم، تجربه، عرف و ساختار اجتماعی و خانوادگی معمول جامعه خود احترام گذاشت و قوانین بنا شده بر آن اساس را تأیید نمود.

همه معاملات مورد بحث در سنت و کتب فقهی، عرفی و امضایی است. همه موضوعات احکام و قوانین مدنی، عرفی است. آنچه در معاملات و قوانین مدنی به آنها تأکید شده، همان قواعد عرفی و عقلی است که شرع نیز مؤید آن بوده است. قواعدی که باید ضامن تأمین حقوق همه افراد جامعه، خانواده و طرفین عقود و معاملات باشد. اما درباره حدود دلالت ادله نیز چنان که گفتیم در عبادات، واجبات و محرمات همانا به سنت و قرآن استناد و استدلال می‌شود، چرا که مقوله عبادات، واجبات و محرمات تعبدی است.

اما شیوه پیامبر در تقنین قوانین مدنی که امضایی بوده، بیانگر آن است که این حوزه از حوزه‌های تحت اختیار عقل، علم، تجربه و درواقع از حوزه‌های عرفی است. قوانین مدنی به فراخور تحولات اجتماعی و شرایط و مقتضیات باید تغییر کند و

۱. کتاب گنجینه‌ای از تلمود، فصل علم قانون، طریقه مجازات.

۲. انجیل یوحنا، باب ۸، در برخی رساله‌های عهد جدید نیز به سنگسار اشاره شده است، مانند رساله اعمال رسولان، باب ۷، فراز ۵۷ و باب ۱۴، آیه ۱۹ و رساله دوم قرنتیان، باب ۱۱ فراز ۲۵.

۳- رفتار و عملکرد معمول افراد عاقل در یک جامعه در رابطه با یک موضوع را، سیره عقلاً در آن موضوع گویند.

برای اطمینان یافتن از عدم مخالفت آن قوانین با اسلام، تطبیق آن با قواعد یادشده و عدم تعارض آن با واجبات و محرمات کافی است. اما همان‌طور که گفتیم همواره برای اصلاح قواعد نیز باید تحقیق و تفحص کرد. براساس مباحثی که گذشت حکم فقهی همواره همان حکم شرعی نیست، حال آنکه از تعاریف فقها و اصولیین از فقه و اصول چنین بر می‌آید که آنان حکم فقهی را همان حکم شرعی می‌دانند و بدین ترتیب تمام احکام مدون در کتب فقهی را اعم از آنکه دلیل آن احکام قرآن باشد و یا سنت احکام شرعی می‌خوانند و البته برای اثبات شرعی بودن این احکام نیز دلایل زیادی در اصول اعم از دلایل عقلی و نقلی اقامه می‌شود. ما معتقدیم که شرعی بودن احکام مدنی که از سنت گرفته شده به آن معناست که آن احکام با اسلام مخالفت نداشته و با آداب، شرایط و مقتضیات جامعه زمان پیامبر نیز سازگار بوده، از این رو آن احکام جاری و مضمی بوده است و دلایلی نیز که در اصول اقامه می‌شود بر بیش از این دلالت ندارد. ما نیز بسیاری از احکام گرفته شده از سنت را شرعی می‌دانیم. به آن معنا که با اسلام مخالفت ندارد، ولی نه به آن معنا که حکم اسلام همان است و بس.

فقها با شرعی دانستن احکام فقهی به این معنا که این احکام همانا احکام اسلام است این دو مقوله را خلط نموده‌اند؛ در نتیجه انتساب همه احکام فقهی به اسلام موجب طرح پرسش‌های فراوان و تضییق حوزه قانونگذاری شده است. با مبنایی که ما بیان کردیم حکم فقهی در موضوعات مدنی همان حکم شرعی نیست و اصولاً موضوعات مدنی از حدود دلالت ادله شرعی خارج بوده و از شیوه پیامبر چنین به دست می‌آید که موضوعات مدنی در حوزه علم، عقل و تجربه بشری قرار دارد. بنابراین تطبیق آنها با قواعدی که بطور مسلم از سنت و قرآن گرفته شده و واجبات و محرمات بدیهی، برای اطمینان از عدم مخالفت آن احکام با اسلام کفایت می‌کند.

در اینجا ممکن است این پرسش مطرح شود که پس حکم شرعی چیست؟ حکم شرعی حکمی است که دلیل آن صریح بوده، موضوع آن وابسته به شرایط، زمان، مکان و عرف نباشد، مانند حرمت ربا، وجوب نماز، وجوب روزه و...

اما این قانون بدست آمده از سنت که حضانت دختر تا هفت سال با مادر و پس از آن با پدر است، حکم شرعی نبوده و قابل تغییر می‌باشد. در اینجا باید افزود که احکام مربوط به واجبات و محرمات قرآنی نیز که از سنت گرفته می‌شود، تا آنجا که وارد حوزه عرف نشود به منزله احکام شرعی است. هر چند که در این احکام و ادله آنها گاهی اختلاف نظر وجود دارد، اما از آنجا که مثلاً در وجوب نماز اختلافی نیست، ما باید به ادله موجود در سنت برای استنباط احکام نماز استناد کنیم، حتی اگر ما را به علم و قطع نرساند، عقلاً آن اندازه که با جهد و کوشش می‌توانیم به آن احکام دست یابیم دارای حجیت است، زیرا طریق دیگری وجود ندارد.

چنان که می‌دانیم حتی در پاره‌ای از احکام مربوط به واجبات نیز مانند احکام نماز میان فرق مختلف اسلام اختلاف نظر وجود دارد و اختلاف نظر، خود حاکی از آن است که حکم واقعی اسلام بر ما مکشوف نیست. بنابراین انتساب حکم استنباط شده به اسلام از روی تسامح است. استنباط احکام شرعی توسط فقها بر پاره‌ای مبانی استوار است که این مبانی قطعی نیست. مانند تعریف فقها و اصولیون از سنت و حکم شرعی و نیز عقیده بر این که همه موضوعات دارای حکم شرعی است و یا همه احکام به همگان تعمیم می‌یابد. این مبانی هیچ یک دارای دلیل قطعی شرعی نیست بلکه بر استدلالهای عقلی و کلامی بنا شده است که به عقیده ما قابل تجدید نظر می‌باشد. بحث درباره این مبانی از حدود این کتاب خارج است و نگارنده در «بضاعت فقه و گسترده نفوذ فقها» پیرامون آن بحث کرده است.

محکوم خواهد شد. همین مجازات مقرر است برای عاقد و سر دفتر ازدواج و زن جدید که عالم به ازدواج سابق مرد باشد.^۱»

در واقع ازدواج مجدد بدون اجازه همسر اول و دادگاه جرم به شمار آمده است. هر چند فقهای شورای نگهبان درباره این قانون چنین اظهار نظر کرده اند که مجازات متعاقدين و عاقد، یاد شده در ماده ۱۷ قانون حمایت خانواده شرعی نیست^۲، به همین دلیل این قانون در عمل بطور جدی اجرا نمی شود. از سوی دیگر در قانون درباره ازدواج دوم و صحت و عدم صحت آن اظهار نظر نشده است. در حقیقت ازدواج دوم که به صورت غیرقانونی انجام شده باید غیرقانونی خوانده شود و آثار ازدواج قانونی بر آن مترتب نشود. حال آنکه عملاً بدون طی مراحل قانونی مردان اقدام به ازدواج مجدد می نمایند و با توجه به نظریه یاد شده شورای نگهبان و غیر شرعی دانستن مجازات افراد متخلف از قانون در واقع ازدواج آنان نیز صحیح دانسته می شود و محکوم به مجازات نیز نمی شوند. تعارضات دیگری در این قوانین و بویژه میان فقه و قوانین موضوعه وجود دارد. در ماده ۱ قانون ازدواج آمده است که ازدواج و طلاق و رجوع باید رسمی بوده در دفاتر رسمی ثبت شود و متخلفین به حبس تأدیبی از یک تا شش ماه محکوم می شوند. فقهای شورای نگهبان این مجازات را نیز غیر شرعی دانسته اند.^۳ در واقع بدین ترتیب باب ازدواج مخفیانه و غیر رسمی گشوده شده و بر این گونه ازدواج شرعاً صحه گذاشته می شود. علت مشکلی که امروز خانواده ها و جامعه با آن روبه روست، یعنی تعارضات موجود در قوانین را باید در تعارض میان فقه، واقعیات و مقتضیات امروز جستجو کرد. مثال دیگر از تعارض آشکار میان نظر فقه و واقعیات اینست که بنابر نظر مشهور فقهای شیعه، مادر تا دوسال در مورد حضانت پسر و تا هفت سال در مورد دختر اولویت دارد و پس از آن اولویت با پدر

قانونگذاری و مقتضیات روز

چنان که معلوم شد، فقه مجموعه ای مدون شامل احکام شرعی، عبادی، قوانین و مقررات مدنی و کیفری رایج در زمان پیامبر اسلام است. فقها احکام عبادی، قوانین مدنی و کیفری را هم سنگ و هم وزن با یکدیگر قرار داده، قوانین مدنی و کیفری زمان پیامبر را نیز مانند احکام عبادی، احکام شرعی دانسته اند و حال آنکه ما میان این دو تفاوت قائل شدیم. در جمهوری اسلامی ایران فقها با تعریف یاد شده از فقه و احکام شرعی وارد حوزه قانونگذاری و تطبیق قوانین با اسلام شدند، البته بسیاری از قوانین مدنی ایران مصوب پیش از انقلاب اسلامی نیز با آرای مشهور فقهای امامیه منطبق است. در جمهوری اسلامی، فقها برای تطبیق قوانین مدنی و کیفری و در آن میان قوانین خانواده با اسلام چنان عمل کردند که قوانین یاد شده، کاملاً با احکام فقهی هماهنگ باشد و در واقع در بیشتر موارد، آرای فقهای گذشته باز نویسی شده به تصویب رسیده است. در گذشته به دلیل تجربه و حمایت از زن و ثبات خانواده، در برخی قوانین مانند ازدواج مجدد تأملاتی شده و در مقابل آن موانعی قرار داده شده بود. در حالی که فقها برای ازدواج مجدد مرد قائل به ایجاد محدودیت از سوی زن نبوده، حتی برای ازدواج مجدد قائل به وجود دلیل موجه نیز نیستند. اگرچه قوانین مصوب پیش از انقلاب در این رابطه همچنان معتبر است، اما با توجه به عقاید فقه و اعتبار فقه در جمهوری اسلامی این قوانین به طور جدی اجرا نمی شود.

بر اساس ماده ۱۷ قانون حمایت خانواده «هرگاه مردی با داشتن همسر بدون تحصیل اجازه دادگاه، مبادرت به ازدواج نماید به حبس جنحه ای از ۶ ماه تا یک سال

^۱ -قوانین و مقررات مربوط به خانواده، جهانگیر منصور ص ۱۳۰

^۲ -همان منبع، ص ۳۹۱

^۳ -همان منبع

است.^۱ قانون مربوط به حضانت نیز بر همین اساس تنظیم و تصویب شده، اجرا می‌شود، اما در عمل، این قانون معضلات فراوانی را برای فرزندان و مادران ایجاد کرده است، تا آنجا که در نهایت حضانت پسران نیز تا هفت سال به مادران واگذار شد.^۲ از آنجا که در احکام فقهی بر اساس موقعیت زن در جامعه مسلمانان اولیه و در میان اعراب، مسئولیت و نقش جدی برای زن و نیز مادر در خانواده دیده نمی‌شود، در قوانین مدون براساس فقه نیز مسئولیت و نقشی شایسته برای زن در خانواده ملاحظه نمی‌شود، درحالی‌که عملاً در ایران، چه در گذشته و چه در حال حاضر زن در خانواده نقش اساسی و مهمی داشته است. اگر نگوییم که نقش زن در خانواده مهمتر از مرد بوده، نقش او هیچ‌گاه کمتر از مرد نبوده است. این نقش و مسئولیت با وضعیت زن عرب در جامعه مسلمانان اولیه و حتی وضعیت زن عرب در جوامع امروز کاملاً متفاوت است. قانون هیچ‌گاه نمی‌تواند صرف‌نظر از واقعیت‌ها و مقتضیات روز وضع، تدوین و اجرا شود. تا آنجا که امروزه در کشورهای مختلف قوانین مستمراً مورد مطالعه، بررسی و بازنگری قرار گرفته متناسب با شرایط روز، اصلاح می‌گردند. مطمئناً در وضع قوانین و اصلاح آنها شئون فردی و اجتماعی به فراخور پیشرفت جوامع و ارتقای سطح دانش و بینش افراد جامعه در نظر گرفته می‌شود. در غیر این صورت قانون مورد پذیرش جامعه نخواهد بود. اگر به قانون خانواده در ایران نظری بیفکنیم، آن را خالی از شئون مادی و معنوی زن ایرانی می‌یابیم. مثلاً برای رعایت حقوق مادی زن در خانواده هنگام طلاق برای او اجرت‌المثل قرار داده شده است.^۳ منشأ این قانون چیست؟ چنان‌که گفتیم در فقه مسئولیت و نقشی و حتی وظیفه‌ای برای زن جز تأمین نیاز جنسی شوهر دیده نشده است و حتی مادر می‌تواند اجرت شیردادن به فرزند خود را از شوهر مطالبه کند، از این‌رو زن وظیفه‌ای برای انجام امور خانه نیز ندارد. بر

^۱- لایحه، کتاب النکاح، ص ۱۸۶

^۲- اصلاحیه قانون حضانت مصوب مجلس ششم سال ۱۳۸۱، مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام سال ۱۳۸۲

^۳- تبصره الحاقی به ماده ۳۳۶ قانون مدنی و تبصره ۳ و ۶ قانون اصلاح مقررات طلاق سال ۱۳۷۱

همین اساس برای حمایت مادی از او در ازای روزها و سال‌هایی که در خانه شوهر کار کرده، غذا پخته، از فرزندان خود نگهداری کرده و... به او همانند یک کارگر اجرت و دستمزد پرداخت می‌شود. شاید بدون توجه به مفهوم و معنای اجرت‌المثل و فقط با توجه به جنبه مالی آن تصور شود که این قانون در جهت حمایت از زن است، در حالی که این قانون با شأن و جایگاه زن در خانواده ایرانی هیچ نسبتی ندارد. مادر در خانواده ایرانی از دیرباز اگر جایگاهی رفیع‌تر از پدر نداشته حداقل منزلتی همانند او داشته است و برای حمایت مادی از او ضرورتی ندارد که وی همانند یک کارگر در خانه شوهر فرض شود و برای او دستمزد تعیین گردد، بلکه با وضع قوانینی مناسب می‌توان از زن حمایت مالی نمود. بویژه برای حمایت مالی از زن ضرورت دارد قوانین مربوط به ارث اصلاح و بازنگری شود. تصویر زن در قوانین موجود ایران تصویری والا و شایسته نیست. شاید تصور شود که زن امروز به دنبال کسب مسئولیت در خانواده و جامعه است، درحالی‌که از دیدگاه فقهی، شرع مسئولیتی برعهده آنان نگذاشته و زنان می‌توانند در آسایش کامل با دسترنج مردان زندگی کنند. سخن ما این است که واقعیات جامعه ما متفاوت است و عملاً زن مسئولیت‌های فراوانی برعهده دارد. در بسیاری از خانواده‌ها مسئولیت زن از مرد بیشتر است. این واقعیت در قانون نادیده گرفته شده است و حقوق زن متناسب با مسئولیت‌های واقعی او نیست، بلکه حقوق او متناسب با همان زن بی‌مسئولیتی است که حتی متعلق به جامعه ما نیز نبوده است و فقه آن را ترسیم کرده است. شاید حتی بتوان گفت مسئولیت‌های واقعی زن عرب هنگام ظهور اسلام بیشتر از مسئولیتی بوده که فقه بیان می‌کند. زنان در خانه کار می‌کردند و زحمت می‌کشیدند^۱ اما مردان این زحمات را به هیچ می‌انگاشتند و لذا حقوقی برای زنان قائل نبودند. هر چه دانایی افزایش می‌یابد، میزان مسئولیت‌پذیری نیز افزون می‌شود. در خانواده‌هایی که مادر داناتر از پدر است، مسئولیت بیشتری عملاً برعهده دارد. زن امروز از نظر بینش همانند زن روزگاران

^۱- المفصل، ج ۴، ص ۶۱۶

گذشته نیست که مشمول همان قوانین باشد. زن در خانواده باید یک رکن تلقی شود؛ نه یک کارگر، نه یک انسان بی مسئولیت و بی اثر. نقش مادی و معنوی زن در خانواده باید متناسب با واقعیات امروز دیده شود و قوانین نیز متناسب با همین موقعیت وضع شود.

یادآوری این نمونه‌ها بیش از پیش روشن می‌سازد که قوانین مدنی از جمله قوانین خانواده که در میان مسلمانان اولیه در جامعه مدینه آن روز جاری بوده و در جای خود نیز مرقی و (شاید به طور نسبی) ضامن حقوق همگان بوده، نمی‌تواند امروز در جامعه ما جاری باشد و تحمیل عنوان حکم شرعی و اسلامی به آن قوانین، تضییع جایگاه و شأن اسلام از یک سو و تضییع حقوق زن و خانواده در جامعه امروز از سوی دیگر است، چرا که اگر قانون متناسب با واقعیات وضع نشود، نه تنها کمکی به برقراری نظم نخواهد کرد، بلکه فرد و جامعه را مشوش خواهد نمود. زن در خانواده و جامعه ایران جایگاه و موقعیتی داشته که اگر در قانونگذاری به آن توجه نشود، منزلت او تنزل خواهد یافت، به آن گونه که او باید برای کسب منزلت و موقعیت خود اگر توانا باشد مبارزه کند. چنان که در طول سه دهه گذشته زنان روشنفکر برای دفاع از منزلت و موقعیت خود ناگزیر بوده‌اند با جریان حاکم طرفدار فقه سنتی وارد چالش فکری و عملی شوند. شیوه فقهی یادشده در قانونگذاری نه تنها در حوزه قانون خانواده و قوانین مربوط به زن معضلات و چالش‌هایی را ایجاد کرده، بلکه در دیگر زمینه‌ها مانند قوانین کیفری، اقتصادی، بانکی، قوانین مربوط به مالکیت خصوصی و... نیز چالش‌ها و مشکلات مهمی را ایجاد کرده است. ما پیشتر به نمونه‌هایی از قوانین که از روی فقه بازنویسی، اما در عمل با مشکل جدی روبه‌رو شده اشاره کردیم. مانند قوانین مربوط به گنج و احیای اراضی موات. اگر در عمل به این گونه قوانین که از فقه گرفته شده با مشکل جدی روبه‌رو هستیم، از آن روست که این قوانین با مقتضیات امروز جامعه ما سازگار و هماهنگ نیست و دربردارنده منافع عمومی و ایجادکننده نظم نمی‌باشد. در حقیقت در مواجهه با این تناقضات و ناهماهنگی‌ها درمی‌یابیم که نخست، در قانونگذاری توجه به مقتضیات روز ضروریست. دوم، قوانین جاری در جامعه مسلمانان

اولیه که در فقه مدون گشته با مقتضیات جامعه ما سازگار نیست. نگارنده معتقد است تغییر شیوه قانونگذاری و تطبیق آن با اسلام به گونه‌ای که پیشتر بیان شد، می‌تواند به رفع تناقضات و معضلات، کمک جدی و مؤثر نماید. از آنجا که بحث ما در این نوشتار، زن و اصلاح حقوق و تصویر زن مسلمان است به مباحث مربوط به آن می‌پردازیم.

الف) «...درحالی که شک نمی‌توان داشت که تعدد زوجات در میان توده مردم معمول بوده است، ولی نشانه‌ای در دست نیست که یکی از دانشمندان یهود چنین کاری کرده باشد. روایتی است حاکی از آنکه این دانشمندان تعدد زوجات را کاری بس ناپسند می‌دانستند.»

چنان‌که نقل شد در دین یهود نیز چند همسری حرام شناخته نشده و در میان یهودیان چند همسری وجود داشته است. در میان اعراب نیز تعدد زوجات رواج داشت و گاهی برخی افراد ده یا پانزده همسر داشتند^۱. شاید با توجه به همزیستی اعراب و یهود تعدد زوجات در میان اعراب تحت تأثیر یهودیان بوده است. اسلام نیز چنان‌که در قرآن آمده است مانند آیین یهود چند همسری را حرام ندانست، اما آن را محدود به چهار زن نموده و مردم را نیز از آن نهی کرد. چنان‌که درباره آن سخن خواهیم گفت.

و اما چند همسری نیز مانند دیگر پدیده‌های خانوادگی و اجتماعی، زائیده ضرورت‌ها و تجربیات بشری است و اینکه این پدیده به اسلام انتساب می‌یابد، غلط است. اسلام، با این پدیده نیز مانند بسیاری از پدیده‌های دیگر برخوردی نرم و ملایم داشت. اسلام باب چند همسری را به کلی مسدود نکرد، بلکه آن را محدود نموده، در عین حال نسبت به آن تذکر داده است.

«و ان خفتم الاتقسطوا فی الیتامی فانکحوا ما طاب لکم من النساء مثنی و ثلاث و رباع فان خفتم الا تعدلوا فواحدة او ما ملکت ایمانکم ذلک ادنی الا تعولوا» (نسا: ۳)
ترجمه: «و اگر می‌ترسید که در مورد یتیمان رعایت عدالت نکنید از زنان آن کس را که برایتان پاک و پاکیزه است دو یا سه یا چهار تا بگیرید، ولی اگر بیم دارید که با آنها به عدالت رفتار نکنید، بیشتر از یکی نگیرید و یا به کنیزی اکتفا کنید. چه آنکه این بهتر است برای اینکه ستم نکنید.»^۲

صرف‌نظر از صدر آیه و آیات ما قبل آن، از «فانکحوا ما طاب لکم من النساء مثنی

چند همسری و اسلام

در دنیای امروز هنگامی که از چند همسری سخن گفته می‌شود، غالباً این پدیده به اسلام منتسب می‌گردد و یا اگر از فردی غیر مسلمان پرسیده شود که از اسلام چه می‌داند، در بسیاری از موارد، پاسخ می‌دهد که در اسلام مردان می‌توانند چند همسر اختیار کنند.

اما به راستی آیا چند همسری رهاورد اسلام است؟ و یا آنکه پیش از اسلام نیز این پدیده وجود داشته است؟ با نگاهی به تاریخ نقاط مختلف جهان درمی‌یابیم که چند همسری بسیار پیش از اسلام در حجاز^۱ و نقاط مختلف جهان وجود داشته است. حضرت ابراهیم با هاجر ازدواج کرد، درحالی‌که ساره همسر او بود.

در مصر باستان به روایت تاریخ، فراعنه همسران متعدد داشتند^۲. در شرق دور و نیز در میان یهودیان چند همسری وجود داشته است. در کتاب گنجینه‌ای از تلمود^۳ چنین آمده است: «تلمود مانند کتاب مقدس تعدد زوجات را حرام ندانسته، ولی آن را منع کرده است.» در این باره نظرهای گوناگونی را می‌توان از صفحات آن نقل کرد. بنابر عقیده یکی از دانشمندان: «مرد می‌تواند با چندین زن ازدواج کند و این در صورتی است که قدرت تأمین مخارج همگی آنها را داشته باشد.» (یواموت ۶۵ الف) طبق یک عقیده دیگر: «تعداد زنان یک مرد نباید از چهار افزون شود.» (یواموت ۴۴

^۱-تفسیر طبری جلد ۴ ص ۱۵۶ و المفصل ج ۵، ص ۵۴۷

^۲- ر.ک به کتاب "الزوجات لا عشیقات"

^۳-گنجینه‌ای از تلمود، فصل ۵، زندگی خانواده ص ۱۸۴

^۲-ترجمه از ترجمه المیزان ۰، ج ۴، ص ۲۵۴

و ثلاث و رباع» دانسته می‌شود که اسلام چند همسری را به‌طور کلی حرام ندانسته است، اما با توجه به ذیل آیه: «وان خفتم الا تعدلوا فواحده» و «ذلک ادنی الا تعدلوا» فهمیده می‌شود که قرآن مردان را به داشتن چند همسر ترغیب نمی‌کند، بلکه فحوای دو عبارت بالا بیانگر آن است که قرآن مردان را از داشتن بیش از یک همسر انذار نموده، نهی می‌کند و آنان را ترغیب می‌کند که به یک همسر اکتفا کنند. قرآن می‌فرماید: «اگر بیم دارید که نتوانید میان زنان خود به عدالت رفتار کنید، پس به یک زن اکتفا کنید.» (فواحده)

کسی که با توجه به شرایط خود، اعم از شرایط مالی، شغلی، خانوادگی و... اطمینان دارد که نمی‌تواند میان زنان خود به عدالت رفتار کند، مسلماً اقدام او به ازدواج مجدد اقدام آگاهانه به ظلم و ستم است و بی‌تردید ارتکاب ظلم و ستم، حرام و پرهیز از آن واجب است. از این‌رو قرآن درباره کسی که اطمینان دارد نمی‌تواند میان زنان خود به عدالت رفتار کند سخن نمی‌گوید، بلکه درباره کسی که بیم دارد و نگران است از اینکه نتواند در صورت ازدواج مجدد میان همسران خود به عدالت رفتار کند سخن می‌گوید و چنین کسی را از ازدواج مجدد نهی می‌نماید. «فواحده» مفهوم امر دارد، یعنی پس باید به یک زن اکتفا کنید، چرا که اکتفا به یک همسر نزدیکتر است به اینکه ستم نکنید. در اینجا این پرسش مطرح می‌شود که حکم ازدواج مجدد کسی که بیم دارد نتواند میان همسران خود به عدالت رفتار کند چیست؟ و به عبارت دیگر کسی که بیم دارد با ازدواج مجدد مرتکب ستم شود، اقدام او به ازدواج مجدد چه حکمی دارد؟ آیا ازدواج مجدد او جایز و مباح است؟

با توجه به اینکه اقدام او به ازدواج مجدد فراهم نمودن مقدمه حرام است و او خود زمینه را برای ارتکاب ظلم که حرام است فراهم می‌سازد، بدیهی است که اقدام او خالی از اشکال نیست.

مسلماً اگر فردی مطمئن باشد که با ازدواج مجدد مرتکب ستم خواهد شد، فعل او حرام است، اما فعل کسی که بیم از وقوع در حرام دارد چه حکمی خواهد داشت؟ از آنجاکه تقوی به پرهیز از زمینه‌سازی حرام دعوت می‌کند از همین رو نیز قرآن دعوت

می‌کند که به یک زن اکتفا شود، چراکه در این صورت زمینه ارتکاب حرام کمتر فراهم است. مرد حتی با داشتن یک همسر نیز با عدم رعایت حقوق او مرتکب ستم می‌شود. به همین جهت از فحوای آیه یادشده و توصیه قرآن به اکتفا به یک همسر فهمیده می‌شود که چند همسری نه تنها خواست اسلام و قرآن نیست، بلکه مکروه بوده از آن نهی شده است. در آیه آمده است که «به یک زن اکتفا کنید و یا به کنیزی اکتفا نمایید.» یعنی اگر بیم دارید که با داشتن یک همسر نیز نتوانید با او به عدالت رفتار کرده حقوق او را تأمین کنید، پس نباید ازدواج کرده و به کنیز اکتفا نمایید. به عبارت دیگر اگر نمی‌توانید حقوق زن را ادا کنید و با ازدواج مرتکب ظلم می‌شوید پس در صورت نیاز، به کنیز اکتفا کنید، چرا که حقوق کنیزان از حقوق زنان آزاد کمتر بوده است. برده‌داری در آن زمان در همه نقاط جهان معمول بوده و حقوق بردگان کمتر از حقوق انسان‌های آزاد بوده است. این موضوع خود مقوله‌ای است جدا که در اینجا محل بحث آن نیست. در هر حال از آیه برداشت می‌شود که مرد در صورت ازدواج چه با یک زن و چه با بیش از یک زن باید رفتار عادلانه داشته باشد و مسلماً در صورت اکتفا به یک زن امکان ارتکاب ستم کمتر خواهد شد. فقها در کتب فقهی، در فصل نکاح درباره این آیه به تفصیل بحث نکرده از این مهم به سرعت گذشته‌اند. چنان‌که پیشتر گفتیم چند همسری در زمان پیامبر در حجاز بسیار رایج بوده است و جالب توجه این است که در زمان رواج چند همسری قرآن دعوت می‌کند که به یک همسر اکتفا شود و پیش از آن نیز داشتن بیش از چهار زن را حرام کرد. بدین ترتیب اسلام در یک مرحله داشتن بیش از چهار زن را حرام نموده و در مرحله دیگر با دعوت به عدالت و پرهیز از ارتکاب ظلم، داشتن بیش از یک زن را مکروه دانست.

ازدواج فی‌نفسه به دلیل آنکه انسان را از ارتکاب برخی محرمات باز می‌دارد و به عبارت بهتر امکان ارتکاب برخی محرمات را کاهش می‌دهد، مستحب دانسته شده است. برای کسی که بتواند ازدواج کند و در صورت عدم ازدواج خوف وقوع در حرام داشته باشد، ازدواج واجب است. فقها با اکتفا به بیان این احکام درباره ازدواج از بحث پیرامون این موضوع که اگر ازدواج مجدد زمینه وقوع در حرام را فراهم سازد

چه حکمی خواهد داشت خودداری کرده‌اند. همچنین در کتب فقهی درباره عدالت و ستم مورد اشاره در آیه و نیز اینکه اگر مردی بدون داشتن شایستگی اقدام به ازدواج مجدد نمود و مسائلی از این قبیل، بحث مبسوط نشده است. فقها عدالت مرد در صورت داشتن چند همسر را عدالت میان زنان دانسته، آن را به تقسیم شب‌ها تنزل داده‌اند. این برداشت مبتنی است بر شیوه معمول در میان مردم حجاز در زمان پیامبر اسلام. اما امروز با توجه به ساختار اجتماعی و خانوادگی ایران نمی‌توان چنین تعریفی را از عدالت یادشده در آیه پذیرفت. ساختار خانواده و موقعیت زن و مرد در جامعه و خانواده، امروز در نقاط مختلف جهان و حتی در کشورهای عربی با ساختار خانواده و موقعیت مرد و زن در حجاز زمان پیامبر بسیار تفاوت دارد.

امروز در ایران بیشتر مسئولیت‌های خانه و خانواده برعهده زنان است. بیشتر مردان صبح هنگام از خانه خارج شده و شب به خانه بازمی‌گردند. زنان مسئولیت فرزندان اعم از مراقبت، تربیت، بهداشت، تهیه غذا و لباس، انتخاب مدرسه و رسیدگی به مسائل آموزشی و... را برعهده دارند. افزون بر اینها خرید مایحتاج زندگی و نظافت خانه، آشپزی و بسیاری از امور دیگر برعهده زنان است. مهمتر آنکه برخی زنان که عده آنان در شهرها و روستاها نیز کم نیست، علاوه به مسئولیت‌های سنگین یادشده، در تأمین هزینه زندگی نیز مشارکت دارند. حال آنکه در جامعه حجاز در زمان پیامبر اسلام بر اساس منابع، زن بسیاری از مسئولیت‌های یادشده را به‌عهده نداشت و چنان‌که در کتب فقهی نیز آمده این مسئولیت‌ها برعهده مرد بوده است.^۱ اگر امروز زنان مسئولیت‌های یادشده را نپذیرند و آنها را بر دوش مردان بگذارند، چرخ‌های زندگی از حرکت بازمی‌ایستد و جامعه با بحران جدی روبه‌رو می‌شود. مقایسه شرایط خانواده و ساختار آن در دو موقعیت یادشده (جامعه مسلمانان اولیه و ایران امروز) بیانگر تفاوت بنیادین خانواده و موقعیت زن و مرد در دو جامعه یادشده است. حتی باید گفت که هنگام ظهور اسلام نیز موقعیت خانواده و زن در ایران آن روز با حجاز

تفاوت داشت. در آن روزگار در حجاز زن مسئولیت مهمی نداشته، و حق او نیز به همان نسبت اندک بود، حتی توقعات او نیز به تناسب شرایط و موقعیت او ناچیز بوده است. در آن شرایط مرد تصمیم‌گیرنده مطلق خانواده بود.

حتی او می‌توانست تصمیم بگیرد که فرزندش را مادر شیر بدهد یا زن دیگری غیر از مادر. مرد می‌توانست تصمیم بگیرد که یک زن داشته باشد یا بیشتر. او به‌تنهایی درباره ازدواج فرزندان و امور آنان تصمیم می‌گرفت، اما در ایران امروز بیشتر مسئولیت‌های خانواده به عهده مادر و یا برعهده مادر و پدر به‌طور مشترک است. در چنین شرایط متفاوتی که مسئولیت‌ها و وظایف میان مرد و زن تقسیم شده و گاه مسئولیت زنان بیشتر شده است دیگر مرد نمی‌تواند به‌تنهایی درباره سرنوشت خانواده تصمیم بگیرد. در چنین شرایط متفاوتی دیگر عدالت همان مفهوم ساده و ابتدایی گذشته را ندارد. در شرایطی که اداره خانه و مسئولیت فرزندان برعهده زن است وقتی او در تأمین هزینه‌های زندگی نیز مشارکت می‌کند چگونه می‌توان پذیرفت اگر مرد شب‌ها را به تساوی میان زنان تقسیم کند به عدالت رفتار کرده است؟

اصولاً آیا در چنین شرایطی مرد می‌تواند بدون اجازه زن ازدواج مجدد نماید؟

مفهوم عدالت در چنین شرایط چیست؟ جایگاه فرزندان در این میان چیست؟

کتب فقهی و حتی قوانین موضوعه امروز نیز هیچ‌یک ناظر به شرایط امروز نیست و به سوالات مذکور پاسخ نمی‌دهد. قانون خانواده در ایران بازنویسی احکام فقهی است با شرایطی که شرح آن رفت. شرایطی که با واقعیات امروز تفاوت اساسی دارد.

دیدگاه حاکم بر قوه مقننه و قوانین کشور که دیدگاه فقه سنتی است معتقد است که مرد هم چنان تصمیم‌گیرنده مطلق و یگانه در خانواده و جامعه است. براساس این دیدگاه مرد می‌تواند همسر دوم اختیار کند و حتی مفید کردن ازدواج مجدد به گرفتن اجازه از زن اول و یا شرط عدم تزوج در ضمن عقد نکاح، نامشروع و باطل است.

^۱ -لمعه کتاب النکاح ص ۱۷۷

۷- ترک زندگی خانوادگی از طرف زن

۸- عقیم بودن زن

۹- غائب و مفقودالاثر شدن زن برابر بند ۱۴ ماده ۸ (ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده)

در موارد هشتگانه ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده، از بند ۲ تا ۹ طبق ماده ۱۷ همان قانون، مرد فقط با اجازه دادگاه پس از ثبوت ادعای وی می‌تواند همسر دوم اختیار کند. در واقع مرد با اجازه همسر اول و یا دادگاه می‌تواند اقدام به ازدواج مجدد نماید و حال آنکه امروز مردان بسیاری ازدواج مجدد می‌کنند، درحالی‌که نه از همسر اول و نه از دادگاه اجازه دارند. ازدواج دوم آنان نیز دارای آثار قانونی است، چراکه دیدگاه فقهی حاکم، برای اجازه همسر اول جایگاه شرعی قائل نیست. به همین دلیل مردانی که علاقه‌مند به ازدواج مجدد می‌باشند بدون توجه به قانون یادشده اقدام به ازدواج مجدد می‌کنند و ازدواج مجدد را حق مشروع خود می‌دانند و میان قانون یادشده و شرع تفصیل و تفاوت قائل می‌شوند. کسب اجازه از همسر اول و جلب رضایت او آن‌قدر فاقد جایگاه شرعی است که حتی دولت نهم لایحه‌ای را به مجلس داده و در آن جلب رضایت همسر اول را برای ازدواج مجدد مردان حذف کرده است. ما در اینجا می‌خواهیم جایگاه اجازه را در ازدواج مجدد مورد بررسی قرار دهیم. با این توضیح که از نظر فقهای شورای نگهبان چنان‌که گذشت ازدواج مجدد غیررسمی و بدون اجازه گرفتن مشروع بوده و مجازات مرتکبین غیرشرعی است. بدیهی است براساس این نظریه تحصیل اجازه چه از همسر اول و چه از دادگاه وجهی نخواهد داشت چنان‌که عملاً نیز وجهی ندارد، اما آیا اجازه شرعاً جایگاهی دارد؟

در اینجا ازدواج مجدد را در بهترین شرایط آن که مباح است در نظر می‌گیریم. آیا مشروط کردن اجازه زن برای حفظ منافع بزرگتر مشروع است یا نامشروع؟ آیا اصولاً مشروط نمودن مباحات و ایجاد موانع بر سر راه مباحات برای رعایت مصالح و منافع بزرگتر و یا جلوگیری از اضرار به دیگران مشروع است یا نه؟ در این باره نمونه‌های فراوانی را می‌توان مطرح کرد. مثلاً عبور و مرور در معابر مباح است، ولی به دلیل حفظ منافع همگانی و عدم اضرار به دیگران باید مقررات

مشروط کردن ازدواج مجدد به اجازه زن و حکم آن

ازدواج برای کسی که تمکن مالی دارد و نیز می‌تواند حقوق زن را ادا کند و خوف وقوع در حرام ندارد، مستحب است و این، حکم ازدواج، با "یک" زن است و اما چنان‌که از فحوای آیه ۳ سوره نسا دانسته می‌شود ازدواج با بیش از یک زن مطلوب و پسندیده نبوده، بلکه به دلیل احتمال ارتکاب ظلم که حرام است مورد نهی قرار گرفته است. بنابراین ازدواج مجدد در صورت حصول اطمینان از رعایت عدالت (که امری است مشکل) حداکثر، مباح است و در صورت اطمینان و یا ظن نسبت به عدم رعایت عدالت، حرام و در صورت خوف از عدم رعایت عدالت با مقدماتی که گذشت مکروه است. چنان‌که پیشتر بیان کردیم براساس فقه مردان برای ازدواج مجدد نیاز به دلیل و یا جلب رضایت همسر اول ندارند، اما براساس مقتضیات روز و براساس قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۵۳ «مرد نمی‌تواند با داشتن زن، همسر دوم اختیار کند، مگر در موارد زیر:

۱- رضایت همسر اول

۲- عدم قدرت همسر اول به ایفای وظایف زناشویی

۳- عدم تمکین زن از شوهر

۴- ابتلای زن به جنون یا امراض صعب‌العلاج موضوع بندهای ۵ و ۶ ماده ۸

۵- محکومیت زن وفق بند ۸ ماده ۸

۶- ابتلای زن به هرگونه اعتیاد مضر برابر بند ۹ ماده ۸

راهنمایی و رانندگی رعایت شود، در غیر این صورت فرد متحمل مجازات خواهد شد.

احیای زمین‌های موات مباح است، اما امروزه هیچ کس نمی‌تواند اراضی موات را در اختیار گیرد و تملک کند و مردم از این امر مباح به دلیل رعایت منافع همگانی منع شده‌اند.

حفر چاه و استفاده از آب‌های جاری مباح است، اما امروزه کسی بدون رعایت قوانین مربوطه و تحمل برخی شرایط نمی‌تواند از این مباح برخوردار شود.

استخراج معادن مباح است، اما امروزه هیچ کس نمی‌تواند بدون رعایت قوانین و گذشتن از موانع بسیار به این امر مباح اقدام کند و از منافع آن بهره‌مند گردد.

مباحات فراوانی وجود دارد که با تغییر شرایط، امکان و شرایط برخورداری از آنها تغییر می‌کند. اصولاً مشروط کردن مباحات برای جلوگیری از اضرار به دیگران امری معقول و مشروع است. فقهای متأخر نسبت به ممانعت از مباحات فراوان که به برخی از آنها اشاره شد اعتراض شرعی نکرده‌اند، اما اکنون سال‌هاست که درباره ازدواج مجدد مردان در محافل ذی‌صلاح و غیرذی‌صلاح بحث‌های فراوان وجود دارد. منشأ این بحث‌ها آن است که بسیاری به تبعیت از فقهای می‌پندارند که مردان مختار و ذی‌حقند که چند همسر اختیار کنند و این موضوع ربطی به همسر اول ندارد و مستند آنان نیز آیه یادشده و سنت نبوی است. حال آنکه از آیه قرآن به صراحت فهمیده می‌شود که شارع توصیه به ترک چند همسری و اکتفا به یک همسر نموده است. اگر در زمان پیامبر چند همسری معمول بوده است چنان‌که گفتیم این پدیده از گذشته‌های دور وجود داشته و مردم حجاز با آن مأنوس بوده‌اند و با منافع و مضار آن خو کرده بودند، اما قرآن به دلیل مضار آن و احتمال اضرار به خود و خانواده از آن نهی می‌کند. هر چند که فقهای از این نهی استفاده حرمت و حتی کراهت نکرده‌اند و اصولاً از بحث درباره آن خودداری ورزیده‌اند.

فقهای همان‌طور که از شرع تعریف گسترده‌ای دارند و پیشتر شرح آن رفت، از خلاف شرع نیز تعریف گسترده‌ای دارند. فقهای مغایرت با سنت را مخالف با شرع و نامشروع می‌دانند. حال آنکه چنان‌که گفته شد سنت موافق شرع است نه عین شرع و

مغایرت با سنت لزوماً مخالفت با شرع نبوده و نامشروع نمی‌باشد. با توجه به تعریفی که پیشتر، از حکم شرعی داشتیم^۱، مخالفت با واجبات مسلم و ممانعت از آنها و نیز ارتکاب محرمات را نامشروع می‌دانیم و حوزه آن را نیز از حوزه احکام و قوانین حقوقی اعم از مدنی و کیفری جدا کردیم. نظریه فقهای درباره چند همسری و آزاد بودن مردان در این رابطه فقط ناظر بر صدر آیه یادشده «فانکحوا ما طاب لکم من النساء مثنی و ثلاث و رباع» مطابق شیوه معمول مردم حجاز در زمان پیامبر است و چنان‌که تأکید کردیم فقهای درباره ذیل آیه یادشده بحث نکرده‌اند، درحالی‌که ذیل آیه مهمتر از صدر آن است، چرا که صدر آیه دلالت بر اباحه چند همسری دارد و حال آنکه ذیل آن متضمن انذار و توصیه به ترک چند همسری از سوی شارع است، اما به این مهم بی‌توجهی شده است. از همین روست که مضار چند همسری گریبانگیر خانواده‌های بسیاری شده است. گفتیم چند همسری در صورت حصول شرایط، مباح است و مشروط کردن مباح نیز نامشروع نیست (در این باره در فصل شرط ضمن عقد نکاح بحث خواهیم کرد)، حتی بر اساس دیدگاه فقه سنتی نیز می‌توان اثبات کرد که مشروط کردن ازدواج مجدد به شروطی مانند اجازه همسر اول و یا مانند آن نامشروع نیست، زیرا مقید کردن و مشروط نمودن مباحات چنان‌که در آینده خواهیم گفت امری مشروع است.

مردان به تبعیت از تمایلات نفسانی و طبیعی خود همواره طرفدار چند همسری بوده‌اند و بدیهی است که در این رابطه با ایجاد هرگونه رادع، مانع، شروط و قیود مخالفت می‌ورزند و از آنجا که همواره فقهای از مردان بوده‌اند و نیز همواره بیشتر قانونگذاران نیز از مردان بوده‌اند، درباره مضار چند همسری و تقیید آن به منظور کاهش مضار آن بحث جدی فقهی و حقوقی نشده است. این بحث‌ها از آن روی در فقه مطرح نشده که فقه سنتی در سنت و گاه در قرآن به دنبال دلیل می‌گردد، اما اکنون که فقهات به صحنه قانونگذاری گام نهاده، باید به واقعیات جامعه نظر افکند، چراکه بدون توجه به واقعیات، قانونگذاری کاری عبث و بلکه مضر است. چنان‌که در ماده ۱۷ و ۱۶ قانون

حمایت خانواده آمده مرد فقط با اجازه همسر اول و یا دادگاه با توجه به هشت موردی که ذکر شده می‌تواند ازدواج مجدد نماید. وقتی که قانون می‌گوید «مرد نمی‌تواند با داشتن زن همسر دوم اختیار کند، مگر در موارد زیر» منظور این است که مرد نباید جز در موارد مذکور اقدام به ازدواج مجدد کند. اجازه زن و دادگاه شرط صحت ازدواج مجدد دانسته شده است، یعنی ازدواج مجدد بدون اجازه باید غیرقانونی و فاقد آثار قانونی باشد و حال آنکه در قانون فقط به تعیین مجازات برای افراد مرتکب به این عمل غیر قانونی اکتفا شده است و با توجه به رویه معمول در جامعه به نظر می‌رسد که ازدواج دوم حتی بدون اجازه که شرط صحت آن در قانون ذکر شده معتبر و صحیح دانسته می‌شود، زیرا چنان‌که گفتیم فقهای شورای نگهبان با غیرشرعی خواندن مجازات متخلفین از قوانین مذکور درواقع بر ازدواج‌های غیررسمی و غیرقانونی صحه نهاده‌اند. ازدواج‌های فراوانی که بدون اجازه انجام می‌شود عملاً از آثار قانونی برخوردار است. بدین ترتیب نهادن شرط اجازه در قانون مهمل و بی‌فایده است و این شرط، فاقد نتیجه و فایده‌ایست که عقلاً برای هر شرط می‌توان قائل شد. شاید دلیل عدم سخت‌گیری در این مورد آن باشد که فقها قائل به این‌گونه شروط و محدودیت‌ها برای ازدواج مجدد نیستند. به علاوه چنان‌که در بحث شرط ضمن عقد نکاح خواهیم گفت برای شروط مطرح شده در نکاح قائل به اثر وضعی نیستند، درحالی‌که مباحات اعم از ازدواج مجدد و غیر آن را می‌توان برای حصول مصالح بزرگ مانند حفظ خانواده و امنیت فرزندان مشروط نمود. همان‌طور که مشروط کردن ازدواج مجدد به اجازه برای حفظ مصالح و جلوگیری از مفاسد، جایز و مشروع است، عدم رعایت شرط و اقدام به ازدواج مجدد به گونه‌ای که مفسده و ضرری بر آن مترتب باشد می‌تواند غیرمجاز و نامشروع باشد. اگر بسیاری از افراد بدون توجه به قانون و مراعات شرط اجازه اقدام به ازدواج مجدد می‌کنند از آن روست که میان شرع و قانون تفاوت قائلند و عمل خود را مشروع می‌دانند ولو مخالف قانون باشد. مادامی‌که قانونگذاری تحت تأثیر فقه سنتی بوده، قوانین مدنی و جزایی از احکام شرعی جدا نشود، مشکل باقی خواهد ماند و دوگانگی و ناهماهنگی همچنان مانعی جدی بر سر راه نظم اجتماعی خواهد بود، آن نظم اجتماعی که مقصود

قانونگذاران از وضع قوانین می‌باشد.

اگر بخواهیم بر اساس دیدگاه دوم (از میان دو دیدگاهی که مطرح شد) به بحث درباره چند همسری بپردازیم، مطمئناً باید ساختار کنونی خانواده، موقعیت، مسئولیت و وظایف واقعی زن و مرد و نیز شرایط اجتماعی را در نظر بگیریم. یکی از واقعیات مهم و فراموش شده در این میان فرزندان هستند که در فقه و قوانین ما تاکنون به‌طور شایسته مورد توجه قرار نگرفته‌اند. آیا مرد به‌عنوان پدر در شرایط امروز می‌تواند تمام مسئولیت‌هایی را که در فقه برعهده او نهاده و فقها آن را مسئولیت‌های شرعی می‌دانند انجام دهد؟

مثلاً مردان براساس فقه ما باید کار کنند و هزینه‌های زندگی زن و فرزندان را تأمین نمایند. خرید مایحتاج را اعم از غذا، لباس، دارو، وسایل خانه، وسایل آموزشی فرزندان و... را باید شخصاً انجام دهند^۱ بنابراین اگر نتوانند این وظایف را خود انجام دهند، لابد باید خادم داشته باشند. مردان باید زن و فرزندان را در صورت بیماری نزد پزشک برده، امور مربوطه را شخصاً انجام دهند و یا کسی را بر این امور بگمارند. مردان باید برای فرزندان مدرسه انتخاب کرده، ثبت‌نام و رسیدگی به امور آموزشی و تحصیلی آنان را انجام دهند، نظافت خانه و فرزندان و مراقبت و نگهداری از آنان نیز برعهده مردان است. آیا مردان امروز حتی با داشتن یک همسر نیز می‌توانند تمام این وظایف را انجام دهند؟ فقهای که براساس فقه سنتی، مردان را مجاز به داشتن چند همسر می‌دانند، درباره انجام این وظایف و مسئولیت‌های شرعی بحث نمی‌کنند، در حالی‌که مسئولیت مردان در جامعه امروز در مقایسه با آنچه در فقه برعهده آنان نهاده شده بسیار متفاوت و ناچیز است. خلاصه مهمی در این رابطه وجود دارد و آن این است که اگر مردان به این وظایف شرعی و قانونی خود عمل نکنند هیچ‌گونه تدبیر فقهی و قانونی برای واداشتن آنان به انجام وظایف خود پیش‌بینی نشده است. بنابراین اگر عقیده بر آن است که ساختار خانواده و شرایط اجتماعی متفاوت است و بسیاری از

^۱ - لمعه کتاب النکاح، ص ۱۷۷

این مسئولیت‌ها اکنون برعهده زنان است، پس باید احکام فقهی و قوانین نیز با آن تناسب داشته باشد.

آیا اگر مرد انجام این وظایف مهم را ترک کند عادل است؟

مرد اگر نفقه کامل زن و فرزندان خود را نیز پردازد، باز هم این وظایف از او ساقط نمی‌شود. اگر مرد دارای دو یا چند همسر و فرزندان متعدد باشد تأمین نفقه آنها و تقسیم شب‌ها به تنهایی نیز وظایف یادشده را ساقط نمی‌کند.

بدیهی است که این وظایف بر مبنای فقه سنتی از عهده مرد ساقط نمی‌شود، اما آنجا که از عدالت هنگام ازدواج مجدد بحث می‌شود، سخنی از این وظایف به میان نمی‌آید، حال آنکه اگر مرد به دلیل ازدواج مجدد از انجام تعهدات و وظایف شرعی خود نه تنها در قبال همسر، بلکه در قبال فرزندان باز بماند، مرتکب ظلم شده است. ظلمی که قرآن در آیه یادشده از آن بیم می‌دهد. فقها هنگام بحث از عدالت در این موضوع فقط متوجه عدالت میان همسران شده و آن را نیز چنان که گفتیم منحصر به تقسیم شب‌ها و تمکن از انفاق دانسته‌اند و در این میان حقوق فرزندان را فراموش کرده‌اند. در روزگار پیامبر اسلام، در جامعه بسیط آن زمان، خداوند مردان را در صورت داشتن بیش از یک همسر بیم می‌دهد، درحالی که در آن زمان همه نزدیک یکدیگر زندگی می‌کردند، شغل مردان مانند امروز نبوده و آنان اوقات فراغت زیادی برای انجام وظایف معمول خود داشته‌اند. هزینه‌های زندگی مانند امروز نبوده است. مدرسه، دانشگاه، بیمارستان و... نبوده است. با این حال انجام تعهدات و حصول عدالت کاری مشکل شناخته شده است.

در روزگار ما که مردان در قبال یک همسر نیز قادر به انجام همه وظایف یادشده نیستند آیا با داشتن چند همسر و فرزندان متعدد قادر به انجام تعهدات شرعی خود خواهند بود؟

نکته مهم این است که این تعهدات و وظایف در قبال خانواده احصا نشده است.

روشن است اکتفا به تمکن مالی و تقسیم شب‌ها موجب احراز عدالت مرد نمی‌شود و از سویی دیگر انجام وظایفی که برشمرده شد در روزگار حاضر با داشتن چند همسر

غیر ممکن است و مرد ناگزیر است این مسئولیت‌ها را اجباراً بر همسران خود تحمیل کند و یا آنکه این امور مهم، انجام نشده باقی بماند و این هر دو ستم است بر همسر و فرزندان. چنان که امروز بسیاری از وظایف مردان را اجباراً زنان در خانواده برعهده گرفته‌اند و اگر آنان این امور را انجام ندهند، امور فرزندان و خانواده متزلزل می‌شود. مردان به تبعیت از اشتباهات شهرت یافته می‌اندیشند که اگر پولدار و متمکن باشند می‌توانند چند همسر اختیار کنند. بی‌تردید در ساختار کنونی خانواده در ایران با شرحی که گذشت، مردان نمی‌توانند به تنهایی نسبت به سرنوشت خانواده تصمیم بگیرند. تصمیم برای ازدواج مجدد در این ساختار تصمیمی است که به سرنوشت همه اعضای خانواده و بیش از همه به همسر مربوط می‌شود، از این رو تصمیم خودسرانه مرد برای ازدواج مجدد متناسب با این ساختار نیست. ممکن است در شرایطی که مرد در زندگی با همسر اول از حقوق طبیعی خود مانند حقوق جنسی و یا داشتن فرزند به دلیل بیماری همسر محروم است بتوان گفت که ازدواج مجدد با بررسی دلایل مرد و احراز درستی آنها، راه حل خوبی است، چرا که در این صورت اگر ضرر وارده بر مرد در صورت ممانعت از ازدواج مجدد و زیان وارده بر زن در صورت ازدواج مجدد مرد با یکدیگر مقایسه شود، زیان وارده به زن کمتر خواهد بود، اما غالباً ازدواج مجدد به دلایل یادشده انجام نمی‌شود، بلکه هواهای نفسانی علت بیشتر ازدواج‌های مجدد است. متأسفانه امروزه به دلیل حاکمیت تفکر طرفداران فقه سنتی از یک سو و حاکمیت امیال مردان از سوی دیگر، ازدواج مجدد و چند همسری به طور لجام گسیخته ترویج می‌شود، درحالی که این ساختار و تعریف از خانواده با مقتضیات امروز ما سازگار نیست و از سوی دیگر قوانین منسجم و استوار برای حفظ کیان خانواده وجود ندارد. غالباً هنگامی که مرد همسر دوم اختیار می‌کند، همسر اول از او جدا می‌شود و فرزندان نیز از نظر عاطفی لطمه می‌بینند و براساس این بوالهوسی یک خانواده چند نفره می‌باشد. آیا این ستم نیست؟

ممکن است گفته شود زن می‌تواند طلاق نگیرد و به زندگی خود ادامه دهد و موجب فروپاشی خانواده نشود. در پاسخ به این سخن می‌توان گفت که مرد می‌تواند

به یک همسر اکتفا کند و از هوسرانی پرهیزد و موجب فروپاشی خانواده نشود. برخی زنان نیز چنین شرایطی را تحمل کرده، طلاق نگرفته‌اند، اما اگر زندگی مردانی را که دارای چند همسر بوده‌اند بررسی کنیم و آن را با شرایط حاکم بر زندگی تک‌همسری مقایسه کنیم، خواهیم دید که شرایط روانی و عاطفی و اخلاقی حاکم به زندگی تک‌همسری به مراتب بهتر از زندگی چند همسری است. آرامش و امنیت موجود در زندگی تک‌همسری به هیچ وجه برای هیچ یک از اعضای خانواده در زندگی چند همسری وجود ندارد. گذشته از بحث فقهی و شرعی پیرامون چند همسری که برخلاف نظر مشهور روشن شد که چند همسری مورد تأکید اسلام نیست و حتی از آن نهی شده است و بیان این نکته که عدالت مورد نظر شامل همه اعضای خانواده می‌شود و نه تنها همسر، بحث اجتماعی، روانشناختی پیرامون منافع و مضار زندگی چندهمسری و مقایسه آن با زندگی تک‌همسری بحثی است قابل تأمل و مورد نیاز.

از آنجا که امروز تلاش می‌شود فقه سنتی به عنوان شرع به فضای قانونگذاری کشور حاکم شود، با توجه به تناقضات و ناهماهنگی‌های فراوان بویژه در حوزه خانواده، ضرورت دارد پیرامون ساختار خانواده در ایران و به دست دادن تعریفی مستقل از خانواده بحث شود و نتایج این بحث‌ها مبنای قانونگذاری شود. همچنین بر اساس آنچه گذشت برای جلوگیری از اضرار به زن، فرزندان، بنیان خانواده و به تبع آن جامعه ضرورت دارد که ازدواج مجدد محدود شود و موانع و عوامل بازدارنده‌ای در مقابل مردان قرار داده شود، چراکه عوارض و تبعات تغییر ساختار خانواده از تک‌همسری به چندهمسری تنها متوجه مردان نبوده، بلکه پیش از مردان و بیشتر از آنان این عوارض زیانبار متوجه بنیان خانواده، زنان، فرزندان و جامعه می‌شود.

یکی از عوامل بازدارنده اجازه همسر اول است، اما از آنجا که گاهی مردان همسر اول خود را مورد آزار و اذیت قرار داده، آنان را وادار به اعلام رضایت می‌کنند و یا به دلیل عدم سختگیری‌های قانونی بدون اجازه اقدام به ازدواج مجدد می‌نمایند، قراردادن عوامل بازدارنده دیگر نیز ضروری است. اصولاً حتی الامکان باید از تغییر ساختار خانواده از تک‌همسری به چندهمسری جلوگیری کرد و از اشاعه چندهمسری ممانعت نمود و چند

همسری را تنها برای موارد اضطراری در جهت حفظ منافع زن و مرد و جلوگیری از اضرار به هر دو تجویز کرد. مانع دیگری که به طور قانونی می‌توان در مقابل مردان به منظور جلوگیری از ازدواج مجدد قرار داد شرط عدم ازدواج مجدد در ضمن عقد نکاح است که در فصل آینده درباره آن به تفصیل سخن خواهیم گفت.

ناهنجاری‌های خانوادگی دانسته شده است. طلاق و چند همسری از ناهنجاری‌های خانوادگی است که هم زنان و هم فرزندان از آن رنج برده، آسیب می‌بینند.

چهارم: علاوه بر همسر اول و فرزندان، جامعه متحمل عوارض ناهنجار ازدواج مجدد می‌شود. از جمله این ناهنجاری‌ها وجود فرزندان بی‌سرپرست و زنانی است که از هیچ حمایتی برخوردار نیستند و برای حمایت از آنها هیچ‌گونه برنامه جدی نیز پیش‌بینی نشده است.

پنجم: اگر زنی حاضر است همسر دوم مردی شود این بدان معنا نیست که آن زن زندگی چند همسری را می‌پسندد و آن را ترجیح می‌دهد، بلکه آن زن نیز ترجیح می‌دهد در خانواده تک‌همسری زندگی کند، اما او یا امکان ازدواج با مردی مجرد را ندارد و یا به این مرد خاص علاقه‌مند است و یا آن مرد به او وعده داده است که در آینده همسر اول خود را طلاق خواهد داد.

به‌هرحال در نظر گرفتن همه جوانب و مقایسه منافع و مضار ازدواج مجدد ما را به پرهیز از آن دعوت می‌کند چنان‌که آیه قرآن نیز گویای همین نکته است.

ممکن است گفته شود که اگر ازدواج مجدد رواج یابد به مرور این پدیده عادی خواهد شد و دیگر زنان و فرزندان از زندگی در خانواده چند همسری رنج نبرده، با مقتضیات آن خو خواهند گرفت.

پاسخ:

روند زندگی انسان در جوامع گوناگون با توسعه شهرنشینی و نیز توسعه روستاها و افزایش مشکلات اقتصادی و اجتماعی در جهت مشکل‌تر شدن ازدواج می‌باشد. به‌طوری‌که امروزه ازدواج در بیشتر کشورها به یک معضل تبدیل شده است و هیچ‌گاه جهت زندگی انسان رو به آسان‌تر شدن امور نبوده است. در ایران نیز وضعیت همین‌گونه است و ازدواج برای جوانان به یک مشکل جدی تبدیل شده است، از این‌رو هنگامی‌که ازدواج و داشتن یک همسر و تشکیل خانواده تک‌همسری با این مشکلات روبه‌روست چگونه ممکن است ازدواج مجدد و چند همسری عادی و معمولی شود؟

پاسخ به یک شبهه

در توجیه ازدواج مجدد و مفید و نافع خواندن آن برای قشر زنان ممکن است گفته شود که ازدواج مجدد دو طرف دارد که یک‌سوی آن زن است. زنی که حاضر است همسر دوم یک مرد شود. زنی که منافع خود را در ازدواج با این مرد جست‌وجو می‌کند، از این‌رو زنانی وجود دارند که ازدواج مجدد و خانواده چند همسری به نفع آنان است و این‌گونه نیست که ازدواج مجدد به زیان همه زنان باشد. در پاسخ به این شبهه باید بگوییم:

نخست: حقوق همسر اول و حفظ منافع وی و عدم زیان به او در اولویت است و مرد با ازدواج، نسبت به همسر خود متعهد شده است، از این‌رو منافع همسر اول در اولویت بوده، مرد نسبت به زن دیگر متعهد نیست.

دوم: علاوه بر همسر اول فرزندان نیز در این رابطه ذی‌حقند و منافع و مضار آنان نیز مطرح است و آنان ممکن است با تغییر ساختار خانواده‌ای که در آن زندگی می‌کنند از تک‌همسری به چند همسری مخالف باشند.

سوم: چنان‌که گفتیم و واقعیات نیز مؤید آن است ازدواج مجدد در بسیاری از موارد منجر به فروپاشی خانواده اول و یا حتی خانواده دوم و گاه هر دو خانواده شده مشکلات فراوانی را برای همسران و فرزندان به‌وجود می‌آورد، حتی اگر به فروپاشی خانواده نینجامد، موجب تنش‌ها، ناهنجاری‌ها و ناآرامی‌های فراوان در هر دو خانواده می‌شود. بدیهی است عوارض و تبعات ناهنجاری‌های خانوادگی بسیار زیاد است. همواره یکی از علل مهم بزهکاری کودکان و نوجوانان و مشکلات روانی بزرگسالان

با توجه به شرایط، واقعیات و مشکلات امروز، در صورتی که ازدواج مجدد مجاز گشته، مانع قانونی نداشته باشد، فقط دو گروه از مردان می‌توانند اقدام به ازدواج مجدد نمایند:

گروه اول مردان متمولی هستند که می‌پندارند چون می‌توانند دو خانواده را تأمین کنند، ازدواج مجدد آنان زبانی به همسر اول و فرزندان نمی‌رساند. آنان انجام تعهدات مالی را تنها وظیفه خود در قبال خانواده می‌دانند و این اشتباه، شهرت فراوانی در میان مردم یافته است.

گروه دوم مردانی هستند که فقط می‌توانند یک خانواده و یک همسر را اداره کنند. این مردان با ازدواج دوم خانواده اول را رها کرده، تعهدات خود را در قبال آنان انجام نخواهند داد و قادر به انجام آن نیز نخواهند بود. زیانبار بودن ازدواج مجدد گروه دوم آشکار و بدیهی است، اما روشن است که عده مردان متمول در بسیاری از جوامع از جمله ایران نسبت به جمعیت مردان اندک است، از این رو ازدواج مجدد این عده نه تنها نمی‌تواند ازدواج مجدد و چند همسری را عادی سازد، بلکه مشکلات جدیدی را به جامعه تحمیل خواهد کرد. در ازدواج مجدد این گروه معمولاً همچنان عدم رضایت خانواده اول وجود دارد و ناهنجاری، ناآرامی و بحران همچنان گریبانگیر خانواده اول بوده، خانواده دوم نیز خالی از ناهنجاری و بحران نیست. ناهنجاری‌هایی که محور و حتی مرکز ثقل آن خود مردانند، اما این مردان به هزار بهانه و توجیه از غریزه و امیال نفسانی خود پیروی کرده، اعضای خانواده و حتی خود را در گرداب مشکلات و ناهنجاری‌ها می‌افکنند. یکی از مشکلاتی که از بلا مانع بودن ازدواج مجدد مردان متمول به وجود می‌آید، این است که در جامعه ناسالم، یعنی جامعه‌ای که دختران و پسران جوان به دلیل مشکلات اقتصادی، گرانی و بیکاری نمی‌توانند ازدواج کنند، دختران جوان به ازدواج با این گونه مردان روی می‌آورند. در این رویکرد مردان گرفتار هوسبازی و شهوترانی می‌شوند و دختران جوان نیز که مسلماً با چند همسری مخالفند معمولاً انگیزه‌های سالم و درستی برای این گونه ازدواج‌ها ندارند. انگیزه‌های ناسالم در ازدواج نمی‌تواند به شکل گیری یک خانواده سالم بینجامد، از این رو بدیهی

است که در این میان نه تنها حرکتی مثبت صورت نگرفته، بلکه به خانواده اول که با انگیزه سالم شکل گرفته آسیب وارد می‌شود. در اینجا پرسش مهمتری وجود دارد و آن این است که با توجه به مشکلات و معضلات فراوان بر سر راه ازدواج جوانان، ازدواج مجدد و ترویج آن آیا می‌تواند مشکلی را حل کند؟

جامعه هدف در همه جوامع برای ازدواج جوانان هستند. دختران و پسران جوانی که به سن ازدواج رسیده‌اند و چنان که واقعیات گویای آن است به دلیل مشکلات روزافزون اقتصادی نمی‌توانند ازدواج کنند.

ناگفته پیداست که پسران جوان که جمعیت زیادی را در ایران تشکیل می‌دهند جایگاهی در بحث ازدواج مجدد ندارند. بدین ترتیب در ازدواج مجدد یک سو مردان متمول و علاقه‌مند به ازدواج مجدد قرار دارند و نیز مردان بی‌تعهدی که حاضرند با ازدواج دوم خانواده اول را رها سازند و در سوی دیگر جمعیت کثیر دختران جوان و بیوه‌زنان.

اگر ازدواج به این سمت حرکت کند، پسران جوان که نیمی از جامعه هدف در ازدواج و تشکیل خانواده می‌باشند حذف می‌شوند و دو گروه مردان یادشده که متأهلند و اصلاً جز جامعه هدف در ازدواج نیستند، جایگزین پسران جوان در موضوع ازدواج می‌شوند. بدیهی است در این صورت با بحران خانواده و نیز بحران اجتماعی روبه‌رو خواهیم شد، چرا که نه جمعیت مردان و زنان در این میان تناسبی با یکدیگر دارد و نه انگیزه سالم برای تشکیل خانواده با این مختصات وجود دارد.

بنابراین ازدواج مجدد راهگشای ما برای حل مشکل ازدواج نیست و آنان که به ترویج آن می‌پردازند به دنبال حل مشکل عده معدودی از مردان متمول و هوسبازند. مردانی که مانع قانونی و فرهنگ عمومی که ازدواج مجدد را هنوز هم ناپسند می‌داند در مقابل تمایلات آنان قرار دارد و باعث شده که یا آنان به خواسته خود نرسند و یا ازدواج مجدد خود را پنهان سازند. بی‌تردید رفع موانع قانونی و کاهش قبح ازدواج مجدد در فرهنگ عمومی خواسته جمعیت اندکی از مردان (نسبت به کل جمعیت مردان) است که همانا مردان متمول متأهلند.

در اینجا باید تأکید کرد که اگر بخواهیم از ازدواج مجدد به‌طور صحیح در جامعه استفاده کنیم، به‌گونه‌ای که منافع آن بیش از مضار آن باشد، به‌جای ترویج آن، که موضوعیت ندارد، چراکه همگان از آن منتفع نمی‌شوند، باید آن را محدود به مواردی خاص کرد، به‌گونه‌ای که با تحقق آن خانواده اول فرو نپاشد و خانواده دوم نیز به‌گونه‌ای سالم شکل گیرد. این مهم تحقق نمی‌یابد، مگر آنکه همسر اول و حتی فرزندان راضی به ازدواج مجدد مرد باشند و یا آنکه اگر مرد در زندگی با همسر اول خود دارای مشکلاتی است که مانع دستیابی وی به حقوق طبیعی و بهره‌مندی او از منافع ازدواج می‌شود با بررسی قانونی ادعاهای او و اثبات درستی آن، مجاز به ازدواج مجدد ولو بدون اجازه و رضایت همسر اول شود.

عدم تزوج است. بدین معنا که زن در ضمن عقد ازدواج، شرط کند که شوهرش همسر دیگری جز او اختیار نکند و در واقع با این شرط ازدواج با آن مرد را می‌پذیرد. ما با توجه به ارتباط این موضوع با بحث پیشین آن را مطرح می‌سازیم و این فصل در واقع تکمله بحث پیشین است. شاید خواننده از خود بپرسد که، چرا ما این همه پیرامون چند همسری و مسائل آن بحث می‌کنیم؟

داعی نگارنده در بحث پیرامون این موضوع آن است که در سه دهه اخیر با توجه به حاکمیت فکری فقه سنتی تلاش شده است که چندهمسری در ایران ترویج شود. وضعیت اجتماعی و نگاهی به دادگاه‌های خانواده نیز حاکی از آن است که چند همسری هر چند هنوز باوجود تبلیغات زیاد جایگاه قابل قبول اجتماعی پیدا نکرده، اما مردان زیادی را به خود جلب کرده است. مردانی که پنهانی با گرفتن شناسنامه المثنی اقدام به ازدواج مجدد کرده‌اند و یا مردانی که بدون توجه به خواسته‌های همسر اول و فرزندان خود ازدواج مجدد کرده و موجبات فروپاشی خانواده اول را فراهم ساخته‌اند. یا مردانی که با دادن وعده‌های دروغین، همسر دوم اختیار کرده و پس از آنکه وعده‌های آنان تحقق نیافته و همسر دوم نیز در گرداب ناآرامی‌ها و تنش‌ها گرفتار آمده، اقدام به طلاق نموده‌اند. ترویج بی‌رویه چند همسری و تغییر ساختار خانواده بدون توجه به عوارض و تبعات آن معضلاتی را به وجود می‌آورد. معضلاتی که آینده خانواده و جامعه و بویژه زن را تهدید می‌کند. در تاریخ ایران، حتی پس از فتح ایران به دست مسلمانان چندهمسری هیچ‌گاه رواج نیافت و خانواده ساختار متناسب با فرهنگ این مرز و بوم و بویژه جایگاه زن و مادر خانواده را حفظ کرده است. در ایران تاکنون همواره خانواده از قوام و استحکام برخوردار بوده است، اما در سه دهه اخیر با تلاش‌هایی که برای تغییر ساختار خانواده از تک‌همسری به چند همسری و یا ترویج هوسبازی با تبلیغ بی‌رویه و لجام‌گسیخته ازدواج موقت صورت گرفته، ارکان خانواده مورد تهدید قرار گرفته است، زیرا همان‌طور که پیشتر بیان کردیم جایگاه زن، مرد و فرزندان در جوامع و فرهنگ‌های گوناگون متفاوت است و نمی‌توان ساختار مناسب جامعه و فرهنگ دیگر را بی‌رویه در ایران تبلیغ و ترویج کرد.

شرط ضمن عقد نکاح

طرفین هر عقدی می‌توانند برای تأمین خواسته‌های خود و نیز جلوگیری از هرگونه زیان احتمالی، در ضمن آن عقد شروطی را که مخالف عقل و شرع نباشد مطرح سازند و بدین ترتیب انجام تعهد خود را در آن عقد مشروط به تحقق شروط یادشده و یا عدم تخلف از آنها کنند. این امکان برای همه افراد هنگام عقد قرارداد وجود دارد. سنت نیز بر آن صحه گذاشته است.^۱ با توجه به تأثیر ازدواج در همه شئون زندگی و نقش سرنوشت‌ساز آن شاید بتوان در میان عقود، ازدواج را مهمترین عقد دانست.

در عقد ازدواج نیز دوطرف می‌توانند شروط مورد نظر خود را مطرح سازند. فقها در کتب فقهی در فصل نکاح مطالبی در این باره آورده‌اند و هر چند زن و شوهر هر دو می‌توانند شروطی در ضمن عقد نکاح مطرح کنند، اما فقها بیشتر بر شرطی که زن مطرح می‌کند تأکید نموده‌اند. در عقده‌نامه‌های کنونی نیز شروطی از سوی زن در ضمن عقد نکاح مطرح شده است، اما فقها از آن‌رو بر شروط زن تأکید کرده‌اند، که به جهت موقعیت خانوادگی و اجتماعی و قوانین حاکم بر جامعه مسلمانان اولیه غالباً زن به دلیل مشکلات موجود مجبور به بیان شروط بوده است و مرد از آن جهت که هرگاه زندگی و زن بر وفق مراد و موافق میل او نبوده می‌توانست زن را طلاق دهد و یا زن دیگری بگیرد، نیازی نداشته که به خواسته‌ها و تمایلات خود با طرح شروط ضمن عقد دست یابد. یکی از شروطی که درباره آن بیش از دیگر شروط بحث شده، شرط

^۱-مکاسب جلد ۳ ص ۲۶-۵ و لمعه و جواهر الکلام و دیگر منابع فقهی نیز در باره شروط ضمن عقد از جمله «عقد نکاح بحث کرده و بر اساس سنت آنرا جایز دانسته‌اند.

«اگر در ضمن عقد چیزی را که مخالف شرع است شرط کند، شرط باطل و بی اعتبار است، ولی عقد صحیح است. مانند اینکه زن شرط کند که مرد زن دیگری نگیرد و یا کنیز نداشته باشد یا اینکه در تقسیم شبها حق هووی او را ادا نکند یا آنکه زن هر وقت خواست از خانه بیرون رود و مرد مانع او نشود.»^۱

این نظر فقها مبتنی بر همان دیدگاهی است که پیشتر درباره ازدواج مجدد بیان کردیم، اما آیا واقعاً شرط عدم تزوج شرطی خلاف شرع است؟

ما در بحث پیرامون چند همسری نشان دادیم برخلاف تصور رایج در اذهان عمومی ازدواج مجدد و چند همسری در اسلام پسندیده و مورد تأکید نیست. به علاوه محدود کردن آن به شرط اجازه زن و یا هر عنوان دیگری مشروع است و مهمتر آنکه لازم است برای محدود کردن آن و جلوگیری از وارد شدن صدمه به شالوده خانواده و حقوق زن و فرزندان، عوامل بازدارنده جدی و ضمانت اجرایی کافی در قانون پیشینی شود. امروزه فقه مبنای قانونگذاری ما شده است، از این رو بدیهی است که بحث پیرامون مبنای فکری قانونگذاران می تواند مؤثر و مفید باشد.

با مروری بر اخبار و روایات می بینیم که حتی در زمان پیامبر که چند همسری رواج داشته بسیاری از زنان هنگام ازدواج، شرط عدم تزوج را مطرح می کرده اند. پیشتر فقها معتقدند که اگر زن در ضمن عقد ازدواج خود شرط کند که شوهرش زن دیگری نگیرد، این شرط خلاف شرع بوده، از این رو باطل است، اما ازدواج او صحیح است و مرد می تواند زن دیگری بگیرد و لازم نیست به شرط خود وفا کند.

مثلاً شهید دوم چنین می گوید: «شرط کردن آنچه موافق با شرع است در عقد نکاح جایز است چه داخل مقتضای عقد نکاح باشد مانند آنکه زن بر مرد شرط کند که در تقسیم شبها (میان او و همسر دیگرش) یا نفقه، عدالت داشته باشد و یا آنکه مرد بر زن شرط کند که هرگاه خواست، زن دیگری بگیرد یا کنیز داشته باشد. و چه شرط خارج از مقتضای عقد باشد، مانند آنکه شرط شود مرد پرداخت تمام مهریه یا قسمتی از آن را به تأخیر بیندازد، اما اگر چیزی مخالف شرع شرط شود، شرط، باطل و عقد و مهر صحیح است. مانند آنکه شرط شود مرد زن دیگر یا کنیزی نداشته باشد.»^۱

دیگر فقها نیز درباره شرط عدم تزوج چنین نظری را بیان کرده اند. مثلاً صاحب جواهر نیز در بیان شروط مخالف شرع، شرط عدم تزوج را آورده است. وی می گوید:

۱. (يجوز اشتراط ما يوافق به الشرع في عقد النكاح) سواء كان من مقتضى عقد النكاح كأن تشترط عليه العدل في القسم والنفقة أو يشترط عليها أن يتزوج عليها متى شاء أو يتسرى ، أو خارجاً عنه كشرط تأجيل المهر أو بعضه إلى أجل معين . (فلو شرط ما يخالفه لغى الشرط وصح العقد و المهر كاشتراط أن لا يتزوج عليها و ان لا يتسرى).، شرح لمعه، جلد ۵، صفحه ۳۶۲.

در میان شروطی که شیخ انصاری برای صحت شرط بیان کرده می‌توان گفت که در واقع ضابطه کلی برای صحت شرط همانا عدم مخالفت با کتاب و سنت است، چرا که شروط دیگر او نیز ذیل همین شرط قابل بحث است. برخی فقها درباره اینکه منظور از مخالفت و موافقت با کتاب و سنت چیست بحث‌ها کرده‌اند. بحث شیخ انصاری در این باره دقیق‌تر و ظریف‌تر است. او چنین آورده است که منظور از کتاب‌الله در روایات مورد نظر همانا احکام دین است که خداوند برای بندگان التزام به آن را واجب کرده است و بعید نیست که منظور از موافقت با کتاب همان عدم مخالفت باشد، زیرا آنچه که مخالف با کتاب‌الله نیست با عموماً قرآنی که تصرفات غیرحرام در نفس و مال را جایز می‌داند موافق است.^۱

فقها در بیان مخالفت شرط عدم تزوج با شرع غالباً به پاره‌ای روایات استناد کرده‌اند که ما ابتدا آن روایات را می‌آوریم و سپس به بحث پیرامون آنها و کیفیت استدلال و استنباط از آنها می‌پردازیم. در واقع مطابق معمول به سنت استناد شده است. روایات مورد استناد عبارتند از:

۱- حماده بنت‌الحسن خواهر ابی عبیده حذاء می‌گوید: از ابا عبدالله سؤال کردم درباره مردی که با زنی ازدواج کرد و با او شرط نمود که با زن دیگری ازدواج نکند و زن راضی شد که این شرط مهر او باشد. امام صادق (ع) فرمود: این شرط فاسد است و نکاح جز بر درهم و دو درهم منعقد نمی‌شود.^۲

۲- ضریس با زنش «بنت حمران» شرط کرده بود که تا ابد چه در زمان حیات همسرش و چه پس از مرگ او با زنی دیگر ازدواج نکند و کنیز نداشته باشد به این شرط که بنت حمران نیز هرگز پس از او با مرد دیگری ازدواج نکند و هر دو شرط کرده بودند که در صورت عدم وفای هر یک به شرط دیگری به کفاره‌هایی مانند

آیا شرط عدم تزوج خلاف شرع است؟

فقها با استناد به روایات، شروطی را نامشروع می‌دانند که مخالف کتاب و سنت باشد، به عبارت دیگر شرطی لازم‌الوفاست که مخالف با کتاب و سنت نباشد. شیخ انصاری در مکاسب^۱ ذیل عنوان «شروط صحت شرط» هشت شرط را آورده است که به‌طور خلاصه آن شروط عبارتند از:

- ۱- مکلف قادر به انجام شرط باشد.
- ۲- شرط فی‌نفسه جایز باشد. مثلاً اگر شرط کند که انگور را شراب سازد با توجه به «المؤمنون عند شروطهم الاً شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً» جایز نیست، چرا که اگر مشروط از محرمات باشد شرط‌کردن و التزام به آن حلال‌کردن حرام محسوب می‌شود.
- ۳- مشروط عقلایی باشد، یعنی چیزی باشد که معمولاً نزد عقلاً دارای غرض قابل قبول است و یا نسبت به شخص شرط‌کننده غرض آن شرط قابل قبول و عقلایی باشد.
- ۴- شرط مخالف کتاب و سنت نباشد مثل ارت‌بردن بیگانه.
- ۵- شرط مخالف مقتضای عقد نباشد.
- ۶- شرط مجهول نباشد به گونه‌ای که موجب ضرر شود.
- ۷- شرط مستلزم محال نباشد مانند آنکه در بیع شرط کند که مبیع را به بایع بفروشد.
- ۸- شرط در ضمن عقد بیان شده باشد.

۱. مکاسب، ج ۳، ص ۹.

۲. حماده بنت الحسن أخت أبي عبیده الحذاء قالت : سألت ابا عبدالله (ع) عن رجل تزوج امرأة و شرط لها ان لا يتزوج عليها و رضیت ان ذلک مهرها؟ فقال ابو عبدالله (ع): هذا شرط فاسد لا يكون النكاحاً لا على درهم أو درهمين . وسائل الشیعه ، ج ۲۱، ص ۲۷۵، باب ۲۰ (من شرط لزوجته ان لا يتزوج عليها و لا يتسرى)

قربانی و حج عمل کند و همه مال خود را به مساکین ببخشد. سپس «ضریس» به محضر امام صادق (ع) آمد و ماجرا را نقل کرد. امام (ع) فرمود: بنت حمران بر ما حق دارد، اما این موجب نمی‌شود که ما حق را بر تو باز نگوئیم. برو ازدواج کن و کنیز داشته باش. شرط شما اعتباری ندارد، نه درباره تو و نه درباره او.^۱

منصور بزرج از عبد صالح (امام کاظم (ع)) نقل کرده که به آن حضرت گفتم: مردی از شیعیان شما با زنی ازدواج کرد، سپس او را طلاق داد و از او جدا شد و پس از آن اراده بازگشت به او را نمود. ولی زن از او روی گرداند و حاضر به ازدواج نشد مگر آنکه مرد بپذیرد که او را هرگز طلاق ندهد و با زن دیگری ازدواج نکند، مرد نیز با او چنین شرط کرد. مدتی پس از آن علاقمند به ازدواج مجدد شد. حال او چه کند؟ امام (ع) فرمود: کار بدی کرده است در حالیکه نمی‌داند شب و روز چه در قلبش خواهد گذشت. به او بگو به شرط خود وفا کند زیرا رسول الله (ص) فرمود: مؤمنان باید به شروط خود وفا کنند.^۲

از منصور بن حازم از ابی عبدالله (ع) نقل شده که از حضرت سؤال کردم درباره زنی که برای شوهرش قسم خورد که پس از مرگ او هرگز با کسی ازدواج نکند و اگر به عهد وفا نکند به کفاره‌هایی مانند آزاد کردن بنده و قربانی عمل کند و پس از مدتی مایل به ازدواج شده است. حضرت فرمود: کنیز خود را بفروشد که من از جور سلطان بر او نگرانم، در حالی که واقعاً چیزی برعهده وی نیست و اگر خواست،

۱. عن زراره. انّ ضریساً کاتب تحتہ بنت حمران فجعل لها ان لا یتزوَّج علیها ولا یتسرى أبداً فی حیاتها ولا بعد موتها علی ان جعلت له هی ان لا یتزوَّج بعده أبداً، وجعلا علیهما من الهدی و الحج و البدن و کلّ مال مهما فی المساکین ان لم یف کل واحد منها لصاحبه ، ثم انه أتى ابا عبدالله فذكر ذلك له فقال (ع): انّ لبنه حمران لحقاً و لن یحملنا ذلك علی ان لا نقول لك الحق، اذهب فتزوَّج و تسر فان ذلك لیس بشی و لیس شی علیک و لا علیها و لیس ذلك الذی صنعتما بشی. (وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۲۷۶، الفقیه، ج ۳، ص ۲۷۰ / ۱۲۸۵)

۲. منصور بزرج عن عبد صالح (ع) قال: قلت له ان رجلاً من موالیک تزوّج امرأه ثم طلقها فبانت منه فاراد أن یراجعها فأبیت علیه الا ان یجعل لله ان لا یطلقها و لا یتزوَّج علیها فأعطاها ذلك ثم بداله فی التزوَّج بعد ذلك فکیف یصنع؟ فقال: بنس ماصنع و ما کان یدریه ما یقع فی قلبه باللیل و النهار قل له: فلیف للمراه بشرطها فان رسول الله (ص) قال: المؤمنون عند شروطهم. (وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۲۷۶، روایت ۲۷۰۸۱، کافی ج ۵ ص ۴۰۴)

می‌تواند قربانی کند.^۱

۵. عیاشی در تفسیر خود از ابن مسلم از ابی جعفر (ع) نقل کرده است که امیر المؤمنین چنین قضاوت نمود درباره زنی که مردی با او ازدواج کرد و با زن و خانواده او شرط کرد که اگر زن دیگری بگیرد و یا او را رها کند و یا کنیزی برگزیند پس زن مطلقه باشد. حضرت فرمود: شرط خداوند مقدم بر شرط شماست اگر مرد خواست می‌تواند به شرط خود عمل کند و اگر خواست می‌تواند زن خود را نگاه دارد و با زن دیگری نیز ازدواج کند و کنیز داشته باشد و از زن خود دوری گزیند اگر راه دوری و هجران در پیش گرفت (اگر تمکین نکرد) که خداوند می‌فرماید: با زنانی که نکاح آنان برای شما روا خوانده شده است، ازدواج کنید دو و سه و چهار زن. یا می‌فرماید: کنیزانی که مالک آنان هستید بر شما حلالند و یا زنانی که از نشوز آنان می‌هراسید^۲

۱. عن منصور بن حازم عن ابی عبدالله (ع) قال: سألته عن امرأه حلفت لزوجهما بالعناق و الهدی ان هو مات لا تزوّج بعده أبداً ثم بدالها أن تتزوَّج؟ قال: تبیع مملوکتها فانی اخاف علیها السلطان و لیس علیها فی الحق شی فان شاءت ان تهدی هدیا فعلت. *وسائل الشیعه جلد ۲۱ ص ۲۷۷، حدیث ۲۷۸۰۲

۲. العیاشی فی تفسیره عن ابن مسلم ابی جعفر (ع) قال: قضی امیر المؤمنین (ع) فی امرأه تزوجهما رجل و شرط علیها اهلها: ان تزوّج علیها امرأه او هجرها أوأتی علیها سرته فانها طاق فقال: شرط الله قبل شرطکم ان شاء فی شرطه و ان شاء أمسک امرأته و نکح علیها و تسرى علیها و هجرها ان اتت بسبیل ذلك قال الله تعالی: «فانکحوا ما طاب لکم من النساء و مثنی و ثلاث و رباع» (نسا/۳) و قال «احلّ لکم ماملکت ایمانکم» (نسا/۳) و قال «والآلاتی تخافون نشوزهنّ» (نسا/۳۴) (وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۲۷۷)

بحثی درباره روایات

چنان که ملاحظه می شود در روایت اول، مردی با همسرش شرط کرده است که با زن دیگری ازدواج نکند و زن راضی شده که این شرط مهر او باشد. در واقع شرط عدم تزوج مهر زن قرار گرفته است و حال آنکه مهر مال است و در کلام امام نیز چنین آمده است که «لا یكون النکاح الا علی درهم او درهمین»، یعنی نکاح صحیح نیست، مگر آنکه دست کم یکی دو درهم مهر قرار داده شود، از این رو منظور از اینکه این شرط فاسد است، این است که مهر قرار گرفتن عدم تزوج صحیح نیست.

و اما درباره روایت دوم به بررسی چند نکته می پردازیم، چنان که در روایت آمده است زن و شوهر هر دو با یکدیگر شرط کرده اند که برای همیشه ازدواج با فرد دیگر را ترک کنند. مرد شرط کرده است چه در زمان حیات زن و چه پس از مرگ او، نه با زن دیگری ازدواج کند و نه کنیز داشته باشد و زن نیز شرط کرده است که پس از مرگ شوهر با دیگری ازدواج نکند.

درباره علت بطلان شرط زن و شوهر در این روایت باید گفت از آنجا که آنان شرط کرده اند که برای همیشه ازدواج با دیگری را ترک کنند و تحت هر شرایطی این حق را از خود سلب نموده اند، این شرط را امام باطل دانسته است. چنان که می دانیم موضوع بیشتر شروط مانند نذر، عهد و مانند آن مباحات می باشد، که به واسطه جعل عنوان شرط، نذر و یا عهد، ترک یا فعل آن مباح، واجب می شود. درواقع بدین ترتیب ممکن است ارتکاب یک مباح با شرط، نذر و یا عهد، حرام شود و یا واجب گردد و حال آنکه در اصل مباح بوده است.

اینکه امام شرط زن و شوهر را باطل اعلام می کند از آن روست که آنان به طور مطلق و حتی پس از مرگ همسر برای همیشه ازدواج را بر خود حرام کرده اند. شیخ انصاری نیز در مکاسب در بحث ذیل این خبر موثق از امیرالمؤمنین که می فرماید: «من شرط لامرأته شرطاً فلیف به لها فان المسلمین عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً أو أحلاً حراماً» (هر کس با زن خود شرطی نمود باید به شرط خود وفا کند، چرا که مسلمانان به شروط خود وفا می کنند، مگر شرطی که حلالی را حرام و یا حرامی را حلال کند)، چنین می گوید: «در این روایت یا مقصود از (الا شرطاً حرم حلالاً) این است که (الا شرطاً حرم وجوب الوفاء به الحلال)، یعنی مگر شرطی که وجوب وفای به آن حلالی را حرام کند اگر بگوییم که وجوب وفای به شرط عدم تزوج و تسری (کنیز داشتن) تحریم حلال است و مقصود امام از (الا شرطاً...) این معناست، باید گفت که این معنا با ظاهر عبارت مخالف است و متناقض با روایت منصور بن یونس می باشد که وفای به عدم طلاق و تزوج را لازم می داند. باید گفت که افاده این معنا مستلزم آن است که کل شروط، لغو باشد و (المسلمون عند شروطهم) منحصر شود به اشتراط فعل واجبات و ترک محرمات. حال آنکه تحریم مباحات به واسطه شرط از شمار بیرون است و بلکه اشتراط هر شرطی به جز فعل واجبات و ترک محرمات مستلزم تحریم حلال است، فعلاً یا ترکاً. یا آنکه بگوییم مقصود از (الا شرطاً حرم حلالاً) این است که (الا شرطاً حرم ذلک الشرط الحلال)، یعنی مگر شرطی که این شرط حلال را حرام کند. به عبارت دیگر مشروط، تحریم حلال باشد.

ممکن است گفته شود اینکه عدم فعل چیزی را شرط کند و یا به فعل آن راضی نباشد در واقع تحریم حلال است. در پاسخ به این اشکال می گوییم: نه، منظور از حرمت، طلب ترک از مشروط نیست، بلکه جعل آن به عنوان حرام ذاتی مقصود است و می دانیم که شرط عدم فعل و نهی شخص از فعل، آن چیز را حرام شرعی نمی کند.^۱ شیخ انصاری با بیان مطالب یادشده در مقام بیان این نکته است که تحریم مباحات

به واسطه عناوینی مانند شرط، نذر و یا غیره جایز است. از این نکته چنین به دست می آید که ترک ازدواج نیز که امری مباح است، به واسطه شرط ایرادی ندارد و این گونه شروط مصداق تحریم حلال و یا حلال کردن حرام نیست. شیخ انصاری در ادامه مطالب یادشده می افزاید: «مقصود از تحلیل حرام و تحریم حلال، تأسیس قاعده است و آن تعلق حلیت و حرمت به برخی افعال به طور عموم است، نه با توجه به ویژگی فرد. مقصود از تحلیل حرام و تحریم حلال که نهی شده این است که شرط کننده، قاعده کلی احداث کند و یا حکم جدیدی ابداع کند. در واقع شرع، اجازه اشتراط را داده است، مگر شرطی که موجب ابداع حکم کلی جدید شود، مانند تحریم تزوج و تسری ولو نسبت به خودش فقط.»^۱

با توجه به روایاتی که بحث آن در پی خواهد آمد و مطالبی که ذکر شد اگر بر اساس شرطی یک مباح و حلال برای همیشه حرام شود به گونه ای که گویا از ابتدا حرام بوده این تأسیس قاعده جدید می باشد که به عقیده شیخ انصاری مردود است. به همین جهت مثلاً در روایتی آمده است که قسم خوردن بر ترک نوشیدن آب میوه مباح برای همیشه باطل است. به این دلیل که شخصی نمی تواند آنچه را که خداوند بر او حلال کرده حرام کند، در حالی که اگر کسی قسم بخورد که مدتی مثلاً آب میوه خاصی را نخورد این قسم باطل نیست. از مجموع این مباحث چنین بدست می آید که اگر در ضمن عقد شرط شود که مرد در طول زندگی با این زن، زن دیگری نگیرد، چنین شرطی باطل نیست، چرا که ازدواج نیز مانند دیگر مباحات، قابل پذیرش عنوان شرط می باشد؛ حتی علاوه بر مباحات، مستحبات و مکروهات نیز می توانند موضوع شرط و سایر عناوین مانند نذر و عهد قرار گیرند. شیخ انصاری نیز در مکاسب در بحث پیرامون شرط مخالف و موافق کتاب و سنت به بیان این نکته می پردازد که اگر مشروط، از جمله مباحات، مستحبات و مکروهات باشد التزام به آن مخالف کتاب و سنت نیست، چرا که میان حکم این موضوع در کتاب و سنت و دلیل التزام به شرط و

وجوب وفای به آن منافاتی وجود ندارد، اما اگر شرط بر محرمات و واجبات وارد شود، التزام به آن مخالف کتاب و سنت است.

چنان که در روایت سوم ملاحظه می شود مرد شرط کرده است که در زمان حیات زن، با زن دیگری ازدواج نکند (از آنجا که شرط نشده است که ابداً و برای همیشه با دیگری ازدواج نکند، از این رو فهمیده می شود که شرط یادشده منحصر به زمان حیات زن است) و نیز شرط کرده که زن خود را طلاق ندهد و امام نیز با استدلال به این قاعده که «المؤمنون عند شروطهم» مرد را مکلف به وفای به شرط می داند.

و اما درباره روایت چهارم هر چند که فقها برای بطلان شرط عدم تزوج به آن استناد نکرده اند، باید گفت از آن رو که قسم به چیزی تعلق گرفته که مرجوح است نه راجح، از این رو جایز نیست. صاحب جواهر نیز در بحث پیرامون متعلق یمین (قسم) می گوید: «چنان که در خبر زراره از ابی جعفر (ع) آمده است که به حضرت عرض کردم مردی با قسم های غلیظ سوگند یاد می کند که برای خانواده خود چیزی نخرد، امام فرمود: برای آنان بخرد و کفاره ای بر او نیست. صاحب جواهر می افزاید: که برای قسم بر مرجوح هر چند که دنیوی باشد و یا عمل کردن به خلاف قسم بهتر از عمل کردن به قسم باشد، کفاره ای نیست.^۱ بنابراین می توان گفت از آن جهت که ازدواج فعلی است مباح و برای کسی که همسر ندارد فعلی است راجح و مستحب، از این رو قسم بر ترک ازدواج برای همیشه منعقد نمی شود.

و اما درباره روایت پنجم که در آن آمده است اگر مرد زن دیگری گرفت و یا زن خود را رها کرد پس زن او مطلقه باشد، باید گفت از آن رو این شرط باطل است که طلاق مشروط به این شروط شده است. فقها در بحث پیرامون طلاق بر این باورند که طلاق باید منجز باشد.^۲ بنابراین شیخ انصاری نیز در مکاسب این احتمال را که علت بطلان شرط در این روایت ترتب طلاق بر ازدواج مجدد یا رها کردن زن بوده است،

^۱ -جواهر الکلام جلد ۳۱ ص ۹۵-۱۰۰

^۲ -به این معنی که انجام طلاق باید مستقل از هر فعل دیگری باشد و نمی توان گفت که اگر فلان کار انجام شد به معنی آنست که طلاق واقع شده است.

قوی‌تر می‌داند و برای اثبات درستی این احتمال به روایت دیگری که شرط عدم تزوج و عدم طلاق را لازم‌الوفاء می‌داند استناد کرده است (روایت سوم).

از بحث پیرامون روایاتی که آمد و آنچه که در توضیح تحریم حلال و تحلیل حرام گفتیم و از جمع روایات فهمیده می‌شود که اگر زن در عقد ازدواج شرط کند که شوهرش در طول مدت زندگی با او زن دیگری نگیرد، این شرط مخالف شرع نیست. آیت‌الله خوئی نیز فتوی به صحت شرط عدم تزوج داده است.^۱

از روایتی که فقها در تشخیص مشروع و نامشروع به آن استناد می‌کنند فهمیده شد که ضابطه مشروع و نامشروع همانا تحلیل حرام و تحریم حلال الهی است. ما نیز در مباحث گذشته بیان کردیم که جز در باب واجبات و محرمات در دیگر موارد می‌توان براساس مقتضیات و ضروریات قانونگذاری کرد. بر این اساس با استناد به قواعدی مانند «المؤمنون عند شروطهم» و «لا ضرر» و مانند آن می‌توان پذیرفت که قرار دادن هرگونه شرط عقلایی در ضمن عقد نکاح جایز است، ازجمله شرط عدم تزوج. چنان‌که دیدیم هیچ‌گونه دلیلی بر نامشروع بودن شرط یادشده وجود ندارد و اگر در روایات مورد استناد فقها جایی شرط یادشده باطل اعلام شده به دلیل دیگر بوده که شرح آن رفت.

اما حساسیت نسبت به شرط عدم تزوج و نامشروع خواندن آن نه به جهت روایات است، بلکه از آن روست که اعراب تمایل فراوان به تعدد زوجات داشته‌اند و معمولاً مردان با توجه به غریزه، بدون در نظر گرفتن مصالح اجتماعی و خانوادگی به این موضوع گرایش دارند. چنان‌که از مطالعه تاریخ درمی‌یابیم، چند همسری و مردسالاری مطلق از ویژگی‌های خانواده در حجاز بوده است. با نگاهی به ساختار خانواده در حجاز می‌بینیم که مرد دارای قدرت مطلق بوده، تمام تصمیم‌گیری‌ها اعم از تصمیمات جزئی و کلی برعهده او بوده است. مرد تصمیم می‌گرفته که غذای خانواده چه باشد، لباس اعضای خانواده، وسایل و اثاثیه مورد نیاز چگونه باشد.^۲ مادر

۱. منهاج الصالحین، ج ۳، ص ۲۷۳، مسئله ۱۳۵۹، چاپ بیستم، دارالزهراء بیروت.

۲- این موضوعات تحت عنوان نفقه تعریف می‌شود و تامین نفقه خانواده از وظایف مردان بوده

به فرزند شیر بدهد و از او مراقبت کند و در صورت مطالبه دستمزد برای شیر دادن، اگر پدر با مقدار دستمزد موافق نباشد می‌تواند کودک را به زن دیگری بسپارد تا به کودک شیر دهد.^۱ پدر به‌تنهایی درباره ازدواج فرزندان حتی فرزندان صغیر تصمیم می‌گرفته است.^۲ در صورت عدم حضور پدر، پدر پدر دارای مسئولیت نسبت به خانواده پسر خود بود^۳ و در ساختار عشیره‌ای و قبیله‌ای حجاز آن روز بستگان ذکور از قوم پدر دارای مسئولیت زیاد بوده‌اند و چنان‌که پیشتر اشاره کردیم اگر کسی مرتکب قتل خطایی می‌شد عاقله او، یعنی خویشان ذکور پدری دیه را پرداخت می‌کردند.^۴ در چنان ساختاری مردان، خود تصمیم می‌گرفتند که چند همسر داشته باشند و داشتن همسران و فرزندان متعدد و اداره کردن امور آنان و تأمین معاش و نظارت بر همه کارها و انجام تمام مسئولیت‌ها برای مردان شاید امکان‌پذیر بوده و شاید زنان در چنین ساختاری در آسایش نیز بوده‌اند. مدل و الگوی خانواده در حجاز آن روز چنین بوده است و اگر با توجه به این مدل و روابط و ضوابط موجود در آن ساختار، تصمیماتی گرفته می‌شده نه به آن معناست که آن تصمیمات و آن روابط و ضوابط در هر مدل و ساختار دیگر قابل اجرا و مفید است. ممنوع و محدود کردن ازدواج مجدد در آن ساختار اجتماعی و خانوادگی شاید امری مشکل و حتی غیر ضروری بوده است. هر چند آیه قرآن صریحاً دعوت به پرهیز از چند همسری می‌کند، اما به هر حال تعدد زوجات عرف آن روز و متناسب با آن ساختار بوده است. ترویج چند همسری در ساختار متفاوت اجتماعی و خانوادگی، بسیار قابل تأمل است. آنچه مورد تأکید است این است که ترویج چندهمسری در ساختار متفاوت، تبعات فراوان و جبران‌ناپذیری دارد که بدون توجه به آن و تنها با تمسک به شرع، آن هم به‌گونه‌ای که شرح آن

است.

۱- لمعه کتاب النکاح ص ۱۷۶

۲- همان، ص ۱۶۱

۳-

۴- لمعه کتاب الدیات ص ۲۶۱ و جواهرالکلام جلد ۴۳ ص ۲۶-۲۵

رفت، نمی‌توان و نباید ساختارها را شکست و جامعه را با بحران آشفتگی خانواده روبه‌رو کرد. شاید بحث از عوارض و تبعات اجتماعی، فرهنگی، خانوادگی، اقتصادی، تربیتی و اخلاقی یک قانون مهمتر از بحث فقهی یک قانون باشد، اما اگر در این نوشتار به بحث پیرامون مبانی فقهی موضوع چندهمسری نیز می‌پردازیم از آن‌روست که خواننده بداند که حتی این مبانی نیز به آن‌گونه نیست که در اذهان به اشتباه جای گرفته و مشهور شده است.

برخی فقهای متأخر ظاهراً معتقدند که شرط عدم تزوج در ضمن عقد نکاح باطل نیست و به همین جهت در عقدنامه‌های سالیان اخیر در فصلی با عنوان شروط ضمن عقد شرط شده است که اگر مرد بدون اجازه همسر خود زن دیگری اختیار کرد زن اول وکالت دارد که خود را طلاق دهد. در اینجا می‌بینیم که شرط عدم تزوج نامشروع دانسته نشده و مورد قبول قرار گرفته است. در ماده ۱۷ قانون حمایت خانواده نیز آمده است که اگر مرد به دلایل یادشده در ماده ۱۶ اقدام به ازدواج مجدد کرد، «این حق برای همسر اول باقی است که اگر بخواهد تقاضای گواهی عدم امکان سازش از دادگاه بنماید»، اما بحث مهمی که درباره شروط ضمن عقد مطرح می‌شود فایده و آثار آن شروط برای مشروط له یا شرط‌کننده است، چرا که اگر شرط فاقد فایده باشد یا اثری بر آن نتوان مترتب نمود شرط‌کردن در ضمن عقد بیهوده خواهد بود.

فایده شرط ضمن عقد نکاح

در همه عقود فایده شرط آن است که عقد را در معرض فسخ قرار می‌دهد، برای نمونه اگر فروشنده‌ای در ضمن عقد بیع با خریدار شرطی کند و بعدها خریدار به این شرط عمل نکند فروشنده می‌تواند معامله انجام شده را فسخ کند. بدین ترتیب اجازه فسخ مانند اهرمی در دست شرط‌کننده است، که به موقع و در صورت عدم تحقق خواسته‌های معقول وی بتواند با به‌کارگیری آن اهرم از منافع خود دفاع کند و یا با استفاده از این اهرم به مشروط علیه فشار آورده او را وادار به انجام شرط کند، اما بحث درباره شروط ضمن عقد نکاح کمی متفاوت است و یا شاید بتوان گفت که در کتب فقهی این بحث ابتر مانده است.

چنان‌که درباره شرط عدم تزوج در عقدنامه‌های سالیان اخیر بیان شد، دیدیم که فایده این شرط وکالت زن برای طلاق‌دادن خود است و این نتیجه و اثر وضعی شرط بیشتر به نفع مرد است تا زن، چرا که مردان غالباً پس از ازدواج مجدد راغبند که همسر اول خود را طلاق دهند و اینکه زن وکیل در طلاق باشد و مرد بدون تحمل زحمت به خواسته دل خود برسد فایده‌ای بزرگ برای مرد است. درباره فایده شرط در ضمن عقد نکاح بحث‌هایی در کتب فقهی شده است. شیخ انصاری در مکاسب در بحث پیرامون حکم شرط، شروط ضمن عقد را به سه دسته تقسیم می‌کند؛ بدین ترتیب که شرط یا متعلق به صفتی از مبیع است و یا شرط متعلق به فعلی از افعال یکی از طرفین عقد یا شخص دیگری است و یا آنکه شرط متعلق به چیزی است که غایت فعل است.

وی درباره قسم اول از شروط می‌گوید که فایده آن خیار است.^۱

درباره نکاح نیز می‌توان شروط را همین‌گونه تقسیم کرد. بدین ترتیب که یا شرط ضمن عقد مربوط به صفتی در یکی از طرفین عقد است، مانند اینکه زن شرط کند که مرد دارای تحصیلات عالیه باشد یا متمول باشد و یا شرط در رابطه با فعل طرفین یا یکی از آنها است، مانند اینکه زن شرط کند که مرد به او قرآن تعلیم دهد یا به سفر نرود یا زن دیگری نگیرد یا سیگار نکشد و یا آنکه مقصود از شرط فعل طرف دیگر نیست، بلکه غایتی از آن فعل مورد نظر است، مانند اینکه زن شرط کند که مرد خانه‌ای در تملک او قرار دهد یا خادمی برای او بگیرد. در کتب فقهی در باب نکاح بحثی با عنوان تدلیس وجود دارد، تدلیس به این معناست که یکی از طرفین دارای عیبی غیر عادی باشد و دیگری را آگاه نسازد و یا آنکه خود را واجد صفاتی عالی نشان دهد در حالی که دارای آن صفات نیست. درباره برخی عیوب مانند جنون و یا عیوبی که روابط زناشویی را مختل می‌سازد و در کتب فقهی این عیوب شمرده شده است، فقها قائل به حق فسخ برای طرف مقابل هستند. حتی فراتر از عیوب شمرده شده که اختلافی در ترتب حق فسخ بر آن نیست، فقها معتقدند دیگر صفات نیز چنانچه در ضمن عقد شرط شود اگر معلوم شد که در مشروط علیه وجود ندارد، مشروط له می‌تواند عقد را فسخ کند و برای این مورد نمونه‌هایی نیز آمده است، مانند اینکه مرد شرط کند که زن باکره باشد و بعد معلوم شود که نیست. در این صورت مرد می‌تواند عقد را فسخ کند. برخی از فقها فسخ در این موارد را فایده شرط می‌دانند مانند شهید دوم.^۲ اما صاحب جواهر حق فسخ یا خیار را در نکاح منحصر به تدلیس می‌داند^۳ و معتقد است که تنها در صورت تدلیس، طرف دیگر می‌تواند عقد را فسخ کند و در غیر تدلیس امکان فسخ نیست. بیشتر فقها درباره قسم اول از شروط، یعنی وجود وصفی در یکی از طرفین عقد معتقد به فسخ هستند. حال یا فسخ را فایده شرط می‌دانند و یا

به واسطه تدلیس قائل به فسخ هستند، اما درباره اینکه آیا هرگونه وصفی را می‌توان در عقد نکاح شرط کرد و در صورت ظهور خلاف آن عقد را فسخ نمود، اختلاف نظر است. برخی فقها به صفاتی که در روایات آمده اکتفا می‌کنند، مانند بکارت و حریت. اما چنان که گفتیم شیخ انصاری فایده شرط در قسم اول از شروط را به‌طور کلی خیار، یعنی حق فسخ ذکر کرد. دیگر فقها نیز درباره این قسم از شروط بحث کرده‌اند و می‌توان گفت که از جمیع نظرات آنان می‌توان چنین استفاده کرد که اگر صفت مورد نظر یکی از طرفین در طرف دیگر وجود نداشت می‌شود نکاح را فسخ نمود. در این رابطه به روایاتی نیز استناد می‌کنند، برای نمونه روایتی از حلبی نقل شده است درباره مردی که با زنی ازدواج کرد و گفت که من از فلان خاندانم و بعد معلوم شد که چنین نبوده است؛ می‌گوید: زن می‌تواند نکاح را فسخ کند.^۱ صاحب جواهر می‌گوید بسیاری از فقها معتقدند که اگر این‌گونه صفات در ضمن عقد نیز شرط نشود در صورتی که مقصود طرفین بوده است، اگر خلاف آن آشکار شد می‌توان نکاح را فسخ کرد. وی با تکیه بر این نظر فقها نتیجه می‌گیرد که روشن است که شرط در ضمن عقد دارای اولویت در جواز فسخ است. حتی صاحب جواهر می‌افزاید که ممکن است بتوان تحصیل اجماع نمود در اینکه شرط کردن صفات و ظهور خلاف آن موجب خیار می‌شود.^۲

در واقع آنجا که یکی از زوجین خواستار صفتی در همسر آینده خود است و در صورتی حاضر به ازدواج با طرف مقابل است که این صفت در او وجود داشته باشد، اگر معلوم شد که آن صفت وجود ندارد می‌تواند نکاح را فسخ کند. همان‌طور که مثال زدیم زنی که خود دارای تحصیلات عالیه است و مایل است با مردی ازدواج کند که او نیز دارای تحصیلات عالیه است و یا دارای شغل و موقعیت مطلوب است، اگر مرد خود را دارای این‌گونه صفات عالی و نمود کرد و بعد معلوم شد که دارای تحصیلات و یا شغل مورد نظر نیست، بدیهی است که زن دارای حق فسخ نکاح

۱. مکاسب، ج ۳، ص ۲۷.

۲- شهید ثانی، شرح لمعه جلد ۵ ص ۴۰۰-۳۸۰

۳- جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۳۷۲-۳۶۶

۱. وسائل الشیعه، ج ۲۱، باب ۱۶، از ابواب عیوب و تدلیس، ص ۲۳۵.

۲- جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۳۷۲-۳۶۶

خواهد بود، چرا که از ابتدا قصد او به ازدواج با مردی تعلق گرفته که دارای صفات یادشده باشد. در اینجا یا زن به دلیل تدلیس مرد، نکاح را فسخ می‌کند و یا به دلیل شرط و یا حتی قصد او به ازدواج با مردی دارای صفات خاص و ظهور خلاف آن. درباره شرط صفت در یکی از طرفین، آنجا که اصولاً قصد شخص در ازدواج به آن صفت خاص نیز تعلق دارد امکان فسخ بهترین راه حل است، چرا که اگر آن صفت مورد نظر در فرد نباشد مشروط له اصلاً نمی‌خواهد با او ازدواج کند و اگر امکان فسخ نباشد باید اقدام به طلاق نماید که این اشکالاتی دارد، یعنی بدین ترتیب نکاح را صحیح دانسته‌ایم که قائل به ترتب طلاق بر آن شده‌ایم و حال آنکه با توجه به عدم وجود صفت مورد نظر، نکاح منظور و مقصود مشروط له نبوده، از این رو صحیح نیست، بنابراین خیار بهترین راه حل است.

اما درباره شرطی که به فعلی یا غرضی تعلق بگیرد و آن فعل و غرض حاصل نشود فقها در نکاح قائل به خیار نشده‌اند، برای نمونه اگر زن شرط کند که همسرش او را با خود به سفر ببرد. حال اگر مرد او را به سفر نبرد. فقها معتقدند که زن نمی‌تواند نکاح را فسخ کند. یا اگر زن شرط کند که شوهرش زن دیگری نگیرد، حال اگر مرد زن دیگری گرفت همسر اول حق فسخ نکاح را ندارد. فقها درباره شرط فعل یا عدم فعل به عبارت دیگر شروطی که غیر از وصف و یا صفتی در یکی از زوجین باشد، در صورت تخلف از آن شرط، قائل به فسخ نیستند، بلکه اکثراً انجام آن شرط را از نظر تکلیفی واجب می‌دانند. برخلاف دیگر عقود که در صورت تخلف مشروط علیه، مشروط له می‌تواند عقد را فسخ کند. بدیهی است که میان نکاح و عقود دیگر تفاوت ماهوی وجود دارد به همین جهت در نکاح همواره فسخ به دلیل تخلف از شرط مفید فایده نیست. مثلاً اگر در ضمن عقد نکاح شرط شده که مرد زن دیگری نگیرد، اگر مرد ازدواج مجدد کرد در فسخ نکاح برای همسر اول چه فایده‌ای متصور است؟ بدیهی است که در این گونه موارد فسخ فایده‌ای برای مشروط له ندارد، از این رو باید راه حل دیگری یافت. شیخ انصاری از نظر تکلیفی می‌گوید که ظاهر مشهور، آن است که وفای به شرط (شرط فعل) واجب است به دلیل حدیث نبوی (المؤمنون عند

شروطهم) و روایت علوی «من شرط لامرأته شرطاً فلیف لها به فان المسلمین عند شروطهم الا شرطاً حرمّ حلالاً او احل حراماً» به اضافه عموم وجوب وفای به عهد پس از آنکه شرط، جزئی از رکن عقد دانسته شد.^۱

درباره شرط فعل و یا عدم فعل (انجام یا عدم انجام کاری) در نکاح نیز باید مانند شرط صفت در یکی از طرفین عقد گفت که در واقع قصد و غرض مشروط له در عقد به تحقق شرط تعلق گرفته است. چنان که شیخ انصاری نیز شرط را جزئی از رکن عقد می‌داند. مثلاً زن حاضر شده با این مرد به شرط آنکه زن دیگری نگیرد ازدواج کند و مرد این شرط را پذیرفته است. پذیرش شرط انجام یا عدم انجام کاری مانند وانمود کردن وجود صفت نیست که وقتی برای زن معلوم شد مرد دارای آن صفت نیست نکاح را فسخ کند، بلکه در این مورد با توجه به وجوب و لزوم وفای به شرط مرد باید مجبور به وفای به شرط شود. به عبارت دیگر وقتی صفت مورد نظر در مشروط علیه وجود نداشته باشد نمی‌توان او را ملزم کرد که دارای آن صفت شود، اما اگر مشروط علیه فعل مورد نظر را انجام ندهد می‌توان او را ملزم به انجام فعل نمود و اگر در ضمن عقد، ترک فعلی شرط شده باشد می‌توان گفت که ارتکاب آن فعل از سوی مشروط علیه حرام است، زیرا تخلف از شرط به شمار می‌آید. مثلاً اگر در ضمن عقد نکاح شرط شده که مرد زن دیگری نگیرد، اگر وفای به این شرط را به دلایل یادشده واجب بدانیم، تخلف از آن حرام می‌شود و مرد باید مجبور به وفای به شرط شود. در اینجا اکتفا به حکم تکلیفی چاره ساز نیست، اینکه بگوییم مرد با تخلف از شرط و ازدواج مجدد مرتکب گناه و فعل حرام شده مشکلات خانوادگی و اجتماعی حل نمی‌شود، از این رو در شرط صفت در صورت فقدان صفت بهترین راه امکان فسخ است، اما در شرط فعل بهترین راه اجبار و الزام مشروط علیه به انجام یا ترک فعل مشروط است. آنچه در کتب فقهی از آن بحث نشده همین مطلب است. اینکه اگر مرد به شرط خود وفا نکرد چگونه باید او را مجبور به وفا کرد. در قانون ایران نیز در

این باره پیش‌بینی لازم نشده است. شیخ انصاری نیز با توجه به اینکه معنای لزوم شرط جز وجوب وفای به آن نیست می‌گوید که مشروط له حق دارد که مشروط علیه را مجبور به وفای به شرط کند. او می‌افزاید که عمل به شرط مانند تسلیم کردن یکی از عوضین است و از آنجا که به شرط عمل نشده و مشروط له مالک شرط نشده است، مشروط علیه مجبور به تسلیم آن است، یعنی مشروط علیه مجبور به وفای به شرط و عمل کردن به آن است.^۱ اگر شرط به گونه‌ای باشد که مشروط له خود شخصاً بتواند مشروط علیه را مجبور به وفای به شرط کند بحثی نیست، اما اگر او شخصاً نتواند وی را مجبور کند، باید تدبیری اندیشید.

موضوع مورد بحث ما شرط عدم تزوج است. با توجه به آنچه گذشت معلوم شد که وفای به این شرط واجب است، اما فایده‌ای برای این شرط تعریف نشده است و تنها فایده‌ای که در قانون ما برای آن قرار داده شده چنان‌که دیدیم وکالت زن برای طلاق خود است که این نیز بیش از آنکه فایده‌ای برای زن داشته باشد مفید برای مرد است و شاید بتوان گفت که متضمن ضرر برای زن است؛ پس چه باید کرد؟

اگر بپذیریم که اولاً وفای به شرط عدم تزوج لازم و واجب است. ثانیاً ازدواج مجدد مرد بدون رضایت همسر اول و حتی فرزندان او تبعات فراوان دارد. پس باید برای وا داشتن مردان به وفای به شرط خود و جلوگیری از ازدواج مجدد آنان، عوامل بازدارنده‌ای با وضع قوانینی در این رابطه تعبیه کرد. در قانون برای مردی که بدون اجازه همسر خود زن دیگری بگیرد تا یک‌سال زندان پیش‌بینی شده است، اما معمولاً این مجازات اعمال نمی‌شود و مردان نیز بدون واهمه از این مجازات به صورت پنهانی اقدام به ازدواج مجدد می‌کنند، چرا که شورای نگهبان این مجازات را شرعی نمی‌داند. با توجه به این شرایط مجازات عامل بازدارنده نیست، بلکه باید به‌طور جدی از تحقق این امر جلوگیری کرد. مثلاً می‌توان قانون وضع کرد مبنی بر این که ازدواج مجدد بدون رضایت همسر اول و دادگاه قابل ثبت نبوده و باطل است و آثار زوجیت بر

ازدواج دوم مترتب نیست، یعنی با توجه به عدم ثبت قانونی ازدواج دوم، همسر دوم نمی‌تواند ادعای زوجیت کرده از مهر، نفقه، ارث و دیگر منافع زوجیت بهره ببرد. درواقع با پیش‌بینی محرومیت‌های اجتماعی و مجازات‌های تکمیلی باید از ازدواج‌های پنهانی جلوگیری کرد و از بحران‌های فراوان خانوادگی که رو به افزایش است کاست. بنابراین اگر مرد از شرط عدم تزوج تخلف کرد ازدواج مجدد او باطل است.

بدیهی است در مسائل خصوصی و خانوادگی و روابط میان زوجین هیچ‌گاه قانون نمی‌تواند حرف آخر را بزند. در این امور، کارکرد اخلاق، انسانیت و وجدان بیش از قانون است، اما در هر حال قانون وسیله‌ای است برای تعریف حداقل حقوق افراد. با اجرای قانون آحاد جامعه تا حدی به حقوق خود دست می‌یابند و با وضع قوانین می‌توان تا حدی نظم اجتماعی را برقرار کرد. هیچ قانونی قادر نیست زن و شوهر را مجبور سازد که با یکدیگر زندگی کنند و یا یکدیگر را دوست داشته باشند. تأکید ما بر آن است که آحاد جامعه با وضع قوانینی مناسب خانواده و شئونات زن و مرد و با رعایت حقوق فرزندان و ادار به رعایت انضباط شده از ساختارشکنی‌هایی که در خانواده‌ها موجب بحران می‌شود جلوگیری گردد. قانون خانواده الگو و مدل خانواده را به مردم معرفی می‌کند. از مردم دعوت می‌نماید که از آن مدل تخطی نکنند. قوانین موجود ایران الگوی مناسبی از خانواده را ترسیم نمی‌کند. از این‌روست که می‌بینیم این قوانین با واقعیات جامعه ما فاصله بسیاری دارد. با مطالعه قوانین خانواده در ایران و مشاهده واقعیات موجود نمی‌توان فهمید که جایگاه زن و مرد در خانواده چیست و کجاست؟ قوانین خانواده را باید دوباره با مطالعه دقیق واقعیات نگاشت.

یادشده ازدواج مجدد به‌طور پنهانی صورت گرفته است. همه مردان در ۱۲ مورد از همسر اول دارای فرزندان متعدد بوده‌اند.

هشت مورد از بیست‌وسه مورد به صورت غیرپنهانی و بدون رضایت همسر اول ازدواج مجدد کرده‌اند. آنان نیز همگی دارای فرزند بوده‌اند. فقط در سه مورد که ازدواج مجدد به دلیل نداشتن فرزند صورت گرفته همسر اول راضی به ازدواج مجدد شوهر بوده است.

نه مورد از موارد بیست‌وسه‌گانه به طلاق همسر اول و پنج مورد به طلاق همسر دوم انجامیده است. در دو مورد هر دو همسر طلاق گرفته‌اند. در دو مورد همسر اول بدون طلاق و بدون پرداخت نفقه رها شده جدا زندگی می‌کنند. در دو مورد هر دو همسر از شوهر جدا زندگی می‌کنند. در سه مورد فرزندان از مادر جدا شده با نامادری و در بقیه موارد فرزندان با مادر خود زندگی می‌کنند. همه فرزندان از ازدواج مجدد پدر ناراضی بوده دچار مشکلات و پریشانی شده‌اند. در سه مورد فرزندان اصلاً از پدر نفقه دریافت نمی‌کنند و پدر آنان را رها کرده است. از ۱۲ ازدواج مجدد پنهانی سه مورد پس از افشای ازدواج مجدد هر دو همسر از شوهر جدا زندگی می‌کنند. در دو مورد پس از افشای ازدواج مجدد همسر اول بدون طلاق رها شده است. در دو مورد زندگی هر دو همسر ادامه دارد، اما پس از افشاشدن ماجرا، زندگی هر دو آشفته و بحرانی است و یک مورد نیز با گذشت ۱۶ سال، ازدواج مجدد همچنان از همسر اول پنهان مانده است.

بیست‌وسه نمونه زندگی دو همسری^۱

در پایان این فصل بی‌مناسبت نیافتیم که زندگی بیست و سه مرد را که اقدام به ازدواج مجدد نموده‌اند، برای نمونه مورد کنکاش و مطالعه اجمالی قرار داده و حاصل اقدام این بیست‌وسه مرد را به ازدواج مجدد ارائه کنیم. در اینجا بنا نداریم که به تحلیل موضوع، انگیزه‌ها و آثار مترتب بر خانواده‌های چهل‌وشش‌گانه به عبارتی و بیست‌وسه‌گانه به عبارت دیگر بپردازیم. در این مطالعه اجمالی هدف بیان نتیجه ازدواج مجدد است و تحلیل موضوع را به خواننده وامی‌گذاریم.

از ۲۳ نمونه مورد مطالعه، ۲۰ نمونه دارای فرزند می‌باشد. ۹ مرد از ۲۳ مرد دارای ۳ الی ۵ فرزند از همسر اول بوده، ۱۱ مرد ۱ یا ۲ فرزند از همسر اول داشته و ۳ نمونه از ۲۳ نمونه دارای فرزند از همسر اول نبوده‌اند.

انگیزه سه مردی که فرزند نداشته از ازدواج مجدد علاقه به داشتن فرزند^۲ عنوان شده است. اما انگیزه ۲۰ نمونه دیگر بیان نشده است. طول زندگی مشترک ۲۲ نمونه با همسر اول ۱۵-۲۵ سال بوده است و پس از این مدت اقدام به ازدواج مجدد صورت گرفته و طول مدت زندگی مشترک در یک نمونه کمتر از ۱۵ سال بوده است. از سه مورد که به دلیل نداشتن فرزند، ازدواج مجدد صورت گرفته دو مورد زندگی هر دو همسر رضایت‌بخش است و زندگی مشترک با هر دو همسر پایدار مانده است، اما در یک مورد همسر اول برای گرفتن طلاق تحت فشار قرار دارد. در ۱۲ مورد از ۲۳ مورد

^۱-اطلاعات این بخش، حاصل تحقیق نویسنده است.

خروج زن از خانه

یکی از موضوعاتی که در کتب فقهی پیرامون آن بحث‌هایی شده و در کتب روایی اعم از امامیه و اهل سنت نیز در روایاتی به آن اشاره شده موضوع اجازه گرفتن زن برای خروج از خانه است. تا آنجا که چنین مشهور شده که خروج زن از خانه بدون اجازه شوهر جایز نیست و بسیاری می‌اندیشند که یکی از حقوق مرد نسبت به زن این است که می‌تواند زن را از خروج از خانه منع کند و یا او را از انجام امور مورد علاقه‌اش مانند تحصیل علم، اشتغال به کار و مانند آن بازدارد.

آیا واقعاً آنچه گفته شده است و در میان عوام شهرت یافته سخن اسلام است؟ در این نوشتار برآنیم که این موضوع را مورد بررسی قرار دهیم، اما پیش از ورود به موضوع به پاره‌ای شرایط در جامعه حجاز هنگام ظهور اسلام اشاره می‌کنیم تا بدین ترتیب بستر اجتماعی، خانوادگی، فکری و فرهنگی آن زمان که این گونه موضوعات در آن مطرح بوده به خواننده معرفی شود.

مدینه آن روز یک روستای بزرگ بوده که مردم دو قبیله اوس و خزرج و گروهی از یهودیان در کنار یکدیگر در آن روستا زندگی می‌کردند. مردان یا در باغات حوالی روستا به کشاورزی مشغول بودند و یا گله‌داری می‌کردند و یا به‌ندرت در کاروان‌های بازرگانی اشتغال داشتند. در آن جامعه کوچک روستایی نه مدرسه بود، نه دانشگاه، نه بیمارستان و نه هیچ اداره و نهاد اجتماعی برای اشتغال به کار. زنان معمولاً اشتغالی در بیرون خانه نداشتند. چنان‌که در کتب تاریخی نقل شده در تمام جزیره العرب هنگام

ظهور اسلام^۱ شماری اندک دارای سواد خواندن و نوشتن بودند.^۱ باز چنان که در تاریخ در تشریح شرایط اخلاقی و اجتماعی آن روزگار آمده است زنا در میان مردم رواج فراوان داشته و زنان شوهردار نیز بسیار مرتکب زنا می‌شده‌اند.^۲ در اشعار دوره جاهلی نیز این نکته چشمگیر است. پاکدامنی و وفاداری چندان مورد توجه نبوده است تا آنجا که پیامبر اسلام هنگام فتح مکه وقتیکه زنان با آن حضرت بیعت می‌کردند، از آنان پیمان گرفت که مرتکب زنا نشوند.^۳ این نکته بیانگر آن است که زنا در میان مردم رواج داشته است. حتی پس از اسلام آوردن نیز باز این موضوع وجود داشته و بسیار اتفاق می‌افتاده که مردان به پیامبر مراجعه می‌کردند و نسبت به این امر اظهار ناراحتی می‌کردند و از پیامبر راه‌حل می‌خواستند. لعان که آیاتی از قرآن^۴ نیز به بیان آن اختصاص دارد در همین رابطه به‌عنوان یک راه‌حل و البته نه به‌عنوان تنها راه‌حل، به مردم معرفی شد. لعان آن است که مردی ادعا کند که زنش مرتکب عمل نامشروع شده و یا فرزندی را که به او منصوب است نفی کند و برای ادعای خود شاهد نداشته باشد. با توجه به اهمیت عفت خانواده و پاکی فراش، اسلام پیشنهاد کرده که اگر مرد نسبت به ادعای خود اطمینان دارد می‌تواند خواستار اجرای مراسم لعان شود. در این مراسم مرد ۴ بار اظهار می‌کند که در ادعای خود صادق است و سپس می‌گوید اگر دروغ بگویم لعنت خدا بر من باد. زن نیز ۴ بار اظهار می‌کند که مرد دروغ می‌گوید و سپس می‌افزاید: خشم و غضب خداوند بر من باد اگر مرد در ادعای خود راستگو باشد. تفصیل این موضوع در کتب فقهی در فصل لعان آمده است. همان‌گونه که بارها تأکید کرده‌ایم قانونگذاری بدون توجه به بستر اجتماعی، فرهنگی و مقتضیات زمان

^۱ - بلاذری در فتوح البلدان صفحه ۴۶۰-۴۵۷ به نقل از واقدی، آورده است که در قریش هنگام ظهور اسلام ۱۷ نفر با سواد بودند.

ابن خلدون، ص ۴۹۲، تعداد افراد باسواد را در مدینه در آن هنگام ۱۱ تن دانسته است.

^۲ - المفصل، ج ۵، ص ۵۶۰

^۳ - تفسیر ابن کثیر، ج ۸، ص ۱۲۵ همچنین رجوع کنید به قرآن ۶۰:۱۲

^۴ - سوره نور: ۹-۶.

بی‌معنی است، از این‌رو در اینجا تأکید می‌شود که هر موضوع فقهی و دینی باید با توجه به بستری که در آن زاده شده مورد بحث و بررسی قرار گیرد. حال با توجه به مطالب یادشده به بحث پیرامون اجازه گرفتن زن از شوهر برای خروج از خانه می‌پردازیم. مذاهب مختلف در کتب فقهی مشهور خود در این‌باره بحث کرده‌اند، ما در اینجا به برخی آرای فقها اشاره می‌کنیم. حنفیه معتقدند خروج زن از خانه برای عیادت پدر و مادر بدون اجازه شوهر جایز است و شافعیه منع زن از عیادت پدر و مادر را برای شوهر مکروه می‌شمرند، چرا که این امر موجب کدورت خاطر و آزرده‌گی زن از شوهر و نیز موجب عاق والدین می‌شود.

مذاهب دیگر همچون مالکی و حنبلی معتقدند که زن در صورتی که مهر خود را گرفته باشد بدون اجازه شوهر نباید از خانه خارج شود.^۱ امام احمدبن حنبل درین باره چنین می‌گوید: «شوهر حق دارد برای اموری که زن ناگزیر به خروج از خانه نیست مانع خروج او از خانه شود. اعم از عیادت پدر و مادر و یا تشییع جنازه آنها.»

همچنین در ادامه از وی نقل شده که: «اما شایسته نیست که شوهر زن را از عیادت و دیدار پدر و مادرش منع کند، چرا که این امر برای پدر و مادر ناگوار است و نیز موجب مخالفت زن با شوهر می‌شود. خداوند در قرآن امر کرده است که با زنان به نیکی رفتار کنید و منع از دیدار پدر و مادر رفتار نیک و پسندیده نیست.^۲ بسیاری از فقهای اهل سنت خروج زن از خانه بدون اجازه شوهر را از علائم نشوز دانسته‌اند. شافعیه در صورتی خروج زن از خانه را نشوز می‌دانند که خروج او خلاف عرف باشد. در این صورت معتقدند که نفقه او نیز به دلیل نشوز بر مرد واجب نیست.^۳ درباره خروج متعارف نیز نمونه‌هایی را آورده‌اند. بسیاری از فقهای امامیه نیز هر چند فتوا داده‌اند که خروج زن از خانه بدون اجازه شوهر جایز نیست، اما آن را صریحاً از علائم

نشوز ندانسته‌اند. استناد فقهای اهل سنت و شیعه به پاره‌ای روایات است از جمله روایتی که «ابن بطله» سنی در احکام النساء آورده و شیخ طوسی نیز در «من لایحضره الفقیه»^۱ مشابه آن روایت را نقل کرده است. روایت چنین است: «مردی از انصار^۲ در زمان رسول‌الله (ص) برای تأمین برخی نیازهای خود از خانه خارج شد و با زن خود عهد کرد که تا بازگشت شوهر، از خانه خارج نشود. پدر زن بیمار شد. زن کسی را نزد پیامبر فرستاد که پدرم بیمار است و شوهر من از خانه خارج شده و با من عهد کرده است تا بازگشت او از خانه بیرون نروم آیا به من امر می‌کنی که به عیادت پدرم بروم؟ پیامبر فرمود: نه، در خانه‌ات بنشین و از شوهرت اطاعت کن. پدر زن درگذشت و زن دوباره کسی را نزد پیامبر فرستاد که یا رسول‌الله پدرم درگذشت آیا امر می‌کنی که بر او نماز بگذارم؟ پیامبر فرمود: نه در خانه‌ات بنشین و از شوهرت اطاعت کن. پدر دفن شد و سپس پیامبر کسی را نزد زن فرستاد که خداوند تو و پدرت را به دلیل اطاعت تو از شوهرت مورد آمرزش قرار داد.»

این روایت را «وسائل الشیعه»^۳ نیز با کمی تفاوت نقل کرده است. این روایت یکی از مستندات کسانی است که می‌گویند زن بدون اجازه شوهر نباید از خانه خارج شود. در اینجا درباره روایت یادشده از نظر اعتبار و نیز دلالت آن به‌طور خلاصه بحث می‌کنیم. در میان راویان این روایت «حضر می» قرار دارد که در «رجال نجاشی»^۴ درباره او چنین آمده است: «عبدالله بن قاسم حضر می معروف به بطل، کذاب و از غلاه^۵ است و از آنان نیز روایت نقل می‌کند. خیری در او نیست و روایت او اعتباری ندارد»، از این‌رو سند روایت مخدوش است. اما از نظر دلالت، روایت گویای آن

۱. من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۳۸۵.

۲- انصار به آن‌دسته از مردم مدینه گویند که به پیامبر ایمان آورده، وی را به آن شهر دعوت کردند و آن حضرت و مهاجران مکه را یاری نمودند.

۳. وسائل الشیعه، ج ۲۹، ص ۱۷۴.

۴. رجال نجاشی، ص ۲۲۶.

۵-

۱. الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۷، ص ۲۳۵-۶.

۲. المغنی، ج ۷، ص ۲۲۴-۵.

۳. المغنی، ج ۷، ص ۲۲۴.

۴. الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۴، ص ۵۶۹.

است که مرد با زن خود عهد کرده است که تا بازگشت او از خانه خارج نشود و با ذکر عبارت «و عهد امرأه عهداً» معلوم می‌شود که مرد بر عهد خود تأکید داشته است و درواقع از زن به سختی عهد گرفته است. از این عبارت دانسته می‌شود که مرد خواستار آن بوده است که زن تحت هیچ شرایطی از خانه خارج نشود. عهد کردن برای خارج نشدن از خانه امری غیر عادی است و حتی فراتر از منع کردن است. عهد کردن برای خارج نشدن از خانه به معنای اجازه ندادن نیست. چنین به نظر می‌رسد که مرد دلیل خاص و مهمی داشته است که تأکید می‌کند تا بازگشت او زن از خانه خارج نشود. اینکه مرد برای عدم خروج زن قید «تا بازگشت خود» را قرار داده معلوم می‌شود که در صورت بازگشت منعی برای خروج زن نیست. مسلماً تأکید برای عدم خروج زن، آن هم با گرفتن عهد و پیمان به دلیل مصلحتی مهم بوده است که آن مصلحت را ما نمی‌دانیم و در متن روایت بیان نشده است. زن نیز با مرد عهد کرده و با توجه به اینکه عدم وفای به عهد جایز نیست، از این رو زن باید به عهد خود وفا کند. ممکن است در صورت خروج زن از خانه آن مصلحت مهم مانند حفظ مال یا غیره که برای شوهر بسیار اهمیت داشته است، فوت شود. از این رو پیامبر در پاسخ به پرسش زن، او را به وفای عهد خود دعوت می‌کند. در واقع پیامبر مسئولیت خروج زن از خانه و از بین رفتن مصلحت مهمی را که مورد نظر مرد بوده برعهده نمی‌گیرد. شاید زن اگر از هر فرد عاقل دیگری نیز می‌پرسید، همین پاسخ را می‌شنید. روایت یادشده صرف نظر از سند آنکه گفتیم مخدوش است، حاکی از وضعیتی خاص و غیر عادی است، زیرا عرفاً مردان هنگام خروج از خانه با زن خود عهد و پیمان نمی‌بستند که از خانه خارج نشود. در حال حاضر نیز چنین است، معمولاً در صورت ضرورت و وجود شرایط خاص، مرد زن را از خروج منع می‌کند، از این رو به هیچ وجه از این روایت نمی‌توان استفاده کرد که خروج زن از خانه بدون اجازه شوهر جایز نیست.

چنان که می‌دانیم قرآن بارها پس از امر به توحید و یکتاپرستی مردم را به احسان به

پدر و مادر دعوت کرده^۱ و احسان به پدر و مادر را مختص به مردان نکرده است. از آنجا که یکی از مصادیق بارز احسان، عیادت بویژه در حال بیماری است، از این رو اگر مرد زن را از بذل احسان به والدین خود منع کند این منع با امر خداوند در تعارض بوده، فاقد ارزش و اعتبار است. در روایت یادشده نیز بر فرض درستی سند آن اگر عهده‌ای در میان نبود شاید رسول الله چنین حکم نمی‌کرد. در حجاز در زمان پیامبر نیز عرف نبوده که مردان به سختی زنان را از خروج از خانه منع کنند. هر چند که با توجه به مطالبی که در مقدمه این بحث آمد و اینکه زنان در خارج از خانه کار و مسئولیتی حتی در قبال خانه و فرزندان نداشتند، شاید وجهی برای خروج آنان از خانه وجود نداشته است. بویژه آنکه ویژگی اخلاقی مردان عرب را نیز که تعصب شدید است به موارد یادشده بیفزاییم، اما در هر صورت باید گفت که اجازه گرفتن زن در ابتدا برای خروج از خانه با اجازه گرفتن او پس از منع شوهر به دلایلی خاص متفاوت است. اگر شوهر در وضعیت و شرایطی خاص بنابر دلایلی مهم و قابل قبول که متضمن مصالحی برای خانواده یا زن و یا شوهر می‌باشد، زن را از خروج منع کند آن هم برای مدتی محدود، بدیهی است که این امر منطقی و قابل قبول است و برای همه خانواده‌ها در طول زندگی مشترک ممکن است چنین وضعیتی پیش آید مثلاً شوهر برای مدتی کوتاه به سفر رود و به دلیل مسایل امنیتی یا حفظ مال در خانه و یا وجود خصومتی با برخی اشخاص و مانند آن زن را از خروج از خانه منع کند. قطعاً زن و شوهر برای حفظ مصالح خانواده باید با یکدیگر همکاری و همراهی داشته باشند. بدیهی است که اگر در عدم خروج زن از خانه مصلحتی مهم نهفته باشد عقل نیز زن را بر رعایت آن دعوت می‌کند، اما در غیر این صورت اگر فقط خواسته مرد و تمایل شخصی او بدون دلیل خاص به منع زن از خروج تعلق گرفته باشد امری است غیرمنطقی و غیرقابل قبول که درباره آن سخن خواهیم گفت.

در روایت دیگری که در این باره برخی به آن استناد کرده‌اند از قول پیامبر پاره‌ای

^۱ - قرآن، ۲:۷۶، ۴:۴۰، ۶:۱۵۱، ۱۷:۲۳

حقوق زن و شوهر نسبت به یکدیگر شمرده شده است.^۱ این روایت با عبارات متفاوتی نقل شده است. در برخی از منابع آمده است که یکی از حقوق مرد عدم خروج زن بدون اجازه اوست و در برخی منابع در نقل همین روایت به این مطلب اشاره‌ای نشده است، از این رو در این مورد نیز اتفاق نظر وجود ندارد. آنچه در روابط میان زوجین همواره بدون اختلاف نظر تأکید شده است رعایت حقوق زوجیت است. برای زن و شوهر لازم است که حقوق زوجیت و همسری یکدیگر را رعایت کند، چراکه در غیر این صورت زوجیت و همسری مفهوم نداشته پایدار نخواهد بود. هر عملی که با حقوق زوجیت در تعارض باشد مردود است، چرا که زوجین با قبول ازدواج با یکدیگر نسبت به حقوق همسری یکدیگر متعهد شده‌اند و بدین ترتیب حقوق زوجیت مقدم بر دیگر حقوق می‌باشد، از این رو طرفین لازم است پیش از هر چیز به حقوق همسری یکدیگر احترام گذاشته به آن عمل کنند. در کتب فقهی تنها حق مسلم مرد بر زن حق استمتاع و بهره‌مندی جنسی است و مرد در دیگر امور نسبت به همسر خود حقی ندارد، از این رو هر کاری که با این حق در تعارض باشد مردود شمرده شده است.

روایتی نیز از پیامبر اکرم نقل شده که آن حضرت در «خطبه‌الوداع»^۲ حقوق زنان را بر مردان و حقوق مردان را بر زنان برمی‌شمارد. پیامبر در بیان حق مردان بر زنان می‌فرماید: «حق شما بر آنان این است که در فراش شما زنا نکنند، کسی را که شما اکراه دارید به خانه راه ندهند مگر با اجازه شما و مرتکب فحشا نشوند.» بیان این مطالب همچنان وضعیت اخلاقی و اجتماعی آن زمان را که به‌طور خلاصه در مقدمه بحث آورده‌ایم از بعضی جهات تصویر می‌کند. اسلام همانند دیگر ادیان الهی بر حفظ عفت شخصی و وفاداری نسبت به همسر تأکید می‌کند. در این روایت نیز اشاره‌ای به اجازه گرفتن برای خروج از خانه نشده است. از مجموع روایات موجود و بررسی عرف آن روزگار به دست می‌آید که معمولاً زنان برای خروج از خانه اجازه

نمی‌گرفته‌اند، اما معلوم می‌شود که گاهی مردان زنان خود را از خروج از خانه منع می‌کردند. حتی اگر در آن روزگار به دلایلی خاص همه مردان زنان خود را از خروج از خانه منع می‌کردند، باز هم این دلیل کافی برای تسری این امر به دیگر زمان‌ها و جوامع نبود، چراکه ممکن است دلایل خاص آن زمان یا مکان امروز وجود نداشته باشد. روش و نظم زندگی شهری امروز با روش و نظم و مقتضیات زندگی مردم مدینه در آن روزگار بسیار متفاوت است. در جامعه ما امروزه چنان‌که پیشتر گفته شد بسیاری از مسئولیت‌ها برعهده زنان است، خرید مایحتاج، رتق و فتق امور خانه، رسیدگی به وضعیت آموزشی و بهداشتی فرزندان و مانند آن برعهده زنان است. بسیاری از زنان تحصیل می‌کنند و یا اشتغال به کار دارند و هیچ‌گاه نیز عرف نبوده که زنان برای انجام امور متعارف و مباح بدون اجازه شوهر نتوانند از خانه خارج شوند. اگر شرایط خاصی وجود داشته باشد که مردی به دلایلی خاص بخواهد زن خود را از خروج از خانه منع کند، قطعاً لازم است همسر خود را برای عدم خروج مجاب سازد. حال اگر مردی به دلیل ویژگی‌های اخلاقی خاص خود مایل نباشد که همسرش بدون اجازه او از خانه خارج شود باید پیش از ازدواج با زن موضوع را مطرح و در این باره با وی توافق کند. یا اگر شرایطی پس از ازدواج حادث شده و منجر به این شده که مرد زن را منع کند مسلماً باید زن را نسبت به این موضوع متقاعد سازد. اگر به‌طور کلی قائل به این باشیم که زن برای خروج از خانه باید از مرد اجازه بگیرد این نظر چنان با حقوق انسانی زن منافات دارد که بعید به نظر می‌رسد امروزه کسی قائل به چنین قولی باشد. اگر در پاره‌ای روایات آن هم صرف‌نظر از سند، صحت و سقم آن اشاراتی به این موضوع شده با توجه به موضوعی خاص و یا شرایط و عرفی خاص بوده است که انتساب آن به اسلام و استنباط حکمی شرعی از آن بسیار شگفت‌انگیز است. همان‌طور که بیان شد علاوه بر سند برخی روایات، دلالت آن نیز بر موضوع مورد بحث، مخدوش است. موضوع مورد بحث با بسیاری از اصول و قواعد مسلم و حتی عموماً

^۱ - وسائل الشیعه جلد ۲۱، ص ۵۱۷ به نقل از تحف العقول

^۲ همان منبع

قرآنی منافات دارد. قرآن بارها به مردان امر کرده که با زنان خود به نیکی رفتار نموده و با آنان به صورت متعارف زندگی کنید.^۱ از سوی دیگر زنان نیز مانند مردان از همه حقوق انسانی برخوردارند، حال اگر زنان نتوانند از خانه خارج شوند به حقوق انسانی خود دست نخواهند یافت. امروزه طرح این گونه موضوعات به هیچ وجه قابل قبول نیست، اما همچنان در کتب فقهی این موضوعات وجود دارد و متأسفانه به اسلام انتساب می‌یابد و لازم است برای زدودن زنگارها از چهره اسلام در این موضوعات تجدیدنظر شده کتب فقهی با دقت بیشتر و متناسب با مقتضیات امروز موضوعات را مطرح سازند. هر چند در اثبات نادرستی موضوع مورد بحث در روزگار امروز با مبنایی که در فصول اولیه این کتاب مطرح کردیم نیاز به استدلال‌های یادشده نبود، اما از آن جهت مستندات فقهی مورد بحث قرار می‌گیرد که معلوم شود حتی با مبانی فقه سنتی و شیوه استدلال فقهای سنتی نیز نتیجه‌ای که به اسلام انتساب یافته حاصل نمی‌شود.

برخی فقها در این مسئله مبالغه کرده براساس روایتی از «سکونی» استنباط کرده‌اند که اگر زن بدون اجازه از خانه خارج شود تا هنگامی که بازگردد نفقه‌ای برای او نیست. روایت چنین است: «هر زنی که بدون اجازه شوهر خود از خانه خارج شود نفقه‌ای برای او نیست تا آن گاه که بازگردد».^۲ باید گفت هر روایتی از این دست با توجه به موضوعی خاص بیان شده که آن موضوع هنگام استنباط حکم فقهی از این روایات توسط فقها مورد تفحص قرار نمی‌گیرد. استنباط احکام قطعی برای همه زمان‌ها و مکان‌ها و شرایط گوناگون از روایاتی که ناظر بر موضوعی خاص، عرفی خاص و شرایطی خاص بوده منطقی و قابل قبول نیست. از فحوای روایت سکونی با اندکی تأمل و با توجه به دیگر روایات و نیز کلیات آیات قرآنی و روح اسلام چنین به دست می‌آید که خروج مورد اشاره، خروج عادی نیست. با توجه به تعریفی که فقهای امامیه از نشوز دارند و آن سر باز زدن هر یک از زوجین از وظایف همسری خود

^۱ قرآن، ۴:۲۳

^۲ من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۲۸۵، وسایل الشیعه، ج ۲۱، ص ۵۱۷.

در قبال طرف دیگر است و از آنجا که تنها وظیفه زن را در قبال شوهر پاسخ مثبت دادن به خواست شوهر در مسائل جنسی می‌دانند، از این رو اگر خروج زن از خانه تعارضی با وظایف همسری او نداشته باشد این خروج نمی‌تواند ممنوع باشد. افزون بر این باید گفت که وظایف همسری نیز باید متعارف باشد به گونه‌ای که زن در تنگنا قرار نگیرد و با حقوق انسانی او نیز در تعارض نباشد. همان طور که در تعریف وظایف مرد و تعیین حدود آن به عرف توجه شده است. مثلاً در کیفیت نفقه و مقدار آن ملاک فقها عرف است و جز این نمی‌تواند باشد. به همین ترتیب وظیفه زن نیز در قبال مرد باید متعارف و منطقی باشد، از این رو خروج زن وقتی موجب اسقاط نفقه می‌شود که با حقوق متعارف مرد در تعارض باشد، یعنی زن بدون رضایت شوهر برای مدتی طولانی و غیرمتعارف از خانه خارج شود و مراجعت نکند، به گونه‌ای که ترک زندگی مشترک محسوب شود. در این صورت از آنجا که خروج زن با حقوق مرد و زندگی مشترک تعارض پیدا می‌کند، مرد نیز موظف بر انجام وظیفه همسری، یعنی تأمین نفقه نخواهد بود. از آنجا که برخی فقها بدون تبیین جوانب موضوع، زن را از خروج از خانه بدون اجازه شوهر منع کرده‌اند چنین برداشت می‌شود که مقصود، مطلق خروج است حتی برای انجام امور مشروع و مباح که از حقوق انسانی زن است. حال آنکه منع به این معنا با همزیستی براساس حقوق متقابل و موافق با دستور قرآن به معاشرت متعارف و نیک، مغایرت دارد. برخی از فقهای متأخر به برخی جوانب این موضوع توجه نموده و فتوایی متفاوت از فقهای متقدم داده‌اند. مثلاً آیت‌الله سید محمد حسین فضل‌الله در کتاب النکاح^۱ از قول آیت‌الله خوئی نقل کرده است که: «جایز است که زن از خانه شوهرش بدون اجازه خارج شود در صورتی که خروج او با حق استمتاع شوهر منافات نداشته باشد».

اینکه فقط پیرامون خروج زن بحث شده است باز هم یک موضوع عرفی است. امروزه که بسیاری از زنان در تأمین معاش مشارکت دارند طرح این موضوعات تناسبی

^۱ کتاب النکاح، ج ۱، ص ۴۰.

با عرف ما ندارد.

درباره خروج مرد از خانه و کیفیت آن و چگونگی تعارض آن با حقوق زن بحث چندانی نشده است، در حالی که این موضوع نیز در جای خود مهم است شاید علت اینکه در این باره بحثی در کتب فقهی وجود ندارد این است که تأمین معاش برعهده مرد بوده و او مجبور به خروج از خانه و تأمین نفقه خانواده بوده است، اما ممکن است مرد بدون دلیل به خانه باز نگردد و وظایف همسری خود را به خوبی انجام ندهد. در کتب فقهی با توجه به اینکه تأمین معاش وظیفه مرد بوده و از سوی دیگر برای مرد حق داشتن همسران متعدد فرض شده، از این رو وظایف او در قبال همسر و خانواده و خروج او از خانه و کیفیت حضور او در خانه مورد بحث جدی قرار نگرفته و چنین به نظر می‌رسد که مرد از آزادی بسیاری برخوردار است.

لازم به یادآوری مجدد نیست که آنچه در کتب فقهی در این باره مشاهده می‌شود سختی با عرف ما ندارد و لازم است که براساس عرف و مقتضیات امروز این گونه موضوعات مورد بررسی قرار گیرد. بدیهی است براساس عرف مربوط به خانواده تک همسری و وظایف و مسئولیت‌های متعارف زن و مرد در این خانواده چنانچه خروج مرد نیز در تعارض با حقوق متعارف زن و فرزندان باشد این خروج جایز نیست. اینکه مرد به جای رتق و فتق امور فرزندان و رسیدگی به خواسته‌های مشروع همسرش برای تفریح یا امور غیر ضروری از خانه خارج شود، یا به جای بازگشت به خانه وقت خود را در خارج خانه بگذراند، در صورتی که رفتار مرد با حقوق مشروع خانواده تعارض داشته باشد او مجاز به اینگونه رفتار نیست. اما از آنجا که در جامعه عرب مردسالاری مطلق وجود داشته و زنان معمولاً حق تصمیم‌گیری و مداخله در امور زندگی را نداشتند در نتیجه این موضوعات درباره مردان به طور جزئی مورد بحث قرار نگرفته است.

تعارض خروج زن با حق استمتاع مرد

یکی از مباحثی که در باب خروج زن از خانه داشتیم تعارض خروج زن با حق استمتاع مرد بود. چنان که از فحوای مطالب و نظریات به دست می‌آید دیدیم که درباره خروج زن از خانه دو نظر عمده فقهی وجود دارد. برخی فقها به طور مطلق خروج زن را بدون اجازه شوهر جایز نمی‌دانند و برخی بویژه در میان متأخرین در صورت تعارض خروج زن با حق استمتاع مرد آن را جایز نمی‌دانند. در کتب فقهی درباره حق استمتاع یا انتفاع جنسی مرد فراوان سخن گفته شده است و آن قدر این حق پررنگ است که همه حقوق انسانی و فردی زن را تحت تأثیر قرار می‌دهد. تا آنجا که بسیاری از فقها با استناد به روایاتی معتقدند که مرد در هر زمان و مکان حتی سوار بر پشت شتر دارای حق استمتاع است و بر زن واجب است که خواست شوهر را اجابت کند.^۱ فقها حتی آن عده که خروج زن را در صورت عدم تعارض با حق استمتاع مرد بلامانع می‌دانند نیز در این باره بحث نکرده‌اند که حدود استمتاع باید چگونه باشد، تا زن نیز از حقوق انسانی فردی و اجتماعی خود بازماند. حتی مهمتر از آن می‌بینیم که حق استمتاع زن آن قدر کم‌رنگ است که با مروری بر کتب فقهی در این باب جز این تصور به ذهن خطور نمی‌کند که زن وسیله‌ای است برای ارضای جنسی مرد و حقوق زن در قبال این خواسته مرد چندان اعتباری ندارد. پرواضح است که نخستین و مهمترین غرض از ازدواج همانا انتفاع جنسی است، اما نه تنها برای مرد، بلکه برای زوجین. با توجه به این نکته بدیهی است حقوق فردی و اجتماعی طرفین نباید به این حق مشترک لطمه وارد سازد،

^۱ سنن ابن ماجه، نکاح، فصل ۴، حدیث ۱۹۲۶

چراکه در این صورت انگیزه زندگی مشترک کاهش می‌یابد، اما از سوی دیگر مطمئناً همه حقوق فردی و اجتماعی طرفین و یا حقوق فردی و اجتماعی زن نیز نباید قربانی حق انتفاع جنسی مرد شود. تعریفی که در کتب فقهی از حق استمتاع مرد آمده است متناسب با نظریه عدم خروج زن از خانه به طور مطلق است. امروزه در جامعه و عرف ما بسیار ناپسند و غیرقابل قبول است که کسی بگوید زن باید در خانه محبوس باشد تا به حق استمتاع مرد خللی وارد نشود. اگر بخواهیم با توجه به جایگاه کنونی زن در خانواده و جامعه و حقوق فردی و اجتماعی زن و مرد و نیز حقوق مشترک آنان در زندگی به جمع‌بندی معقول و قابل‌قبولی دست یابیم باید به این نکات توجه کنیم:

- ۱- حق انتفاع جنسی که از مهمترین اغراض ازدواج است حق طرفین است.
- ۲- هر یک از زوجین علاوه بر حقوق مشترک، دارای حقوق فردی و اجتماعی هستند.
- ۳- حقوق مشترک از جمله حق انتفاع جنسی باید به گونه‌ای در خانواده تنظیم شود که به حقوق فردی و اجتماعی طرفین لطمه‌ای وارد نشود.
- ۴- همان‌گونه که زن در مطالبه حقوق مشروع خود از مرد باید رعایت حال مرد را بکند و به این موضوع در کتب فقهی توجه و تأکید شده است، مرد نیز در مطالبه حقوق مشروع خود باید رعایت حال زن و دیگر حقوق او را بنماید.
- بنابراین ضمن تأکید بر حق انتفاع جنسی مرد و زن باید گفت که این حق با دیگر حقوق قابل جمع است، در صورتی که حق انتفاع جنسی خارج از حدود متعارف و معمول نباشد.

چنان‌که گفتیم از مروری بر کتب فقهی در این موضوعات چنین به دست می‌آید که زن یا دارای حق انتفاع نیست یا آن قدر این حق کم است که اصلاً به چشم نمی‌آید. فقها با تشریح حق استمتاع مرد و بیان حدود آن تصویر ناپسندی از زن ارائه کرده‌اند، بدین گونه که زن در خانه فقط وسیله استمتاع مرد است و دیگر هیچ.

در اینجا بد نیست بحثی درباره حق انتفاع جنسی زن داشته باشیم.

حق انتفاع جنسی زن

برخی فقها چنان به حق انتفاع جنسی زن بی توجه بوده‌اند که نکاح و ازدواج را اعطای حق استمتاع به مرد از زن تعریف کرده‌اند. در واقع بدین ترتیب حق استمتاع را یک طرفه دانسته‌اند. مثلاً حنفیه برای زن فقط یکبار در طول زندگی مشترک حق انتفاع جنسی قائلند و این سخن عجیبی است. آنان معتقدند که اگر مرد به زن انفاق کند زن حق اعتراض نسبت به مسائل جنسی ندارد.^۱ مالکیه اگرچه در تعریف نکاح آن را عقد تملیک انتفاع جنسی مرد از زن دانسته‌اند،^۲ اما مالک، پاسخگویی به نیاز جنسی زن را برای مرد در صورتی که عذری نداشته باشد واجب می‌داند.^۳ احمد بن حنبل همانند مالک، استمتاع را حق مرد و زن هر دو می‌داند. در میان شافعیه دو قول وجود دارد؛ قول مشهور آن است که حق انتفاع مختص به مرد است، اما می‌گویند ارجح آن است که مرد اسباب احصان و عفت زن را با مراعات نیاز جنسی او فراهم کند، ولی در عین حال انتفاع جنسی را به این معنا حق مشروع زن نمی‌داند. قول دوم و غیر مشهور در مذهب شافعیه آن است که زن نیز همچون مرد دارای حق انتفاع می‌باشد.^۴

اما قول مشهور فقهای شیعه آن است که برای مرد جایز نیست بیش از چهار ماه رابطه زناشویی با همسر خویش را ترک کند. درواقع قائلین به این قول نیز حق انتفاع

۱. الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۴، ص ۲.

۲. همان.

۳. المغنی فی الفقه الامام احمد بن حنبل الشیبانی، ج ۷، ص ۲۳.

۴- الفقه علی المذاهب العربیه، ج ۴، ص ۱۴.

جنسی هنگام نیاز را مختص به مرد می‌داند. آنان اجابت نیاز زن را حق او بر مرد نمی‌دانند بلکه آنرا مستحب دانسته‌اند. شهید در مسالک این رأی را موضع اتفاق فقها دانسته است.^۱ در کتب دیگر نیز مانند «کشف اللثام» و «نهایه المرام» این نظر به بیشتر فقها نسبت داده شده است تا آنجا که در میان عوام نیز چنین مشهور شده که زن در انتفاع جنسی حق برابر با مرد ندارد و از این رو مرد می‌تواند به دلایل گوناگون از زن خویش تا چهار ماه دوری بگزیند. فقها در این رابطه نیز با چشم‌پوشی از اصول روشن عقلی، فقط به روایاتی استناد کرده‌اند که اولاً سند آنها ضعیف است و ثانیاً، دلالتی بر این موضوع به طور عام ندارد. اینکه فقها با تمسک به چند روایت، بدون توجه به جوانب عقلی موضوع و مغایرت آن با بسیاری از مصالح و منافع قابل تصور و حتی مغایرت با عمومات قرآنی نظریاتی را مطرح و آن را به اسلام نسبت داده اند ما را به نقد آن وامی‌دارد. نظریه فقها به گونه ای در طول قرن ها در کتب فقهی متوالی بیان شده که این توهم برای همگان به وجود آمده که اینها نظریات و آرای اسلام است. هر چند برخی فقهای متأخر با آرای مشهور فقهای متقدم مخالفت کرده‌اند، اما هنوز آرای فقهای متقدم در کتب فقهی دست به دست می‌گردد و به نام آرای اسلام در حوزه‌ها و دانشگاه‌ها تدریس می‌شود، آرای که ابهامات و پرسش‌های فراوانی را برمی‌انگیزد.

درباره قول مشهور فقهای امامیه که جواز دوری گزیدن مرد از زن تا چهار ماه است باید گفت که عقلاً دلایل دوری گزیدن مرد می‌تواند موارد زیر باشد:

- ۱- مرد دارای عذری است اعم از بیماری جسمی و یا روحی که موجب ناتوانی و یا عدم رغبت جنسی او شده و یا عذری مانند سفر ضروری و غیره دارد.
- ۲- دوری گزیدن او با رضایت و توافق زن است.
- ۳- زن مایل به دوری گزیدن مرد نیست اما مرد بدون عذر به تمایل زن پاسخ نمی‌دهد.

آیا می‌توان گفت که در تمام حالات سه گانه بالا دوری گزیدن مرد جایز است؟

^۱-مسالک الافهام فی شرایع الاسلام، ج ۱، ص ۲۵۰

حالت اول روشن است که عذر موجه و دوری گزیدن جایز است و روایتی که مورد استناد فقهاست (و ذکر خواهد شد) نیز تصریح بر همین حالت دارد. در حالت دوم نیز بدیهی است دوری گزیدن حتی بیش از چهار ماه نیز در صورت گذشت زن از حق خود محل اشکال نیست، اما مورد اشکال حالت سوم است که بسیاری از فقها معتقدند در طول چهار ماه در صورت تمایل زن، اجابت از سوی مرد مستحب است نه واجب. به عبارت دیگر آنان انتفاع جنسی را حق مشروع زن، همانند مرد نمی‌دانند. در «مسالک»^۱ چنین آمده است:

«این حکم مورد اتفاق است و دلیل آن حدیث ضعیف السندی است که در آن صفوان بن یحیی از امام رضا (ع) می‌پرسد که مردی دارای زن جوانی است و ماه‌ها و بلکه یک سال است که با او معاشرت نداشته و قصد زیان رساندن به زن را نیز نداشته است، آیا آن مرد گناهکار است؟ امام می‌فرماید: اگر او را چهار ماه واگذارد پس از آن گناهکار است مگر آنکه با اجازه زن باشد.»

همین حدیث در «وسایل الشیعه» و «تهذیب» نیز با این تفاوت آمده است که علت دوری گزیدن مرد، اندوه مصیبت وارده بوده است.^۲

ملاحظه شد که شهید ثانی در «مسالک» سند این روایت را ضعیف می‌داند، اما از نظر دلالت روایت بر مدعای فقها باید نکاتی را بیان کرد. اول آنکه سؤال کننده تأکید کرده است که مرد قصد اضرار به زن را ندارد و با اشاره به دلیل دوری گزیدن مرد که اندوه مصیبت است در واقع بیان می‌کند که خود می‌داند اگر به قصد اضرار باشد جایز نیست و از این رو پرسش او این است که با وجود عذر اندوه که موجب عدم تمایل و رغبت جنسی او شده حکم چیست؟

بنابراین روشن است که در حدیث مذکور درباره مردی سؤال شده که در حالت عادی و طبیعی قرار ندارد و برای عدم معاشرت دارای عذر روحی است و قصد او نیز اضرار به زن نیست. امام حتی با وجود این دو نکته تأکید می‌کند که حداکثر مدت

۱. مسالک الافهام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۱، چاپ سنگی، ص ۲۵۰.

۲-وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۱۰۰

دوری گزیدن بدون اجازه زن چهار ماه است. چگونه می‌توان از این روایت و روایات مشابه چنین استنباط کرد که حق انتفاع جنسی زن فقط یکبار در طول چهار ماه است. این روایت و روایات مشابه در مقام بیان این نکته است که در صورت وجود عذر موجه، حداکثر می‌توان تا چهار ماه بدون اجازه زن معاشرت با او را ترک کرد. هیچ‌یک از روایات مورد استناد در این زمینه ناظر بر وضعیت عادی نیست، از این رو نمی‌توان از آن حکم کلی ناظر بر شرایط عادی استنباط کرد. مثلاً دلیل مشهور دیگری که به آن استناد شده روایتی است از عبدالله بن عمر که گفته است «عمر بن خطاب از خانه خارج شد صدای زنی را شنید که اشعاری را می‌خواند، عمر دانست که زن از دوری همسر خود شکوه دارد. عمر به دختر خود حفصه گفت: حداکثر زمانی که زن می‌تواند بر دوری همسر خویش صبوری کند چقدر است؟ حفصه گفت: شش ماه و یا چهار ماه. عمر گفت: سربازان را بیش از این مدت نگه‌نمی‌دارم.^۱ چنان‌که ملاحظه می‌شود در این خبر نیز موضوع، مناسبتی با وضعیت عادی ندارد و دور بودن مرد به دلیل حضور در جبهه جنگ بیانگر وضعیت خاص است و نمی‌توان حکم آن را به وضعیت عادی تعمیم داد.

با توجه به اینکه مسئولیت‌هایی مانند تأمین معاش خانواده و جهاد برعهده مردان بوده است و به این دلایل مردان گاه مجبور به ترک خانه و همسر برای مدت طولانی می‌شدند، در اخبار و روایات یادشده غایت مدت ترک همسر بیان شده است و این اخبار و روایات در مقام بیان حدود انتفاع جنسی زن نیست و روایات دیگری به این حق تصریح دارد. تا آنجا که پیامبر مردی را که روزها روزه می‌گرفت و شب‌ها را به عبادت می‌گذراند نهی کرد و به او گوشزد کرد که زن تو را بر تو حقی است.^۲ در این نوشتار نیازی نیست که به بحث تفصیلی و جزئی پیرامون اخبار و روایات مورد استفاده در این باب بپردازیم، چرا که استحقاق زن در این موضوع روشن‌تر از آن است که به این گونه بحث‌ها نیاز باشد و ازسویی مدلول اخبار و روایات یادشده آن‌قدر از موضوع

دور است که بحث تفصیلی پیرامون آن را وا می‌گذاریم. از مجموع اخبار و روایات چنین به دست می‌آید که مرد حتی با داشتن عذر موجه نمی‌تواند بدون رضایت زن بیش از ۴ ماه معاشرت با او را ترک کند و در صورت ترک معاشرت بیش از چهار ماه حتی با وجود عذر موجه، زن مجبور به ادامه زندگی با آن مرد نخواهد بود، یعنی اگر مرد دارای شرایط و شغلی است که مجبور است زن خود را برای مدت طولانی ترک کند زن حق دارد از او طلاق بگیرد.

برای اثبات حق زن در انتفاع جنسی نیاز به روایت و خبر نیست و دلایل عقلی و طبیعی واضحی دلالت بر این حق دارد، اما وجود پاره‌ای احکام در ابواب مختلف فقهی نیز با وجود نظر یادشده فقها، خود حاکی از حق زن است. مثلاً زن به دلیل وجود برخی عیوب در مرد که مانع روابط جنسی می‌شود مانند جب^۱ و عن^۲ می‌تواند عقد نکاح را فسخ کند.

در این که زن و مرد هر دو دارای غریزه جنسی هستند و همین غریزه مشترک انگیزه تشکیل زندگی مشترک و ازدواج است جای هیچ‌گونه تردیدی نیست. از سوی دیگر می‌دانیم که ادیان تنها راه قابل قبول برای پاسخگویی به غریزه جنسی را برای مرد و زن ازدواج دانسته‌اند. حال چگونه می‌توان پذیرفت که زن را در ازدواج و زندگی مشترک حق انتفاع جنسی نسبت به شوهر نیست، درحالی که رابطه جنسی زن مقید و منحصر به شوهر است و چنان‌که پیشتر دیدیم فقها برای مرد تقید به یک همسر را قائل نیستند. حال با وجود چنین حصر و قیدی برای زن، اگر حق او را مشروع و مسلم ندانیم از دو حالت خارج نخواهد بود:

۱- قائل به سرکوب غریزه جنسی زن باشیم.

۲- خارج از چار چوب نکاح قائل به پاسخگویی به نیاز زن باشیم.

ناگفته پیداست که این هر دو، هم به دلیل عقل و هم قواعد حقوقی و شرعی مسلم مانند لاضرر و نیز به دلیل حرمت زنا مردود است. به علاوه قرآن بارها و بارها مردان را

۱. کنز العمال، ج ۱۶، روایت ۴۵۹۱۷، ص ۵۷۳، چاپ مؤسسه الرساله.

۲- اصول کافی، ج ۵، ص ۴۹۴

۱- منظور آنست که آلت تناسلی مرد قطع شده باشد

۲- ناتوانی مرد از نزدیکی به سبب ضعف و سستی آلت تناسلی

به حسن معاشرت با زنان دعوت کرده و عبارت معاشرت به معروف را آورده است. از مجموع نظرات اهل لغت و تفسیر چنین به دست می‌آید که معروف عملی است که از نظر مردم پسندیده باشد، یعنی عملی که مطابق با عقل و قوانین و مقررات معمول و فضائل اخلاقی و انسانی باشد، از این رو معاشرت مرد با زن بدون توجه به حقوق انسانی زن چگونه می‌تواند معاشرت به معروف باشد؟ بلکه باید گفت که معروف حتی فراتر از حقوق مسلم است، یعنی رفتار براساس فضائل اخلاقی و انسانی که فراتر از رفتار براساس حقوق است. علاوه بر آیات یادشده آیه «ولهنّ مثل الذی علیهنّ بالمعروف»^۱ نیز مؤید حقوق زن در ابعاد و جوانب مختلف است. معنی عبارت قرآنی یادشده این است که زنان را (بر شوهران) حق است مانند حق که برعهده آنان است (نسبت به شوهران). قرآن در این عبارت تأکید می‌کند که حقوق زن در زندگی مشترک با مرد برابر است. قرآن با آوردن کلمه «بالمعروف» در ادامه عبارت یادشده معیار و ملاک شناختن حقوق در زندگی را به دست می‌دهد. فقها در بیان حقوق مشروع زن به این آیه توجه نکرده‌اند. این آیه مؤید آن است که زن و شوهر در جوامع گوناگون براساس ذائقه، دانش و بینش عمومی دارای حقوق متعارف نسبت به یکدیگر هستند و این حقوق منحصر به همان حقوقی که در کتب فقهی ذکر شده نیست. کیفیت این حقوق نیز باید معروف یعنی پسندیده، قابل قبول، عقلایی و انسانی باشد. آیه یادشده بیانگر تساوی حقوق زن و شوهر نسبت به یکدیگر است. قرآن در آیه «و عاشروهنّ بالمعروف» به مردان امر کرده که با زنان معاشرت نیکو داشته باشند. این دستور از آن روست که همواره در جوامع گوناگون به دلیل استیلای مردان حقوق زنان مورد تهدید بوده است و نه حقوق مردان. آیه «ولهنّ مثل الذی علیهنّ بالمعروف» نیز با تقدم بخشیدن به ذکر حق زن بر مرد بر حق زن تأکید کرده و سپس بیان می‌کند که حقوق زن و شوهر برابر است و ملاک عرف را نیز ملاک معقول و قابل قبول می‌شمارد. در تفسیر کشاف ذیل آیه یادشده آمده است: «زنان را بر شوهران حق

است مساوی با حق که مردان را بر زنان است بالمعروف و این از کلمات بسیار عجیب و دارای فوائد فراوان است و مقصود هر چیزی است که به حسن معاشرت و ترک زیان رساندن بازمی‌گردد»^۱

در تفسیر تبیان^۲ نیز ذیل آیه یادشده آمده است: «حق که زنان در حسن معاشرت بر شوهران دارند مانند حق اطاعت از شوهران بر زنان است».

به عبارت دیگر همان گونه که بر زن واجب است برای ادا کردن حقوق مشروع مرد، از او اطاعت کند بر مرد نیز واجب است که در ادای حقوق مشروع زن از وی اطاعت نماید. از مجموع نظر مفسران در ذیل این آیه به دست می‌آید که آیه بر همه زوایای زندگی مشترک نظر دارد. بدیهی است که یکی از مصادیق مهم و انکارناپذیر حسن معاشرت در زندگی مشترک توجه به خواسته‌ها و نیازهای زن است که یکی از آنها نیاز جنسی است. در میان فقهای متأخر سید محمد حسین فضل‌الله در مخالفت با نظر مشهور فقها چنین می‌گوید: «ما در این حکم (اختصاص حق جنسی زن به چهار ماه) با فقها اختلاف داریم، چرا که ما حق جنسی زن را نزدیک به حق جنسی مرد می‌دانیم، پس همان گونه که هنگام تمایل مرد تمکین زن واجب است، تمکین مرد نیز هنگام تمایل زن واجب است و این از نص قرآنی که خداوند تعالی در این باب آورده به دست می‌آید و آن آیه کریمه «ولهنّ مثل الذی علیهنّ بالمعروف» است که از آن تساوی در همه حقوق استفاده می‌شود، مگر حقوقی که با دلیل خارج شود، مانند طلاق و قیمومیت. همان گونه که ازدواج برای تحصین مرد تشریع شده، برای تحصین زن نیز قرار داده شده است. در غیر این صورت چگونه غرض از ازدواج که تحصین است درباره زن حاصل می‌شود؟ ما از این جدال فقهی درباره این مسئله که آیا در هر چهار ماه مسمای مقاربت کفایت می‌کند یا نه تعجب می‌کنیم اگر قائل به کفایت مسمی باشیم دیگر برای زن چه فایده‌ای در ازدواج خواهد بود؟»^۳

^۱ - تفسیر کشاف، ج ۱، ص ۲۸۲.

^۲ - التبیان، ج ۲، ص ۲۴۱.

^۳ - کتاب النکاح، ج ۱، ص ۴۵.

هر چند در این باره فقه‌های مذاهب گوناگون اعم از متقدمین و متأخرین سخن بسیار گفته‌اند، اما همان گونه که دیدیم قرآن ملاک عرف و معروف را مطرح ساخته و عقل نیز مؤید آن است. بدین معنا که در شناخت حقوق زندگی مشترک و حدود آن عقل و فطرت، کافی است. عمل عامه مردم نیز مؤید همین مطلب است و مناقشات فقهی هر چند خللی در عملکرد عامه مردم به وجود نمی‌آورد، اما ابهامات و پرسش‌هایی را در باب عدم انطباق احکام فقهی و نظر فقها بر واقعیات به وجود می‌آورد، بویژه آنکه آرای فقها به اسلام و شرع نسبت داده می‌شود.

آیا مرد بر زن سلطه دارد؟

در کتب فقهی تعابیری وجود دارد که از آنها چنین استنباط می‌شود که مرد بر زن ولایت و سلطه دارد. مثلاً در کتاب «القواعد الفقهیه» ذیل قاعده نفی سیل^۱، آنجا که از عدم بقای زوجیت هنگام اسلام آوردن زن و باقیماندن شوهر بر دین پیشین خود که غیر اسلام است سخن می‌گوید، آمده است: «... چرا که بقای زوجیت با کفر شوهر مستلزم برتری و سلطه کافر بر زن مسلمان است، زیرا الرجال قوامون علی النساء»^۲ از این گونه تعابیر در کتب فقهی شیعه و اهل سنت فراوان است تا آنجا که سلطه و ولایت مرد بر زن مفروض دانسته شده و بسیاری از احکام به تبع آن صادر شده است. معمولاً برای اثبات درستی این ادعا نیز به آیه ۳۴ سوره نسا استدلال می‌شود. آیه چنین است: «الرجال قوامون علی النساء بما فضل الله بعضهم علی بعض و بما انفقوا من اموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغیب بما حفظ الله و اللاتی تخافون نشوزهن فعظوهن و اھجروهن فی المضاجع و اضربوهن فان اطعنکم فلا تبغوا علیهن سیلاً» ان الله کان علیاً کبیراً»

ترجمه: مردان قیام‌کنندگان بر امور زنانند به واسطه آن افزونی که خدا بعضی را بر بعضی دیگر مقرر داشته و هم به واسطه آنکه مردان از مال خود به زنان انفاق می‌کنند، پس زنان شایسته و باتقوا زنانی‌اند که در غیاب شوهران خود حافظ چیزهایی هستند که خداوند به حفظ آن دعوت کرده است و زنانی که از نافرمانی آنان بیم دارید ابتدا آنان

^۱ -قاعده نفی سیل هرگونه سلطه غیر مسلمان بر مسلمان را نامشروع می‌داند.

^۲ -القواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۱۷۴.

را پند دهید اگر مطیع نشدند در بستر از آنان دوری کنید اگر بازهم به راه نیامدند آنان را بزنید، اگر اطاعت کردند دیگر شما را بر آنان حقی نیست که همانا خداوند بزرگوار و عظیم الشان است.

از آیه یادشده در فقه در مباحثی همچون نفقه و نشوز استفاده می‌شود.

ما ابتدا درباره صدر آیه که از آن استفاده کرده‌اند (مردان را بر زنان سلطه و برتری است) سخن می‌گوییم. در آیه چنان که ملاحظه می‌شود مردان به دلیل آنکه دارای افزونی در بعضی چیزها نسبت به زنان هستند و نیز به دلیل آنکه بر زنان از مال خود انفاق می‌کنند قائم به امور زنان شناخته شده‌اند. قوام صیغه مبالغه است چنان که در آیه دیگر نیز آمده: «کونوا قوامین بالقسط...»^۱ و معنای آن بسیار قیام کننده است و معنای صدر آیه چنین است که مردان به دلیل آنکه خداوند به آنها در برخی امور افزونی داده و از مال خود به زنان انفاق می‌کنند، برپادارندگان امور زندگی زنانند. در قرآن علت قوام بودن مردان نسبت به زنان دو چیز دانسته شده، یکی افزونی بعضی ویژگی‌ها در مردان و دیگری انفاق به زنان. درباره افزونی برخی ویژگی‌ها در مردان سخنان زیادی گفته شده است که مستند تمام آنها در کتب تفسیر و مانند آن، فهم و درک نویسندگان است. قرآن به زبان عامه مردم عرب نازل شده است. آنچه که به محض قرائت این آیه از معنای فضل دانسته می‌شود با توجه به طبیعت و خلقت زن و مرد، فضل و افزونی مرد در قوت و قدرت جسمانی نسبت به زن است. همه مفسران در معنای فضل، به افزونی در قوت و قدرت جسمانی اشاره کرده‌اند. برخی نیز با توجه به زمینه‌های فکری و فرهنگی خود به برتری مرد در عقل و خرد نسبت به زن نیز اشاره کرده‌اند که این سخن هیچ‌گونه مستند قرآنی ندارد و همان‌طور که گفتیم به فهم و درک خود مفسران و نویسندگان بازمی‌گردد. واقعیات زندگی و مناسبات میان مرد و زن در جوامع گوناگون در دوره‌های مختلف چنین بوده که مردان به دلیل قدرت جسمانی، معاش خود و زنان خود را تأمین می‌کرده‌اند. در کشورهای غربی نیز تا

دهه‌های نخست قرن بیستم همین شیوه معمول بوده است، یعنی مردان در بیرون خانه کار کرده و معاش خانواده را تأمین می‌کردند. به‌طور طبیعی این روش در همه‌جا معمول بوده است. زنان کشورهای غربی نیز به دلیل طبیعت جسمانی خود که از سویی دارای قدرت کمتری بوده و ازسوی دیگر ادامه نسل بشر، یعنی زادن و نگهداری و مراقبت از فرزندان برعهده مادران بوده در خانه می‌ماندند و به رتق و فتق امور خانه و فرزندان می‌پرداختند. در حجاز هنگام ظهور اسلام نیز وضع همین‌گونه بوده است. در آن روزگار اشتغال و تأمین معاش نیز به دلیل نوع مشاغل اکثراً به قوت جسمانی وابسته بوده است. در حجاز و بویژه در روستای یثرب یا شهر کوچک یثرب که فاقد هرگونه نهاد اجتماعی و اداری بوده، مشاغل مردان یا کشاورزی یا گله‌داری و به‌ندرت بازرگانی بوده است. بسیاری از قبایل قبایل دیگر را غارت می‌کردند و این امر از مهارت‌های ضروری زندگی به شمار می‌رفت و هر کس دارای این مهارت‌ها بود بر دیگران برتری داشت. زیرا اموال بیشتری را به خانه و قبیله می‌آورد.^۱ زنان در این میان جایگاه چندانی نداشتند با توجه به ساختار اجتماعی آن روزگار که پیشتر توضیح داده شد و نیز با توجه به ساختار خانوادگی و استیلای مردان بر زنان و نیز فرهنگ رایج آن زمان زندگی و معاش زنان تماماً وابسته به مردان بود. شاید به همین دلیل نیز زنان حاضر بوده‌اند همسر دوم، سوم و یا چهارم مردان شوند، زیرا آنان حتی برای غذای روزانه خود نیاز به مردان داشته‌اند. منشأ سلطه همواره یا قدرت سلطه‌گر است و یا نیاز و وابستگی فرد یا گروه تحت سلطه. آن کس که بر دیگری مسلط می‌شود یا قدرت بیشتری دارد و یا نیاز طرف دیگر نسبت به او به سلطه می‌انجامد. در طول تاریخ غالباً قدرت و ثروت در دست مردان بوده است. مردان نه تنها در حجاز، بلکه در بیشتر جوامع در دوره‌های گوناگون تاریخی هم دارای قدرت نسبت به زنان بوده و هم زنان در معاش خود نیازمند مردان بوده‌اند. هر چقدر قدرت و نیاز بیشتر باشد قوامیت بیشتر است و بدیهی است هر چقدر قدرت مردان به دلایل

^۱ -قرآن، ۵: ۱۱، ۴: ۱۳۵

^۱ -المفصل، ج ۵، ص ۴۸۶-۴۸۵

گوناگون نسبت به زنان کاهش یابد و نیاز زنان در معاش به آنان کاسته شود قوامیت نیز کمرنگ تر می شود. چنان که در روزگار حاضر در بسیاری از کشورها شاهد آن هستیم که زنان به دلیل رشد علمی و اجتماعی و کسب مهارت های گوناگون به امور فراوانی اشتغال دارند. ازسوی دیگر در روزگار ما به دلیل پیشرفت علم و تکنولوژی، بسیاری از مشاغل نیاز به قدرت جسمانی ندارد، بلکه دارا بودن تخصص و مهارت های حرفه ای برای تصدی بسیاری از مشاغل کافی است، از این رو رفته رفته زنان در مشاغل گوناگون اشتغال یافته، برای تأمین معاش خود کار می کنند. در این گونه جوامع به همان نسبت که زنان استقلال مالی می یابند از زیر سلطه مردان خارج می شوند. به همین نسبت نیز رفته رفته جایگاه زن و مرد در خانواده و جامعه تغییر می کند. مسلماً این تغییرات بر قوانین و مقررات نیز مؤثر است، به طوری که امروزه در بسیاری از کشورهای غربی می بینیم که قانون تأکید ندارد که تأمین معاش زن و فرزندان برعهده مرد است. زن و شوهر در صورت اشتغال و کسب درآمد هر دو در تأمین معاش مشارکت دارند. در قوانین این کشورها مسئولیت پدر و مادر در قبال فرزندان برابر است و از این رو اگر حقوقی نیز نسبت به فرزندان باشد، در آن حقوق نیز با یکدیگر برابرند. از این رو در این گونه جوامع دیگر مردان به طور مطلق نسبت به زنان قوام نیستند. در کشور ما نیز واقعیت این است که به هر میزان که وابستگی زنان نسبت به مردان کاهش می یابد جایگاه زن و مرد در خانواده تغییر می کند و معنا و مفهوم قوامیت در خانواده برای مردان کمرنگ می شود، اگر چه هنوز در ایران براساس باور عرفی و (قانونی)، تأمین معاش خانواده برعهده مردان است، اما واقعیت بسیار متفاوت است. حتی در روستاها نیز زنان با مشارکت در امور کشاورزی و دیگر کارها در تأمین معاش خانواده نقش دارند و به دلیل مشکلات اقتصادی در بسیاری از شهرها بدون اشتغال و همکاری مالی زن تأمین معاش خانواده امری دشوار است. در گذشته به دلیل آنکه مشکلات اجتماعی و اقتصادی مانند روزگار حاضر نبوده، زنان و مردان به طور طبیعی وظایف زندگی مشترک را میان خود تقسیم کرده بودند. مردان بر این اساس وظیفه تأمین معاش خانواده را برعهده داشتند. اگر چه تقسیم وظایف به این شکل

کارآمد و راهگشاست اما مشکلات و واقعیات امروز این سنت را شکسته است. حتی در ایران که قانون نیز وظیفه تأمین نفقه را برعهده مرد نهاده در بسیاری از خانواده ها مردان به تنهایی از عهده انجام این وظیفه عرفی و قانونی بر نمی آیند. بنابراین مادامی که مردان زندگی زنان را تأمین می کنند بر آنان سلطه دارند و به همان میزان که نقش مردان در تأمین معاش زنان کاهش می یابد از سلطه آنان نیز کاسته می شود. در روزگاران قدیم شیوه جنگیدن نیز با امروز متفاوت بوده است. در جنگ ها هر قومی که بر دیگری تسلط می یافت زنان را به اسیری می برد. در میان قبایل عرب نیز همین شیوه مرسوم بود، از این رو مردان اگر چه خود تهدیدی برای امنیت زنان بودند، اما از سوی دیگر مردان هر قوم و قبیله، حفاظت از امنیت زنان قوم و قبیله خویش را برعهده داشتند. به همین دلیل نیز مردان نسبت به زنان قوام بودند، زیرا امنیت که یکی از ارکان حیات است در دست مردان بود. فزونی قدرت جسمانی مردان نسبت به زنان، فزونی طبیعی است. به همین جهت در همه دوره ها این فزونی وجود داشته و این خود همواره یکی از علل استیلای جنس مرد بر جنس زن بوده است، اما با گذشت زمان و تغییر و تحولات اجتماعی، سیاسی، اقتصادی و علمی، به دست آوردن قدرت، دیگر منحصر به دارا بودن قدرت جسمانی نیست. علم، تدبیر، عقل، هوش و مانند آن در به دست آوردن قدرت دارای اهمیت فراوان است. از همین روست که می بینیم در جوامع گوناگون نه تنها جایگاه زن در خانواده تغییر کرده، بلکه زنان در ساختار قدرت سیاسی و اجتماعی نیز موضعی را به دست آورده اند و این روند روز به روز در حال افزایش است.

برخی از مفسران به پیروی از افکار رایج درباره زنان ذیل آیه مورد بحث مطالبی را ذکر کرده اند که خواننده را به تعجب وامی دارد. این مطالب این گونه به خواننده تلقین می کند که گویا اسلام چنین دیدگاهی نسبت به زنان دارد. دیدگاهی که هم در کتب فقهی شاهد آن هستیم و هم در کتب تفسیر. مثلاً در تفسیر روح المعانی^۱ ذیل آیه

۱. روح المعانی، ج ۵، ص ۲۳.

یادشده در یادآوری موارد فزونی و برتری مردان آمده است که زنان ناقص العقل و ناقص دین‌اند و افزوده است که خداوند بدآنچه مردان با آن بر زنان برتری دارند تصریح نکرده است، زیرا این امر چنان روشن است که نیاز به ذکر تفصیلی ندارد.

یا در تفسیر مجمع‌البیان آمده است:^۱ «پس از آنکه خداوند برتری مردان را بر زنان بیان کرد در پی آن برتری، مردان را مأمور به قیام بر امر زنان ذکر فرمود و گفت: الرجال قوامون على النساء، یعنی مردان قیم زنانند در تدبیر و تأدیب و تربیت و تعلیم بر آنان مسلطند.»

مفسران دیگر نیز در ذیل این آیه مطالبی را بیان کرده‌اند که ما به دلیل آنکه نکته قابل توجه و چشمگیری در آن نیافتیم از یادآوری آنها خودداری می‌کنیم. برخی با استدلال به آیه ذکر شده مردان را قیم زنان دانسته‌اند. قیم کسی است که نسبت به امور دیگری قیام می‌کند. در اصطلاح فقهی قیم کسی است که نسبت به امور محجورین قیام می‌کند. محجورینی که خود از انجام امور خویش عاجزند مانند کودکان، سفها و دیوانگان.^۲ در کتب فقهی زنان در زمره محجورین خوانده نشده‌اند. حتی در مسئله ازدواج دختران نیز قول مشهور فقها آن است که پدر نسبت به دختر رشیده در ازدواج ولایت ندارد. به عبارت دیگر قائل به قیمومیت پدر نسبت به دختر رشیده نیستند و چنان‌که پیشتر نیز توضیح داده‌ایم در کتب فقهی، مرد فقط در استمتاع نسبت به زن حق دارد و در دیگر امور، زن دارای استقلال کامل است. چنان‌که در همه آیات قرآنی نیز زن و مرد مستقل و نسبت به اعمال خود مسئول و پاسخگو هستند. به نظر می‌رسد آنچه که مفسران در ذیل آیه بیان کرده‌اند نظرات شخصی آنان بوده که مبتنی بر فرهنگ رایج زمان خود و بیش از آن فرهنگ عرب و دیدگاه آنان نسبت به زن بوده است. قیم دانستن مردان نسبت به زنان با استناد به آیه یادشده حتی با فقه سنتی نیز مغایرت دارد.

قیام مردان بر تأمین معاش زنان قیامی اختیاری است که به مناسبات میان مردان و

زنان بازمی‌گردد و این مناسبات می‌تواند تغییر کند. مردان به زنان نیاز دارند چنان‌که زنان نیز در تأمین معاش به مردان نیازمند بوده‌اند و هنوز هم جمعیت فراوانی از زنان در جوامع مختلف در تأمین معاش به مردان نیاز دارند. نیاز مردان و زنان به یکدیگر دوجانبه است و قیام مردان برای تأمین معاش زنان از آن رو نیست که زنان محجورند. چنان‌که امروز بسیاری از زنان درآمد مستقل دارند و قرآن نیز فرموده است: «للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن»^۱، یعنی مردان را نصیبی است از آنچه به‌دست می‌آورند و زنان را نصیبی است از آنچه به‌دست می‌آورند. زنان در قرآن، فقه و سنت از کسب درآمد مشروع منع نشده‌اند و در هیچ منبع و مأخذی در انجام معاملات تفاوت محسوس و قابل اعتنایی میان مردان و زنان دیده نمی‌شود و چنان‌که تاکنون ملاحظه شده و پس از این نیز خواهد آمد، بیان برخی مطالب درباره زنان و یا منع آنان از برخی امور مبتنی بر فرهنگ و سلیقه خاص بوده است و مبنای شرعی و عقلی ندارد. قرآن کریم در آیات متعدد زنان و مردان صالح و مؤمن، روزه‌دار، پرهیزکار... را در کنار یکدیگر یاد می‌کند^۲ و تنها به ذکر مردان اکتفا نکرده و از باب تأکید، زنان را نیز ذکر می‌کند. بدین ترتیب، قرآن خطاب به مردمانی که زن را برابر و هم‌شان با مرد نمی‌دانستند بر برابری شان و مرتبه زن و مرد تأکید می‌کند. هر جا که مجازاتی بیان می‌شود زن و مرد برابری دارند و هر جا که پاداشی بشارت داده می‌شود باز هم برابری دارند. عقلاً انسان هنگامی در برابر عمل خود مسئول خواهد بود که عمل او بر مبنای اختیار و استقلال باشد. مهمتر از آیات یادشده، آیه ۱۳ سوره حجرات است بدین معنا که: «ما شما را مرد و زن آفریدیم و ملل و قبایل گوناگون قرار دادیم تا یکدیگر را بازشناسید. به‌راستی که با ارزش‌ترین شما نزد خدا همانا پرهیزکارترین شماست.» از مجموعه آیات قرآنی چنین به‌دست می‌آید که مرد و زن در مرتبه‌ای برابر قرار دارند و مطمئناً از عدالت خداوند به دور است که با شرایط متفاوت مجازات و پاداش عمل مرد و زن یکسان باشد. مثلاً اگر عقل زن ناقص باشد، لازمه آن این

۱. نسا: ۳۲.

۲. قرآن، ۹: ۷۲، ۲۴: ۷۳، ۳۳: ۳۵، ۴۷: ۲۱، ۴۸: ۵، ۵۷: ۱۲، ۷۱: ۲۸، ۸۵: ۱۰.

۱. تفسیر مجمع‌البیان، ج ۳، ص ۶۹-۶۸.

۲- لمعه، کتاب الحجر، ص ۱۲۱.

است که در پاداش و مجازات عمل با مرد متفاوت باشد.

یکی از مباحثی که ذیل آیه یادشده (۳۴ نسا) مطرح شده این است که آیا آیه در چارچوب خانواده و نسبت میان زن و شوهر آمده است یا در بیان نسبت میان جنس مرد و زن قوامیت را مطرح نموده است؟ برخی معتقدند که آیه، اختصاص به زن و شوهر دارد. علامه طباطبایی برخلاف این نظر در تفسیر المیزان می‌گوید: «عموم این علت (علت ذکر شده در آیه) چنین می‌رساند که حکم بنا شده بر آن یعنی: (الرجال قوامون علی النساء)، اختصاص به همسران ندارد، یعنی قوامیت مختص شوهر بر زوجه خود نیست، بلکه حکم برای گروه مردان جعل شده است که قوام بر گروه زنانند، در جهانی که حیات هر دو گروه با آن مرتبط است.»^۱ اگر صدر و ذیل آیه را با هم در نظر بگیریم، قوامیت شوهر نسبت به همسر خویش بیشتر با آیه تناسب دارد. اگر چه جنس مرد مادامی که دارای قدرت بوده معاش زن را تأمین می‌کند برجنس زن قوامیت دارد، اما تأمین معاش زن فقط برعهده همسر اوست و این در صورتی است که از آیه یادشده همانند فقها چنین استفاده کنیم که نفقه زن را بر مرد واجب کرده است.

اما به نظر می‌رسد آیه در مقام خبر دادن از این واقعیت است که مردان به دلیل فزونی در برخی ویژگی‌ها مانند قدرت جسمانی و نیز به دلیل تأمین معاش زنان قوامیت دارند، به عبارت دیگر قوامیت معلول دو علت یادشده است و در صورتی که این دو علت مفقود شود قوامیت نیز زایل خواهد شد. ذیل آیه نیز با همین مفهوم قوامیت معنا می‌یابد. در ذیل آیه ابتدا زنان صالح و پرهیزکار را توصیف کرده که آنان در غیاب شوهران خود آنچه را که حفظ آن واجب است حفظ می‌کنند. از آیات دیگر فهمیده می‌شود و عقل نیز چنین دلالت می‌کند که مقصود حفظ عفت و طهارت فراش است. در مقابل، به مردان درحالی که دارای صفت قوامیت هستند می‌گوید که اگر زنان این گونه نبودند، یعنی آنچه را که باید حفظ کنند حفظ نکردند، درنهایت تنبیه کنید و آنان را حتی الامکان وادار به حفظ عفت نمایید. مفهوم این آیه این نیست که مردان در

هر حالی می‌توانند زنان را تنبیه کنند و یا در هر کاری که زنان از مردان اطاعت نکردند باید تنبیه شوند.

پیشتر نیز در بیان وضعیت دوره نزدیک به اسلام بیان کردیم که فحشا در میان مردم رواج فراوان داشت تا آنجا که پیامبر از زنان هنگام بیعت با آنان پیمان گرفت که مرتکب فحشا نشوند. آیه یادشده نیز دلالت بر آن دارد که اگر زنان مرتکب فحشا شدند مردان آنان را از فحشا بازدارند و برای بازداشتن زنان از پند و موعظه آغاز کنند. در مراتب امر به معروف و نهی از منکر نیز گفته شده که آمر و ناهی از پند و اندرز و سخنان نرم و گفتار خوش آغاز کند و استفاده از مراتب بعد، یعنی تنبیه و ازجمله زدن منوط به آن است که آمر و ناهی احتمال دهد که اقدام او مؤثر است. مطمئناً فحشا نیز از منکرات بدیهی است که مؤمنان و دیگر افراد جامعه باید یکدیگر را از آن نهی کنند. از پیامبر اکرم (ص) در خطبه الوداع نقل شده است:^۱ «بهراستی زنان شما را بر شما حقی است و شما را بر آنان حقی. حق شما بر آنان این است که در فراش شما زنا نکنند، کسی را که شما اکراه دارید به خانه راه ندهند، مگر با اجازه شما و مرتکب فحشا نشوند. پس اگر چنین کردند خداوند به شما اجازه داده است که آنان را پند دهید و از آنان در بستر دوری گزینید و آنان را بنزید نه با شدت. اگر از این امور بازایستادند پس تأمین لباس و خوراک آنان به نیکی و مطابق عرف بر شما واجب است.»

بنابراین معلوم می‌شود که تنبیه فقط در صورت ارتکاب فحشا و خروج از مسیر عفت جایز بوده است. این که چرا مردان به چنین اقدامی فراخوانده شده‌اند از آن روست که طبیعتاً کسی می‌تواند دیگری را از کاری باز دارد که قدرت بازدارندگی داشته باشد. با شرحی که گذشت مردان دارای این قدرت بودند و در مقابل، زنان این توان را نداشتند. اگر چه در قرآن به زنان نیز توصیه شده که دیگران را از منکر نهی کنند و در فقه نیز این وظیفه مختص به مردان نشده است. قرآن می‌فرماید: «والمؤمنون

۱. تفسیر المیزان، ج ۵، ص ۳۴۳.

۱. وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۵۱۷، به نقل از تحف العقول ج ۲۴.

و المؤمنات بعضهم اولياء بعض يأمرن بالمعروف و ينهون عن المنكر و يقيمون الصلوة و يؤتون الزكوة و يطيعون الله و رسوله اولئك سيرحمهم الله ان الله عزيز حكيم»^۱ یعنی مردان و زنان دوست و یاور یکدیگرند، یکدیگر را به کار نیک امر و از کار زشت نهی می کنند، نماز به پا می دارند و زکات می دهند و از خدا و رسول خدا اطاعت می کنند و خداوند آنان را مشمول رحمت خود خواهد گردانید که خداوند صاحب اقتدار و داناست. بدیهی است که اگر شوهر نیز مرتکب فحشا شود زن نیز موظف است او را از فحشا بازدارد، اما با شرحی که درباره وضعیت زن و مرد و جایگاه آنان بیان کردیم قطعاً زنان فقط می توانستند لفظاً مردان را باز دارند و عملاً قدرت بازدارندگی نداشتند. نکته ای که در بحث ذیل آیه مذکور توجه به آن بسیار حائز اهمیت است، توجه به رفتار مردان با زنان در آن روزگار است. بررسی زندگی مردم قبائل حجاز نشان می دهد که مردان، زنان را ملک خود می دانستند و بدین ترتیب مجاز بودند هر گونه که می خواهند با زنان خود رفتار و در صورت نیاز آنان را تنبیه و مجازات کنند. مردان عرب زود خشمگین می شدند و به هر اقدامی دست می زدند. همین اخلاق، یکی از علل بروز جنگهای خونین بود. آنان نسبت به زنان خود نیز زود خشم گرفته، آنان را می زدند، می کشتند، طلاق می دادند، بدون طلاق رها می کردند و ...^۲ مردان در صورت سوء ظن نسبت به زنان خود آنان را می کشتند و این اقدام را حق خود می دانستند^۳ و چنین شرایطی قرآن در آیات متعدد مردان را از اعمال خشونت نسبت به زنان و قتل آنان باز می دارد. از جمله این آیات می توان از آیات ۶-۱۰ سوره نور یاد کرد که به جای هر اقدامی هنگام سوء ظن به همسر لعان را پیشنهاد می کند و یا آیه ۱۵ سوره نساء که می فرماید زنانی را که مرتکب فحشا می شوند در صورتی که ۴ شاهد بر ادعای خود دارید در خانه حبس کنید. یکی از آیات نیز

همانا آیه مورد بحث (۳۴ سوره نساء) است. این آیات و آیاتی از این دست مردان را از کشتن زنان و اعمال خشونت نسبت به آنان به گونه ای که معمول بود باز داشته است. توجه به شرایط زندگی مردمانی که مخاطب این آیات بوده اند و عادات و اخلاقیات آنان در فهم درست آیات بسیار مهم است.

گذشت زمان و تغییر و تحول جایگاه زن در ارتقای بینش مردان نسبت به زنان مؤثر است. به همین جهت می بینیم که فقهای متأخر و حتی مفسران معاصر نسبت به متقدمان، اندیشه ای متفاوت دارند. در میان مفسرین متأخر علامه طباطبایی در ذیل آیه مورد بحث می گوید: «زن در اداره امور فردی و کارهای خود استقلال دارد و اگر در چنین اموری به هر کار معروف و غیر منکری که دوست داشت و دلش می خواست دست زد، مرد هیچ حقی ندارد که با او معارضه کند. پس معنای قیمومیت مرد بر زوجه اش این نیست که زن در مایملک خود اراده و حق تصرف ندارد یا در حفظ حقوق فردی و اجتماعی خود و دفاع از آنها استقلال ندارد و نمی تواند به مقدمات لازم برای دستیابی به آن حقوق توسل جوید. آیه یاد شده در واقع جایگاه مردان را در حیات بشری و زندگی مشترک و نسبت به زن مشخص می کند، نه سلطه ولایت مرد را بر زن و یا ناتوانی و عدم استقلال زن را.»

از مجموعه مباحثی که گذشت معلوم شد که مرد قیمومیت و ولایت نسبت به زن ندارد و مفهوم قوامیت در خانواده و جامعه چنان که دیدیم متفاوت با مفهوم اصطلاحی قیمومیت و ولایت است. قوام بودن مرد با معنایی که گذشت نه تنها به زیان جنس زن نیست، بلکه به نفع زن است. همان گونه که شرایط طبیعی زن به نفع جنس مرد است. اینکه مردان در حیات بشری برای انجام امور سخت، قیام کنند خلل و زیانی به زندگی زنان وارد نمی سازد. مهم این است که موانع رشد علمی، اجتماعی، فرهنگی اعم از مادی و معنوی از پیش پای زنان برداشته شود و زنان در همه امور مشروعی که مورد علاقه آنان است بتوانند گام بردارند و در خانواده و جامعه نقش آفرین و مؤثر باشند.

۱. توبه: ۷۱.

۲-المفصل، ج ۵، ص ۵۵۱-۵۵۰

۳-سائل الشیعه، ج ۲۷، ص ۱۴۹-۱۴۸

۱. تفسیر المیزان، ج ۵، ص ۳۴۴.

ارتقای جایگاه زنان نباید موجب کاهش مسئولیت مردان در خانواده و جامعه شود، چرا که مطمئناً هدف زنان اشغال مسئولیت‌های مردان نیست، بلکه دستیابی به حقوق انسانی خود در کنار مردان است. در پایان این بحث باید تأکید کرد آنچه که فقها و مفسران درباره ولایت و قیومیت مرد نسبت به زن گفته‌اند، هیچ‌گونه مستندات اسلامی و شرعی نداشته، سخنان آنان برداشت‌های شخصی آنان بوده که بیشتر از عرف و بینش و فرهنگ رایج زمان آنان ناشی شده است.

مسئولیت‌ها و حقوق مادر نسبت به فرزند

یکی از مباحثی که در باب خانواده همواره مطرح بوده حقوق، وظایف و مسئولیت‌های مادر نسبت به فرزند خود می‌باشد. این بحث در همه جوامع مطرح است، بویژه هر جا که درباره حقوق زن بحث می‌شود، یکی از موارد قابل تأکید همانا حقوق مادر نسبت به فرزند است. در فقه نیز بحث‌هایی در این باره شده است. بحث حقوق و وظایف مادر نسبت به فرزند بحثی است در چارچوب و ساختار خانواده که مطمئناً مقدمه آن شناخت ساختار و چارچوب خانواده است. بدون داشتن تعریفی مشخص از خانواده نمی‌توان از مسئولیت‌ها و حقوق اعضای آن بحث کرد. ما بیشتر به ساختار خانواده در حجاز اشاره کردیم، ساختاری که حقوق و مسئولیت‌های مدون در فقه ما مبتنی بر آن است. در حجاز مردم به صورت عشیره‌ای و قبیله‌ای زندگی می‌کردند و خانواده مفهوم گسترده‌ای داشت. مردان، حاکم عشیره و قبیله و خانواده بودند. تمام مسئولیت‌ها برعهده مردان بوده است، البته مسئولیت‌ها در آن زمان به گستردگی امروز نبود، چراکه جامعه آنان بسیار محدود و شیوه زندگی بسیار ساده بوده است. مدرسه، دانشگاه و نهادهای اداری و اجتماعی وجود نداشت. دختران و پسران در سنین پایین ازدواج می‌کردند. تأمین معاش و مسکن نیز با ساده‌ترین و ابتدایی‌ترین روش ممکن صورت می‌گرفت. بنابراین مردان قادر به انجام همه مسئولیت‌ها در خانواده بودند، چراکه توقعات و مسئولیت‌ها همه متناسب با سادگی زندگی ابتدایی بود. هر کس ازدواج می‌کرد با گل و خشت یا با خیمه خانه‌ای برپا می‌کرد، اثاثیه و ملزومات خانه ساده و ابتدایی بود. غذا و پوشاک مردم محدود و ساده بود. پدر خانواده وظیفه داشت مایحتاج زندگی خانواده را تأمین کند و

در غیاب او چه به دلیل سفر و یا مرگ پدر او چنین وظیفه‌ای را برعهده داشت. همان‌گونه که پیشتر اشاره کرده‌ایم در این ساختار عشیره‌ای مردان فامیل نسبت به یکدیگر مسئولیت‌هایی را برعهده داشتند، حتی مردان یک خانواده بزرگ از نظر مالی نیز پشتیبان یکدیگر بودند. آنان این وظایف و مسئولیت‌ها را با میل و رغبت می‌پذیرفتند و انجام می‌دادند، چرا که این مسئولیت‌ها بر آنان تحمیل نشده، بلکه زائیده ساختار زندگی آنان بود، که به تدریج در طول سالیان متمادی شکل گرفته بود. قوانین حاکم بر این ساختار را اسلام وضع نکرد، بلکه این قوانین هنگام ظهور اسلام بر قبایل و عشایر حاکمیت داشت. قوانینی که برای حفظ پیوستگی قبایل نیز لازم و ضروری بوده است. اسلام نیز بر این قوانین صحه گذاشت. به این معنا که این قوانین منافاتی با اسلام ندارد و نه به آن معنا که این قوانین همانا قوانین اسلام است و بس. ساختار خانواده به شکلی که بیان شد دارای مقتضیات خاص خود است، اعم از روابط زن و شوهر، روابط پدر و فرزند، روابط مادر و فرزند، رابطه میان بستگان درجه ۳ و ۲ با خانواده، قوانین مالی حاکم اعم از ارث، دیه، نفقه و مانند آن. اینها همه باید با آن ساختار متناسب بوده تا بتواند حافظ آن ساختار و فرهنگ حاکم باشد.

آنچه اتفاق افتاده است این است که قوانین خانواده در ایران و حتی بسیاری از قوانین دیگر در قانون مدنی و کیفری عیناً از روی قوانین یادشده بازنویسی شده است. این در حالی است که ساختار خانواده در ایران با ساختار یادشده تفاوت‌های چشمگیری دارد. بدیهی است که در قانونگذاری باید این تفاوت‌ها لحاظ شود. اکنون به بحث در باره وظایف و حقوق مادر می‌پردازیم.

حضانت

براساس قانون خانواده در ایران که از فقه نشأت گرفته مسئولیت همه امور مهم خانواده برعهده پدر خانواده است. اگر چه قانون مسئولیت‌ها را برعهده پدر نهاده، اما عملاً بسیاری از وظایف پدر را مادر انجام می‌دهد. مادامی که همه اعضای خانواده در کنار یکدیگر زندگی می‌کنند قانون نقشی ندارد و زندگی با روند طبیعی و عرفی خود پیش می‌رود، ولی آن هنگام که به دلیل طلاق یا مرگ خلی در خانواده ایجاد می‌شود و قانون پا در میان می‌نهد ناهماهنگی‌ها آشکار می‌گردد. مثلاً هنگام طلاق پدر و مادر، بحث حضانت فرزند مطرح می‌شود. در فقه مذاهب گوناگون بحث کرده‌اند که آیا حضانت حق پدر است یا مادر و یا اینکه کدام یک از ایشان احق است شاید حق بزرگتری که در این میان وجود دارد و نادیده گرفته شده است حق فرزند است، چراکه حضانت یعنی نگهداری، مراقبت و تربیت فرزند و موضوع حضانت درواقع فرزند است و بدون وجود او و نیاز او حضانت معنا ندارد. به نظر می‌رسد در این میان باید بیش از هر چیز به این نکته توجه کرد که حق فرزند چیست؟ آیا مصلحت او اقتضا می‌کند که حضانت او را مادر برعهده بگیرد یا پدر؟ فقهای مذاهب گوناگون اقوال مختلفی دارند. گاه مادر را در حضانت فرزند اعم از دختر و پسر تا سن رشد اولی می‌دانند. مثلاً حنفیه معتقدند که مادر تا هفت سال و برخی فقهای آنان گفته‌اند تا ۹ سال نسبت به پسر و تا سن بلوغ نسبت به دختر در حضانت احق است.^۱ مالکیه نیز

^۱ - الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۴، ص ۷۱۱

مدت حضانت پسر را تا سن بلوغ و دختر را تا زمان ازدواج دانسته و مادر را احق می‌دانند.^۱ دیگر مذاهب نیز اقوالی نزدیک به آنچه گفتیم دارند و اما قول مشهور فقهای امامیه این است که پدر در حضانت پسر پس از ۲ سالگی و در حضانت دختر پس از ۷ سالگی احق است.^۲ قانون ما نیز بر همین اساس وضع شده بود که منشأ مشکلات فراوانی شده است. اگر چه در سال‌های اخیر با توجه به مشکلات پیش آمده تغییری در آن به‌وجود آمد و آن این بود که حضانت پسر تا ۷ سالگی به مادر واگذار شد. هنوز هم مادران هنگام طلاق نگران آنند که مبادا فرزندانشان را از ایشان جدا سازند. در حجاز با شرایطی که شرح آن گذشت با توجه به عدم استقلال زنان شاید بتوان گفت مصلحت فرزندان نیز در این بوده است که بیشتر نزد پدر باشند، زیرا زنان به‌دلیل نیاز در امر معاش خیلی زود ازدواج می‌کردند و از آنجا که مسئولیت فرزندان تماماً برعهده پدر بود نیازی نبود که مادر چند فرزند را به خانه شوهر جدید ببرد. در آن روزگار و در آن جامعه گرفتن دایه برای فرزندان نیز بسیار مرسوم بوده است.^۳ با وجود این چنان‌که از آرای فقهای مذاهب گوناگون فهمیده می‌شود در موضوع حضانت در میان مردم یک قانون و شیوه خاص معمول نبوده و تأکیدی خاص از سوی شارع در این موضوع وجود ندارد. چنان‌که پیشتر نیز گفتیم قوانین و مقررات مدنی و کفیری در آن دوران عرفی بوده است. ترویج این دیدگاه که پدر نسبت به فرزند در هر زمینه‌ای احق است نه تنها توجیه شرعی ندارد بلکه همواره موجب تشویش خاطر مادران بوده و بعلاوه در جهان نیز چنین بازتاب یافته که در اسلام مادر نسبت به فرزند حقی ندارد. از بررسی مجموع روایات و اخبار و آرای فقهای چنین به‌دست می‌آید که مادر در پذیرش حضانت فرزند در سنین معین اگر چه اولی است، اما مختار است، یعنی

^۱ - همان منبع، ص ۷۱۲

^۲ - لمعه، کتاب النکاح، ص ۱۷۶

^۳ - قوانین مربوط به رضاع که به تفصیل در منابع فقهی از آن بحث شده نشان دهنده آنست که سنت انتخاب دایه برای کودکان مرسوم بوده است.

ر.ک. به لمعه کتاب النکاح ص ۱۶۳ و جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۳۰۰-۲۶۴

او مکلف و مجبور به پذیرش حضانت نیست، ولی از آنجا که در هر حال حضانت فرزند امریست که نمی‌تواند معطل بماند و فاقد مسئول باشد، از این‌رو پدر در صورت امتناع مادر مجبور و مکلف است. از آنجا که تکلیف کردن بر هر دو همزمان خالی از اشکال نیست و از دیگر سو مکلف نبودن هر دو نیز نمی‌تواند صحیح باشد، به همین جهت وظیفه و تکلیف برعهده پدر نهاده شده تا آنکه این امر خطیر فاقد مسئول نباشد، اما مادر اولی شناخته شده است. اگر چه در این موضوع نیز اختلاف نظرهای فقهی وجود دارد. مثلاً شهید در «مسالک» حضانت را از جمله ولایاتی می‌داند که اسقاط نمی‌شود و آن را بر مادر واجب دانسته، حتی اجرت گرفتن برای این امر واجب را جایز نمی‌داند.^۱ از سوی دیگر صاحب جواهر از ادله چیز دیگر می‌فهمد و می‌گوید که مادر در حضانت احق است، ولی بر او واجب نیست و می‌تواند برای آن نیز طلب اجرت کند.^۲

در اینجا نیازی به یادآوری آرای گوناگون فقها و ادله آنها نیست، چرا که ادله اقامه شده بر اثبات اولویت پدر در حضانت، پس از دوسالگی پسر و هفت سالگی دختر آن‌قدر از واقعیت امروز و ساختار فکری و خانوادگی جامعه ما دور است که ذکر آنها ثمری جز اطاله کلام ندارد. آنچه اهمیت دارد این است که در وضع قوانین مربوط به خانواده و بویژه فرزندان باید حقوق طبیعی و عاطفی فرزند و مادر رعایت شود. ممکن است گفته شود که، چرا از حقوق پدر سخن رانده نمی‌شود. روشن است از آن‌رو که همواره مردان حاکم مطلق بوده‌اند، هیچ‌گاه زنان حقوق مردان را تضییع نکرده‌اند، بلکه همواره مردان به‌دلیل استیلا و حاکمیت خود حقوق زنان را مورد تهدید قرار داده‌اند. در دنیای امروز بیشتر کشورها در قوانین خود حضانت را حق مادر می‌دانند و یا مادر را در این امر اولی می‌خوانند، مگر در شرایط خاص. اگر چه ما معتقدیم حضانت بیش از آنکه حق مادر یا پدر باشد حق کودک است و باید از منظر کودک و رعایت مصالح او موضوع حضانت را مورد بررسی قرار داد. درحقیقت

^۱ - مسالک الاوفیاء، ج ۸، ص ۵۱۸-۵۱۷

^۲ - جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۳-۲۸۴ و ص ۳۰۰

حضانت وظیفه و مسئولیت پدر و مادر است و حق کودک بر آن دو.

روایات مورد استناد شیعه در حضانت، متعدد است برخی روایات گویای آن است که مادر مادامی که ازدواج نکرده بر حضانت کودک شایسته تر است. پاره‌ای روایات دلالت دارد بر اینکه مادر تا هفت سالگی بر حضانت دختر و پسر احق است. ازسوی دیگر برخی فقها مانند شیخ مفید و سلار به نقل از صاحب جواهر معتقدند که مادر نسبت به دختر تا سن ۹ سالگی احق است و یا به نقل از شیخ طوسی واگذاری حضانت پسر تا ۷ سالگی به مادر مستحب است.^۱ امامیه دلیل متقنی بر این قول مشهور که حضانت پسر تا ۲ سال و حضانت دختر تا ۷ سال به مادر واگذار می‌شود اقامه نکرده‌اند اصولاً این گونه امور از حوزه اقامه دلیل شرعی خارج است و ادله گوناگون و متفاوت نیز خود دلیلی بر این مدعاست.

قانون حضانت براساس این ادله که اعتبار چندانی ندارد وضع شده و سال‌ها به قول مشهور امامیه عمل شد. این تجربه تلخ سرانجام به این انجامید که به قول غیرمشهور عمل شود و قانون براساس استحباب واگذاری حضانت پسر تا هفت سالگی به مادر تغییر کند، اما هنوز قانون ناقص است، چراکه کودک تا سن تمیز و رشد نیاز به حضانت، یعنی مراقبت و نگهداری دارد. هر چند در شرایط پیچیده اجتماعی حاضر و مشکلات موجود تعریف جدیدی از رشد باید ارائه کرد، زیرا صرف تشخیص و تمیز خوب و بد برای حفظ امنیت کودکان و نوجوانان کافی نیست. مفاهیمی مانند «رشد» نیز باید با توجه به شرایط روز تعریف شود. ازسوی دیگر وجود پاره‌ای مشکلات مانند سوءاستفاده برخی پدران از قانون حضانت و تحت فشار قراردادن مادر با استفاده از این حربه ضرورت بازنگری همه‌جانبه در قانون حضانت را به وجود می‌آورد. مثلاً این که حضانت با ازدواج مادر از وی ساقط می‌شود به عنوان یک قاعده کلی نمی‌تواند قابل قبول باشد. مسلماً شرایط پس از طلاق برای کودک شرایط مطلوبی نیست. زندگی کودک در کنار پدر و نامادری یا در کنار مادر و ناپدیری یا در کنار هر یک

از آن دو به تنهایی و یا حالات دیگر همه قابل بررسی و مطالعه است. اگر حضانت را حق کودک و وظیفه مادر و پدر بدانیم باید موضوع را از این نظر مورد مطالعه قرار دهیم که در مقایسه شرایط و حالات گوناگون کدام یک به حال کودک مفید خواهد بود. به عبارت دیگر در مقایسه شرایط زندگی پدر و مادر، کودک با کدام یک از آن دو می‌تواند بهتر و آسوده‌تر زندگی کند. شاید علاوه بر قانون ابزار دیگری در کنار قانون نیاز باشد تا بتوان شرایط مختلف را بررسی و راه بهتر را انتخاب کرد و بدین ترتیب به قاضی کمک کرد که بهترین تصمیم را برای کودک بگیرد. ممکن است گاه زندگی با مادر و ناپدیری برای کودک بهتر باشد. گاهی ممکن است با بررسی شرایط زندگی پدر و شخصیت نامادری به این نتیجه رسید که زندگی کودک با پدر و نامادری بهتر است. مطمئناً برزندگی متفاوت همه کودکان یک قانون نمی‌تواند حاکم باشد.

^۱ -جواهرالکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۳-۲۹۰

ولایت و حدود آن

گذشته از حضانت که آن را حق کودک و وظیفه پدر و مادر دانستیم کودک دارای حقوق دیگری نیز هست. به عبارت دیگر پدر و مادر وظایف و مسئولیت‌های دیگری علاوه بر مراقبت، نگهداری و تربیت کودک برعهده دارند. برخی ازین وظایف در فقه تحت عنوان ولایت مطرح می‌شود. لازم به ذکر است که در فقه به تفصیل در باره حقوق کودک بحث نشده و بسیاری از آنچه که امروزه حقوق کودک دانسته می‌شود در منابع فقهی لحاظ نشده است مانند حق تحصیل. ازجمله اموری که تحت عنوان ولایت مطرح شده نفقه و تزویج کودک و رسیدگی به امورمالی او است، حال آنکه امروزه تامین بهداشت و درمان و آموزش کودک نیز از وظایف بدیهی اولیای کودک محسوب می‌شود. مثلاً اگر کودکی اعم از دختر یا پسر دارای اموالی باشد که به او به ارث رسیده، وظیفه ولی اوست که آن اموال را سرپرستی کند. در فقه ما براساس ساختاری که پیشتر از خانواده بیان کردیم ولایت کودکان بر عهده پدر و پدرِ پدر (جد پدری) است. علاوه بر کودک که در امور خود نیازمند ولی است سقیه و معجون نیز حتی اگر بزرگسال باشد نیازمند سرپرستی و ولایت است.^۱ در حقیقت ولی یا سرپرست کسی است که به انجام امور شخص دیگر اقدام و قیام می‌کند. شخصی که خود نمی‌تواند کارهایش را انجام دهد و مصالح و مضار امور را تشخیص داده و متناسب با آنها درباره امور خود تصمیم بگیرد. این عدم توانایی ممکن است به دلیل

^۱ -المعه، کتاب الحجر، ص ۱۲۱ و جواهرالکلام، جلد ۲۶،

ص ۵۸-۵۳، ۹۷-۹۴، ۱۰۷-۱۰۵

سن کم یا سفاهت یا جنون باشد.

در اینکه این افراد نیاز به سرپرست دارند هیچ اختلافی نیست، اما مذاهب مختلف اسلامی در تعیین سرپرست و ولی آرای یکسانی ندارند. برخی از مذاهب همه خویشان ذکور را به ترتیب صاحب ولایت می‌دانند، اما امامیه در میان خویشان فقط پدر و جد پدری را صاحب ولایت می‌داند.^۱ ذیل مبحث ولایت دو موضوع در این نوشتار مورد بحث قرار می‌گیرد:

۱- ولایت در ازدواج دختر.

۲- ولایت مادر.

ولایت در ازدواج دختر

یکی از مباحثی که در کتب فقهی ذیل ولایت مطرح شده، نکاح دختر و اعمال ولایت در آن است. در حجاز تزویج کودکان اعم از دختر و پسر مرسوم و معمول بوده است.^۱ شاید علت آن مناسبات فیما بین قبایل و عشایر بوده است و شاید محدودیت ابزارهای گسترش روابط در آن روزگار موجب می‌شده که از ازدواج به عنوان یک ابزار استفاده شود. از آنجا که برای تنظیم مناسبات میان اقوام و قبایل بدوی، ابزارهای اقتصادی و فرهنگی وجود نداشته لذا، از ابزارهای ابتدائی و ساده ای مثل ازدواج استفاده می‌شد. به علاوه علاقه و اهتمام اعراب به ازدواج، چشمگیر و قابل توجه بوده است. به همین جهت بسیاری از پدران پیش از آنکه فرزندان‌شان به سن بلوغ برسند برای آنان همسر انتخاب کرده آنان را به عقد یکدیگر درمی‌آوردند. شاید هنوز هم این رسم میان اعراب متداول باشد، به هر حال این رسمی مختص به فرهنگی خاص بوده که امروزه در بیشتر جوامع پسندیده و قابل قبول نیست، چراکه آینده و سرنوشت فرزندان را نباید ابزاری برای دستیابی به برخی مقاصد قرار داد. در قانون مدنی ایران نیز به تبعیت از این رسم در تبصره ذیل ماده ۱۰۴۱ آمده است: «عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی به شرط رعایت مصلحت مولی علیه صحیح می‌باشد.» تشخیص مصلحت مولی علیه

^۱ -در باره احکام مربوط به ازدواج دختر و پسر خردسال که از سنن اعراب حجاز اخذ شده مراجعه شود به: لمعه، النکاح، ص ۱۶۱.

منابع فقهی اهل سنت نیز حاکی از رواج این سنت می‌باشد. پیامبر اسلام نیز با عایشه ازدواج کرد در حالیکه او ۶ساله بود. رک حدیث "بخاری" در علل الکبیر، ص ۱۶۹

^۱ -لمعه، النکاح ص ۱۶۱ و جواهرالکلام، ج ۲۹، ص ۱۸۷-۱۷۰، ج ۲۶، ص ۱۰۱

موضوعی است مهم که نیازمند بحث مفصل می‌باشد، در هر حال تصمیم‌گیری در امر ازدواج را که امریست سرنوشت‌ساز و وابسته به علاقه و سلیقه‌های شخصی نمی‌توان به دیگری سپرد حتی به ولی، آن هم پیش از بلوغ مولی علیه. نکته‌ای که در اینجا قابل‌توجه است آن است که برخی فقها ولایت ولی در ازدواج را پس از بلوغ و رشد نسبت به دختر و پسر ساقط می‌دانند. برخی دیگر فقط ولایت نسبت به پسر را ساقط دانسته ولایت نسبت به دختر را در امر ازدواج همچنان باقی می‌دانند. هیچ‌یک از مذاهب اصیل قائل به این نشده که دختر رشیده در امور دیگر (غیر از ازدواج) نیاز به ولی دارد. همه دختر را در امور دیگر اعم از مالی و غیرمالی مستقل می‌دانند، اما فقط در موضوع ازدواج بحث ولایت مطرح شده است. قول مشهور فقهای امامیه این است که دختر رشیده در امر ازدواج مستقل است و کسی بر او ولایت ندارد. برخی اجازه گرفتن از پدر را برای دختر رشیده مستحب می‌دانند. برخی از فقهای امامیه رضایت دختر را همراه با اجازه ولی شرط صحت ازدواج دانسته‌اند.^۱ قانون ایران در این موضوع ناظر بر قول مشهور وضع نشده است. انضمام اجازه پدر به رضایت دختر در امر ازدواج کاری ناپسند نیست بویژه آنکه پدر و مادر در خانواده ایرانی همواره جایگاهی خاص و محترم داشته‌اند. شاید توجه و تأکید بر رضایت پدر بر امر ازدواج دختر رشیده در حجاز آن روزگار از آن‌رو بوده که ازدواج در همه مناسبات و روابط فامیلی مؤثر بوده است. اگر این‌گونه باشد در ازدواج پسر نیز همین تأثیر وجود دارد. شاید تعصب مردان نسبت به زنان خانواده خود باعث شده که مردان همچنان بر اعمال ولایت نسبت به دختر اصرار ورزند. در هر حال به هر دلیلی در فقه می‌بینیم که ولایت در نکاح دختر همچنان مورد بحث است. در میان مذاهب چهارگانه اهل سنت مالکیه، شافعیه و حنابله قائل به عدم استقلال زن در نکاح هستند و تنها حنفیه قائل به استقلالند.^۲ بحث‌هایی که در این‌باره صورت گرفته مفصل است که یادآوری آنها در اینجا ضروری نیست. آنچه در این میان قابل‌توجه است تفاوتی است که میان دختر و

پسر حتی با فرض رشید بودن قائل شده‌اند. اگر علت دخالت ولی در ازدواج دختر، اهمیت ازدواج، تأثیر آن بر امور خانواده یا عللی از این دست باشد بی‌تردید در ازدواج پسر نیز همین نکات وجود دارد. اگر دختر را پس از رشد در امور زندگی و تصمیمات مربوط به خود مستقل بدانیم دلیلی ندارد که در ازدواج قائل به استقلال نباشیم. شاید علل اجتماعی و فرهنگی دیگری موجب رجحان دخالت در ازدواج دختر بوده است که در فقه، به‌خوبی تشریح نشده است و این‌گونه استنباط می‌شود که تبعیضی میان دختر و پسر وجود دارد که منشأ آن با توجه به زمینه‌های موجود در فقه، ناتوان دانستن زن و وابستگی او به مرد است. اینکه زنان در همه جوامع نسبت به مردان بیشتر آسیب پذیرند جای تردید ندارد. از همین‌روست که همواره برای حمایت بیشتر از زنان قوانین خاص وضع می‌شود. در ایران نیز دختر تا هنگام ازدواج تحت تکفل پدر قرار دارد و حتی پس از طلاق نیز می‌تواند دوباره تحت تکفل پدر قرار گیرد و از مزایای آن بهره‌مند شود، اما پسر تا سن ۱۸ سالگی تحت تکفل است. قوانین حمایت از دختران و زنان در ایران خللی در شخصیت زن ایجاد نمی‌کند و شاید بتوان با تغییر دادن الفاظی مانند ولی و قیم در این موضوع صورت مسئله را مناسب‌تر ساخت. در حقیقت دخالت پدر در ازدواج دختر را می‌توان نوعی حمایت از دختر تلقی کرد، نه اعمال ولایت. چنان که در فقه آمده است که زن اگر بیوه باشد حتی در صورت داشتن سن کم برای ازدواج مجدد نیاز به اجازه پدر یا جد پدری ندارد، این موضوع خود گویای آن است که دخالت پدر در ازدواج دختر حمایتی است و این دخالت در ازدواج زن بیوه که خود در ازدواج صاحب تجربه است ضرورتی ندارد. ممکن است این سؤال مطرح شود که، چرا اجازه مادر مورد بحث قرار نگرفته، درحالی‌که مادر نسبت به دختر و سرنوشت او اولویت دارد؟ با توجه به اینکه قرآن نسبت به رعایت رضایت و خشنودی پدر و مادر امر کرده است، اخلاقاً در هر کاری اعم از ازدواج و غیره، جلب رضایت پدر و مادر لازم است. برخی مذاهب اهل سنت نیز قائل به استحباب اذن مادر در نکاح دختر شده‌اند. مثلاً در کتاب «المغنی» آمده است: «مستحب است هنگام عقد از مادر دختر اجازه بگیرند» و روایتی را نیز به‌عنوان دلیل استحباب از پیامبر نقل کرده که: «با

^۱ -جواهرالکلام، ج ۲۹، ص ۱۸۵-۱۷۴

^۲ -الفقه علی‌المداهب الاربعه، ج ۴، ص ۵۲-۴۸

زنان در امور مربوط به دخترانشان مشورت کنید.» یا اینکه مادران با پدران در مصالح و امور دختران شریکند و اجازه خواستن از مادر موجب رضایت قلبی او نسبت به فرزندش خواهد شد.^۱

بسیار اتفاق می‌افتد که دختر بدون رضایت مادر ازدواج می‌کند و یا پسر بدون رضایت پدر و مادر یا یکی از آن دو ازدواج می‌کند و مناسبات خانوادگی و رابطه میان فرزند و والدین به این دلیل تیره می‌شود، اما افزودن موانع قانونی بر سر راه ازدواج پسندیده نیست. از همین رو باید اخلاقاً جوانان به جلب رضایت پدر و مادر همت گمارند. البته مناسب است در ازدواج دختر و پسر در سنین پایین اجازه پدر و مادر هر دو وجود داشته باشد. مثلاً اگر قرار باشد بنابر ضرورت دختر یا پسر پیش از ۱۸ سالگی ازدواج کند علاوه بر اجازه دادگاه اجازه مادر و پدر هر دو ضروری و دارای اهمیت است. براساس قانون کشور انگلیس نیز اگر دختر یا پسر در سنین ۱۶ تا ۱۸ سالگی بخواهند ازدواج کنند، باید ازدواج آنان با اجازه پدر و مادر باشد، اما پس از ۱۸ سالگی می‌توانند مستقلاً ازدواج کنند.

حتی اگر دخالت پدر در ازدواج دختر را نوعی حمایت تلقی کنیم باز هم لازم است این حمایت در امر ازدواج جایی خاتمه یابد و برای آن سنی در نظر گرفته شود. مثلاً اینکه برای ازدواج دختری ۴۰ ساله اجازه پدر را شرط و پسر ۲۰ ساله را در ازدواج، مستقل بدانیم پسندیده و قابل قبول نیست. ظواهر امر گویای تبعیضی مبتنی بر پیش فرهنگی نسبت به این دو جنس است، هر چند انگیزه قانونگذار غیر از این باشد.

ولایت مادر

ولایت چنان که پیشتر گفته شد قیام بر انجام امور شخص دیگر است و ولی کسی است که امور شخص دیگر را انجام می‌دهد. بیشتر چنین اندیشیده می‌شود که ولایت حق ولی است، درحالی که ولایت نیز همچون حضانت و وظیفه و مسئولیت ولی است و حق مولی علیه. براساس فقه امامیه ولی قهری، پدر و جد پدری است،^۱ یعنی انجام امور فرزندان تا سن بلوغ و رشد و فرزندان سفیه و مجنون پس از بلوغ نیز بر عهده پدر و در صورت فقدان او برعهده پدرپدر است. در حجاز در خانواده‌ها پدر مسئول مستقیم فرزندان و همسر خود بود و در غیاب او پدر وی عهده‌دار مسئولیت او بود، حتی در صورت حضور پدر نیز ولایت جد ساقط نبود. مثلاً در بحث نکاح صغیره گفته شده اگر پدر و جد هر دو همزمان دختر صغیره را به عقد کسی درآورند عقد جد مقدم بر عقد پدر است، یعنی عقد جد صحیح و عقد پدر باطل است.^۲ جد جایگاهی فرادست پدر داشته است و از آنجا که مادر در خانواده مسئولیتی نداشته مادامی که پدر حضور داشت و خود به انجام امور زن و فرزندان قیام می‌کرد نیازی به مداخله جد نبود، اما هرگاه اقدامات پدر با تصمیمات جد در تعارض بود تصمیم و نظر جد مقدم بود و در غیاب پدر نیز مسلماً رأی جد نافذ و جاری بود. این موضوع که کسی در خانواده باید بر انجام امور ناتوانان، یعنی کودکان و مجانین و سفها قیام کند جای بحث و تردید نیست.

^۱-المعه، النکاح، ص ۱۶۱، ۱۷۸

^۲-المعه، النکاح، ص ۱۶۳

وجود توانایی مادران از آنان سلب مسئولیت شود. بویژه آنکه در خانواده‌های ایرانی حتی با وجود پدر نیز عملاً بسیاری از مسئولیت‌ها برعهده مادران است. ممکن است گفته شود که در صورت وجود پدر و مادر بهتر آن است که مادر نیز در مسئولیت‌ها سهیم باشد. مادامی که پدر و مادر با یکدیگر در کنار فرزندان زندگی می‌کنند معمولاً واگذاری مسئولیت‌ها در قانون برعهده پدر مشکل‌ساز نیست هر چند در برخی مواقع می‌تواند مشکلات جدی را برای کودک و مادر فراهم سازد. مثلاً اگر کودک نیاز به عمل جراحی داشته باشد، ولی قانونی او باید رضایت‌نامه مربوطه را امضا کند. حال اگر پدر به هر دلیلی مانند سفر در دسترس نباشد و کودک به عمل جراحی نیاز پیدا کند، مادر نمی‌تواند برای کودک خود تصمیم لازم را بگیرد در حالیکه او نسبت به این تصمیم‌گیری فردی شایسته و صالح است.

یکی از مواقعی که ولایت اهمیت زیادی می‌یابد، پس از طلاق والدین است. در این شرایط تقسیم وظایف و مسئولیت‌ها می‌تواند به کاهش تنش‌ها و دستیابی کودک به حقوق خود به‌گونه‌ای بهتر بینجامد، اما اینکه آیا با مقتضیات امروز در صورت فقدان پدر ولایت به جد واگذار شود و نه به مادر جای بحث است. قانون در همه موارد بدون در نظر گرفتن شرایط و تفاوت‌ها به تبعیت از آنچه در فقه آمده است جد را در غیاب پدر، ولی قهری می‌داند و این موضوع مشکلاتی هم برای جد و هم برای مادر و فرزندان در برخی موارد به وجود آورده است. در ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ چنین آمده است: طفل صغیر تحت ولایت قهری پدر خود می‌باشد. در صورت ثبوت حجر یا خیانت یا عدم قدرت و لیاقت او در اداره امور صغیر یا فوت پدر به تقاضای دادستان و تصویب دادگاه شهرستان حق ولایت به هریک از جد پدری یا مادر تعلق می‌گیرد. مگر اینکه عدم صلاحیت آنان احراز شود که در این صورت حسب مقررات اقدام به نصب قیم یا ضم امین خواهد شد. دادگاه در صورت اقتضا، اداره امور صغیر را ازسوی جد پدری یا مادر تحت نظارت دادستان قرار خواهد داد...» براساس این قانون حق ولایت پس از پدر قابل واگذاری به مادر است و این با واقعیات امروز جامعه ما سازگارتر است، اما این قانون مناسب پس از

در فقه کودکان، مجانین و سفها به‌عنوان محجورین، نیازمند ولی شناخته شده‌اند. در اینجا دو موضوع مورد بحث قرار می‌گیرد:

۱- در خانواده انجام امور یادشده برعهده پدر است یا مادر یا هر دو؟

۲- در غیاب پدر مسئولیت برعهده چه کسی است؟

اما درباره موضوع اول چنان‌که گفتیم براساس فقه مسئولیت برعهده پدر و جد پدری است و با وجود پدر، مادر هیچ مسئولیتی ندارد. حتی در غیاب پدر نیز چنان‌که خواهد آمد با وجود جد پدری، مادر دارای مسئولیت نیست. این شیوه در ساختار خانواده با شرحی که گذشت بسیار کارآمد بوده است و مشکلی ایجاد نمی‌کرد. در قانون ایران نیز باوجود تفاوت ساختار خانواده و مناسبات عیناً همین موضوع تبدیل به قانون شده است. در ماده ۱۱۸۰ قانون مدنی آمده است: «طفل صغیر تحت ولایت قهری پدر و جد پدری خود می‌باشد و همچنین است طفل غیر رشید یا مجنون در صورتی که عدم رشد یا جنون او متصل به صغر باشد.» از یاد نبریم که در ساختار خانواده ایرانی نیز پدربزرگ محترم و ارزشمند است، اما رعایت احترام ربطی به عهده‌داربودن مسئولیت خانواده ندارد. شاید در گذشته نیز که در ایران خانواده مفهوم گسترده‌تری داشت این قانون می‌توانست مفید و کارآمد باشد، اما امروز از آنجا که راه‌های امرار معاش، مشاغل، استقلال خانواده‌ها و جایگاه مادران، میزان حضور و دخالت پدر بزرگ در خانواده و اموری از این دست با گذشته بسیار تفاوت کرده است این قانون به عنوان یک قاعده کلی نمی‌تواند مفید و گره‌گشا باشد.

در مورد اینکه با وجود پدر و مادر بهتر است ولایت برعهده کدام‌یک باشد باید گفت: از آنجا که حضانت در خانواده به‌طور طبیعی برعهده مادر است، شاید مناسب‌تر آن باشد که مسئولیت‌هایی که تحت عنوان ولایت مطرح می‌شود برعهده پدر خانواده باشد. از اینکه مسئولیت‌های فرزندان به‌طور کامل در فقه به پدر و در غیاب او به جد پدری واگذار شده چنین استنباط می‌شود که مادر دارای صلاحیت کافی برای پذیرش مسئولیت فرزندان نیست.

اگر در فرهنگ عرب اقتضا چنین بوده است دلیلی ندارد که امروز در جامعه ما با

انقلاب لغو گردید. در نتیجه ولایت پس از پدر به جد پدری و در غیاب او نیز به قیم واگذار می‌شود. زندگی یک کارمند اداری را در نظر بگیریم، که دارای زن و چند فرزند است. مستقل زندگی می‌کند و پدر بزرگ در این خانواده نه حضور دارد و نه با مسائل این خانواده آشنایی دارد. هزینه‌های زندگی این خانواده با حقوق کارمندی تأمین می‌شود و جد نیز معاش خود را به طریقی مستقل تأمین می‌کند. این یکی از تیپ‌ها و نمونه‌های معمول زندگی ایرانی است. در این خانواده اگر پدر فوت کند حقوق او ماهیانه به افراد تحت تکفل وی پرداخت می‌شود. حضانت نیز برعهده مادر است معمولاً همه مسئولیت‌ها نیز عرفاً و عملاً همان‌طور که پیشتر بر عهده مادر بود اکنون نیز برعهده مادر خواهد بود، اما ولایت قانوناً برعهده جد قرار داده شده و این موجب می‌شود خانواده یادشده استقلال خود را از دست بدهد، درحالی که جد هیچ نقشی در این خانواده ندارد. گاهی همین موضوع موجب تنش‌هایی میان خانواده و جد می‌شود و حال آنکه پیشتر روابط آنها مناسب و خوب بود. در بسیاری از موارد صلاحیت مادر برای ولایت فرزندان بیشتر از پدر بزرگ است، اما قانوناً مادر در همه امور باید از پدر بزرگ اجازه بگیرد و رضایت او را جلب کند. مثلاً اگر مادر بخواهد خانه موروثی را فروخته آن را به خانه‌ای دیگر تبدیل کند یا هرگونه تصرفی در اموال فرزندان خود بنماید و یا برای فرزند صغیر گذرنامه گرفته وی را با خود به سفر ببرد به جلب نظر و موافقت جد پدری نیازمند است. اگرچه نهادن بار ولایت برعهده مادر بیش از پیش مسئولیت و وظیفه او را سنگین می‌سازد، اما بیشتر مادران خود خواستار سرپرستی فرزندان خویشند و مطمئناً هیچ کس بهتر از مادران شایسته نمی‌تواند امور فرزندان را به انجام رساند، از این رو واگذاری قانونی این مسئولیت برعهده مادران به آنان استقلال می‌بخشد و بسیاری از موانع بیهوده و ناخوشایند را از پیش پای آنان برمی‌دارد. همچنین بر این تصور غلط و نامطلوب نیز که به تبع فقه در اذهان شکل گرفته که مادران صلاحیت سرپرستی فرزندان خود را ندارند خط بطلان می‌کشد. گاهی پدر بزرگ وظایف خود را با تنظیم و کالنامه رسمی به مادر واگذار می‌کند و گاه نیز پدر بزرگ با خودداری از این امر زمینه اختلافات فیمابین خود و خانواده

پسرش را فراهم می‌نماید. در بیشتر موارد پدر بزرگ توانایی انجام وظایف خود را در قبال نوادگان در شرایط امروز خانواده‌ها ندارد، از این رو به نظر می‌رسد در این مورد نیز همانند دیگر موارد در وضع قانون باید به شرایط و مقتضیات توجه کرد. در شرایطی که پس از فوت پدر، خانواده از نظر تأمین معاش تحت تکفل پدر بزرگ قرار می‌گیرد ولایت وی می‌تواند معنا داشته باشد، اما در شرایطی که پدر بزرگ پس از فوت پدر خانواده هیچ نقشی ندارد، ولایت او چه معنایی می‌تواند داشته باشد؟ بسیار اتفاق می‌افتد که ولایت برعهده پدر بزرگ است، درحالی که مادر با تلاش و زحمت خود هزینه‌های زندگی فرزندان را تأمین می‌کند. در این صورت وابسته کردن تصمیمات مادر به پدر بزرگ و تلاش برای جلب رضایت پدر بزرگ غیرمنطقی و غیرمنصفانه است. قانون خانواده در ایران بدون مطالعه و بدون در نظر گرفتن شرایط امروز چنان از قوانین حاکم بر جامعه حجاز دوره اولیه اسلام تقلید کرده که در بسیاری از موارد قوانین نه تنها گره گشا و کارساز نیست، بلکه مشکل آفرین شده است. در موضوع مورد بحث به نظر می‌رسد باید قانون به گونه‌ای اصلاح شود که اگر پس از فوت پدر، فرزندان تحت تکفل پدر بزرگ قرار میگیرند ولایت به او واگذار گردد. اما اگر فرزندان تحت تکفل مادر قرار گرفتند ولایت نیز باید به او واگذار شود تا او بتواند مستقلاً به رتق و فتق امور زندگی بپردازد. واگذاری ولایت به پدر و جد پدری حکم شرعی نیست، بلکه شیوه‌ای معمول در حجاز بوده است که تغییر آن نیز منافاتی با شرع ندارد. چنان که گاهی پدر بزرگ و کالتاً وظایف خود را به مادر واگذار می‌کند و این از نظر فقها مشکلی ایجاد نمی‌کند، پس چگونه است که اگر ولایت بدون واسطه به مادر واگذار شود مشکل ساز خواهد بود؟ آیا در این صورت عملی خلاف شرع صورت گرفته است؟ مطمئناً چنین نیست. با توجه به شرایط زندگی امروزه معمولاً پدر بزرگ‌ها و مادر بزرگ‌ها در صورتی که مادر مسئولیت فرزندان را بپذیرد، تمایلی به پذیرش مسئولیت فرزندان پسر خود ندارند و این بار مسئولیت برای آنان سنگین است، اما بدیهی است برای آنکه فرزندان بلا تکلیف نمانند، اگر به هر دلیلی مادر نتواند و نخواهد عهده‌دار مسئولیت فرزندان شود، قانوناً ولایت باید به جد پدری واگذار شود و

حتی در غیاب او نیز دیگر خویشاوندان باید این مسئولیت را بپذیرند. اجازه درباره ازدواج دختر نیز تا سن معین (در صورتی که با توجه به مقتضیات خانواده در ایران قائل به این باشیم که اخذ اجازه والدین دختر برای ازدواج پس از سن رشد رجحان دارد) پس از پدر می‌تواند به مادر واگذار شود.

اگر چنان‌که گفتیم اعمال ولایت را ازسوی ولی، حق موکلی علیه بدانیم، ضرورت دارد، با توجه به شرایط امروز حقوق موکلی علیه تعریف و احصا شود. در فقه این حقوق مستقیماً احصا نشده و از خلال عبارات و مضامین می‌توان دریافت که حقوق فرزندان تحت ولایت، همان نفقه است با تعریفی که در فقه از نفقه شده است و نیز نگهداری و اداره اموال آنان.

با توجه به این مبنا که، اعمال ولایت را، حق موکلی علیه بدانیم، باید ولایت ازسوی کسی و به گونه‌ای اعمال شود که به بهترین نحو ممکن، حقوق موکلی علیه ادا شود. اینکه ولی چه کسی باشد، با توجه به شرایط متفاوت زندگی آحاد جامعه و خانواده‌ها همواره نمی‌توان یک شخصیت حقوقی را تعیین کرد. به نظر می‌رسد در غیاب پدر و حتی با وجود پدر، مادر را نمی‌توان نادیده گرفت، بلکه مادر بر هر شخص دیگری اولویت دارد.

از این‌رو ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده - که لغو شده - بر دیگر قوانین در این مورد برتری دارد. البته این نکته نیز نباید نادیده گرفته شود که وقتی مسئولیتی قهراً برعهده شخصی مانند جد پدری نهاده می‌شود او خود نیز احساس مسئولیت می‌کند و وجود پشتیبان با احساس مسئولیت برای محجورین همواره مفید است. چنانچه ولایت برعهده مادر نیز نهاده شده مادر به جد پدری در قانون افزوده شود نه تنها مشکلی ایجاد نمی‌کند، بلکه به دادگاه‌ها برای تصمیم‌گیری بهتر و به خانواده‌ها برای حفظ استقلال کمک می‌کند. اعمال قوانین بویژه قوانین خانواده که سرو کار آن با انسان‌ها، عواطف و احساسات آنان است نمی‌تواند خشک و انعطاف‌ناپذیر باشد. اگر قرار باشد شرایط خانواده‌ها مورد بررسی قرار گیرد مطمئناً دادگاه و قاضی در کنار خود نیاز به تشکیلاتی دارد که بتواند این مطالعات مهم و مؤثر را انجام داده قاضی را در اتخاذ

بهترین تصمیم یاری کند. در قوانین پیش‌بینی شده است که در صورت فقدان جد پدری برای فرزندان صغیر و نیز دیگر محجورین قیم تعیین می‌شود. اگر چه برای مادر حتی به عنوان قیم نیز اولویتی در نظر گرفته نشده است، اما بیشتر اوقات عملاً قیمومت به مادر واگذار می‌شود. ممکن است گفته شود که در این صورت چه نیازی به واگذاری ولایت به مادر است. بحث اینجاست که در صورت وجود مادر و آمادگی او برای پذیرش مسئولیت، ولایت نباید به دیگری واگذار شود. مادر باید برای اعمال ولایت نسبت به فرزندان خود صالح شناخته شود.

طلاق

در میان مسلمانان و غیر مسلمانان چنین شهرت یافته که در اسلام طلاق در اختیار مرد است. بدین معنا که مرد هر گاه اراده کند می تواند همسر خود را طلاق دهد، اما زن جز با جلب رضایت شوهر نمی تواند طلاق بگیرد. آیا منابع فقهی نیز مؤید این برداشت عمومی است؟ با مروری بر همه کتب فقهی می بینیم که در باب طلاق، مطلقاً یا طلاق دهنده مرد است. در بحث طلاق در کتب فقهی گذشته معمولاً درباره این موضوع که اگر زن طلاق بخواهد چه باید کرد، سخنی رانده نشده است، در حالی که دلیل شرعی متقن دال بر اینکه طلاق در اختیار مرد است نیز اقامه نشده است. آنچه در کتب فقهی درباره طلاق اعم از ارکان، ویژگی ها و شرایط آن می بینیم، انعکاس شیوه معمول طلاق در میان مسلمانان، در دوره اولیه اسلام است. با در نظر گرفتن شرایط آن زمان و ویژگی های خانواده که بارها مختصراً به آن اشاره کرده ایم تصور این واقعیت که طلاق می بایست در اختیار مردان باشد بسیار آسان است. هنگامی که مرد قوام و برپادارنده خیمه زندگی و خانواده است، هنگامی که معاش خانواده و رتق و فتق همه امور خانواده در دست مرد است، بدیهی است که طلاق در دست مرد است و اگر جز این باشد مناسب ساختار یادشده نیست. با مطالعه در تاریخ و شریعت یهود که پیروان آن در مدینه از پیش از اسلام در کنار دیگر مردمان می زیستند می بینیم که سنت طلاق در این آئین نیز چنین بوده است، یعنی طلاق در اختیار مرد بوده و اگر زن طلاق می خواست باید شوهر را راضی کرده و یا دادگاه با توجه به شرایط، مرد را مجبور به

طلاق می نمود.^۱ همین شیوه با توجه به تناسب آن با ساختار اجتماعی و خانوادگی در میان مسلمانان نیز معمول بوده است. این شیوه در روایات و احادیث نیز انعکاس یافته است. مثلاً در روایتی در وسایل الشیعه^۲ در بیان اینکه طلاق در دست مرد است نه زن، آمده است که زنی هنگام ازدواج با شوهر خود به شوهرش مهریه داد و با او شرط کرد که طلاق و مقاربت در دست او (زن) باشد، اما امام این شروط را صحیح ندانسته و می گوید که مهریه را مرد باید بپردازد و طلاق و مقاربت در دست مرد است، چراکه این سنت است. امام شیوه معمول را سنت می خواند و نه حکم شرعی. سنت معمول، قانون جاری در زندگی مردم بود. در واقع آن زن قصد شکستن ساختار معمول ازدواج را داشته است و امام بر شیوه معمول و مرسوم تأکید می کند. چنان که در کتب فقهی آمده است مرد حتی می تواند زن خود را غیاباً و بدون اطلاع وی طلاق دهد.^۳ رضایت زن و موافقت او در طلاق شرط نیست، اما اگر زن بخواهد طلاق بگیرد باید مرد را به نحوی راضی کند. اگر مرد با بخشش مهریه ازسوی زن راضی می شود زن باید مهریه را ببخشد. حتی مرد حق دارد بیش از مهریه مالی را از زن مطالبه کند،^۴ درحالی که مرد می تواند زن خود را بدون دلیل موجه طلاق گوید اگرچه این طلاق مکروه دانسته شده است. در تلمود در بیان نظرات علمای دینی یهود درباره طلاق آمده است که برخی علما معتقدند که مرد هنگامی می تواند زن خود را طلاق دهد که همسر او ناشایست باشد.^۵ مقصود آن است که آن زن دارای عفت نباشد، اما برخی دیگر از علما معتقدند که مرد به هر دلیلی ولو سوزاندن غذا می تواند زن خود را طلاق دهد.^۶ مهریه در این میان عاملی بازدارنده است برای مرد که نتواند زن خود را عجولانه

طلاق دهد. در آیین یهود اگر زن ناشایست و بی عفت باشد مرد می تواند بدون پرداخت مهریه او را طلاق دهد. زن نیز در شرایطی خاص می تواند طلاق بگیرد. مثلاً اگر مرد از پرداخت نفقه ناتوان باشد و یا امتناع ورزد و یا دارای ناتوانی جنسی باشد و یا نذر کند که با زن خود همخوابه نشود و یا دارای بیماری هایی مانند جذام باشد و مواردی از این قبیل، زن می تواند با مراجعه به محکمه دینی طلاق بخواهد.^۱ براساس فقه ما نیز زن در شرایطی محدود می تواند درخواست طلاق کند. اگر شوهر نفقه زن را نپردازد یا به هر دلیلی بدون رضایت زن بیش از ۴ ماه معاشرت با او را ترک کند یا مفقود شود، زن می تواند به حاکم مراجعه کرده تقاضای طلاق کند.^۲

در آن روزگار مردم امور خصوصی زندگی خود را مستقلاً انجام می دادند و حکومت دخالتی در این امور نداشت. مثلاً مردم ازدواج می کردند و مجبور به ثبت ازدواج نبودند. مردان همسران خود را طلاق می دادند و مجبور به ثبت آن نبودند. در جامعه بدوی مسلمانان اولیه، نهادهای مدنی برای انجام این امور وجود نداشت. البته در طلاق حضور دو شاهد ضروری و لازم خوانده شده و بدون حضور دو شاهد طلاق باطل دانسته شده است.^۳ مردم فقط هنگامی که اختلافات میان خود را نمی توانستند حل کنند به حاکم که نقش قاضی را نیز ایفا می کرد مراجعه می کردند. با توجه به اینکه طلاق در دست مرد بود زن در صورت درخواست طلاق باید به حاکم مراجعه می کرد، اما مرد برای طلاق دادن زن نیازی به مراجعه به حاکم نداشت. قوانین و مقررات معمول در میان مسلمانان اولیه در باب طلاق به گونه ای در منابع فقهی آمده است که گویی این قوانین و این شیوه معمول همانا حکم قاطع شرع است. از مجموع این قوانین مدون چنین استنباط می شود که زن پس از ازدواج در دست مرد اسیر است و زندگی او در اختیار مرد است و او تحت هر شرایطی مجبور به تحمل است و رهاشدنش از آن زندگی جز با رضایت مرد ممکن نیست و حاکم نیز فقط در شرایط خاص می تواند زن

^۱-گنجینه ای از تلمود، ص ۱۸۸-۱۸۵

^۲. وسایل الشیعه، ج ۲۲، ص ۹۸.

^۳-لمعه، طلاق، ص ۱۸۳ همچنین رجوع کنی به طلاق در شرح لمعه و شرایع الاسلام

^۴-لمعه، الخلع و المبرات، ص ۱۸۴

^۵-گنجینه ای از تلمود، ص ۱۸۸-۱۸۵

^۶-همان

^۱. گنجینه ای از تلمود، فصل زندگی خانواده، گفتار دوم در ازدواج و طلاق، ص ۱۸۸-۱۸۵.

^۲-لمعه، طلاق، ص ۱۸۲ و ایلاء، ص ۱۸۸

^۳-لمعه، طلاق، ص ۱۷۹ و جواهرالکلام، ج ۳۲، ص ۲۴

را طلاق بدهد. بدین ترتیب، زن استقلال در طلاق نداشت و حق او برای طلاق به رسمیت شناخته نمی شد. به همین دلیل برخی زنان در ضمن عقد نکاح خود خواستار آن می شدند که نسبت به طلاق اختیاراتی داشته باشند. در روایات دیده می شود که مثلاً زنان هنگام ازدواج شرط می کردند که طلاق در اختیار آنان باشد یا شوهر آنان را طلاق ندهد یا دارای وکالت در طلاق باشند. بازتاب این موارد در روایات و اخبار از آنرو بوده که زنان می خواستند اگر زندگی مشترک موافق میل آنان نبود مجبور به تحمل شرایط نامطلوب نباشند و بتوانند خود را از آن زندگی رها سازند. درواقع زنان برای دور زدن ویا نفوذ در قانون سخت و یکجانبه طلاق راهکاری را جستجو می کردند.

در باب خُلْع^۱ و مبارات^۲ در کتب فقهی بیان شده که اگر زن خواستار جدایی باشد و یا زن و شوهر هر دو بخواهند جدا شوند، مرد می تواند زن را مجبور به بخشیدن مهریه و بیش از آن در خُلْع، و بخشیدن مهریه در مبارات نماید. در حقیقت براساس فقه برای زن امکان طلاق جز به دلایلی که بیان شد وجود ندارد که حتی در این موارد نیز طلاق به صلاحدید قاضی انجام می شود. مثلاً زن نمی تواند به دلیل بداخلاقی مرد خواستار طلاق شود. زن نمی تواند به دلیل ازدواج مجدد مرد یا ارتکاب او به فحشا و منکر طلاق بخواهد و یا آنکه زن بگوید من شوهرم را دوست ندارم و می خواهم از او جدا شوم، درحالی که مرد بدون ارائه هیچ گونه دلیلی حتی غیباً می تواند زن را طلاق دهد.

^۱ -خلع نوعی طلاق و جدائی بوده که به درخواست زن صورت می گرفت و شوهر در ازای اعلام رضایت نسبت به طلاق حق داشت از زن بخواهد که مهر خود را ببخشد و یا حتی مالی بیشتر از مهر به او بدهد.

^۲ -مبارات طلاقی بوده که بر اساس توافق طرفین صورت می گرفت و شوهر در ازای موافقت خود با طلاق حق داشت از زن بخواهد که از مهر خود درگذرد.

نقد احکام فقهی در باب طلاق

یکی از اشکالاتی که بر فقه امامیه وارد است این است که این فقه به تناسب گذشت زمان و توسعه جوامع و تغییر شرایط، توسعه نیافته است و در مدارس دینی همچنان کتب قرن های گذشته تدریس می شود. در این کتب درباره اینکه مثلاً عقد ازدواج با کدام زمان، ماضی یا مضارع و به کدام زبان، عربی یا غیر آن خوانده شود و یا صیغه طلاق به کدام لفظ باید ادا شود، بحث شده است. در کتب فقهی حتی ذکر شده که عقود و ایقاعات در صورت قدرت باید به زبان عربی انجام شود،^۱ حال آنکه زبان از ویژگی های دین و قوانین نیست. اینکه مردم دیگر جوامع که دارای زبانی دیگر هستند مجبور باشند عقود فیمابین خود را به زبان عربی منعقد کنند تا آن عقد صحیح و شرعی باشد معقول و منطقی به نظر نمی رسد. مسلماً اهل هر زبان درباره اینکه قرارداد میان مردم با کدام الفاظ باید منعقد شود تا در زبان و فرهنگ رایج همان جامعه قابل فهم بوده از اشتباه مصون باشد بحث می کنند. اعراب نیز این گونه مباحث را همچون دیگر ملل داشته اند که اشکالی به آن وارد نیست، بلکه اشکال آنستکه حتی خصوصیات زبانی و فرهنگی اعراب را وارد شریعت کرده، واحکام شرعی قلمداد کنیم. مثلاً گفته شده است که طلاق و جدایی با لفظ «طالق» انجام می شود. مثلاً شوهر می گوید «انت طالق». حال واقعاً باید طلاق در زبان فارسی نیز با همین لفظ انجام شود؟ و اگر با الفاظی که در زبان فارسی مفید معنای طلاق است انجام شود، شرعی نیست؟

^۱ -لمعه، الطلاق، ص ۱۷۹ و النکاح، ص ۱۵۷ و المتاجر، ص ۹۳

دلیلی وجود ندارد که اجرای صیغه طلاق به زبان فارسی و یا هر زبان دیگر را غیر شرعی بدانیم. آنچه در فقه اتفاق افتاده این است که فقها عیناً وقایع جامعه مسلمانان اولیه را به نام شرع در کتب فقهی گردآورده‌اند. در این میان حتی ویژگی‌های زبانی و فرهنگی آنان را نیز تفکیک نکرده‌اند. در دیگر عقود نیز بحث درباره الفاظ همین گونه است. به این نکته از آنرو اشاره شد که روشن گردد فقه بیش از آنکه مبتنی بر دلایل شرعی باشد تابع فرهنگ و سنن مسلمانان اولیه است. و اما باز می‌گردیم به بحث اصلی خود. مسلماً در میان مسلمانان اولیه نیز گاه اتفاق می‌افتاد که زنی مایل به ادامه زندگی با شوهر خود نباشد. آنچه از فحوای اسلام و آیات قرآن فهمیده می‌شود این نیست که زن در هر شرایطی ولو با اکراه مجبور است با شوهر خود زندگی کند. برای فقها با توجه به در دست داشتن قواعد عقلی و مورد تأیید شرع و نیز عمومات قرآنی این امکان وجود داشته است که در این باره گسترده‌تر بحث کنند و موضوعات دیگری را نیز مطرح سازند و آرای خود را درباره اینکه اگر زن در شرایط گوناگون مثلاً به دلیل بداخلاقی مرد یا ارتکاب او به فحشا طلاق بخواهد بیان کنند. عدم پرداختن فقها به این گونه مباحث و اکتفای ایشان به مباحثی که در کتب فقهی آمده بیانگر آن نیست که اسلام حقی برای زن نمی‌شناسد و حق او منحصر به همان است که در منابع فقهی گفته شده است. پیش از هر دلیلی دلیل عقل، زن را در زندگی و سرنوشت خود صاحب حق می‌شناسد. اینکه مرد حق طلاق داشته باشد مشکلی جدی نیست، چرا که اگر مرد به هر دلیلی نخواهد با همسرش زندگی کند کسی نمی‌تواند او را مجبور به ادامه زندگی نماید. اصولاً قانون حاکم بر رابطه میان زوجین محبت و مودت است نه اجبار و اکراه. متقابلاً اگر زن نیز به هر دلیلی نخواهد با شوهرش زندگی کند و در این عقیده استوار باشد کسی نمی‌تواند او را وادار به ادامه زندگی سازد. در این صورت زن می‌تواند بدون آنکه طلاق بگیرد جدا از همسر خویش زندگی کند. در این میان مهم این است که نخست برای زن نیز مستقل از رضایت مرد در شرایطی امکان طلاق وجود داشته باشد. دوم، حقوق زوجین هنگام طلاق رعایت شود. در فقه هنگام طلاق، حقوقی جز مهریه برای زن لحاظ نشده است. ممکن است مردی پس از بیست تا

سی سال زندگی مشترک زن خود را بدون دلیل یا به دلیل علاقه به زن دیگر طلاق دهد. اگر مهریه زن اندک و ناچیز باشد، در این صورت براساس فقه ما زندگی زن پس از طلاق چگونه خواهد بود؟ اگر فقها براساس همان روش معمول خود هم می‌خواستند با استناد به روایات و اخبار پاسخ این پرسش‌ها را دریابند ادله کافی وجود داشت، اما بسیاری از روایات و احادیث به دلیل حمل آنها بر استحباب و کراهت در استنباط احکام، مؤثر واقع نشده است، در حالی که اگر آن دسته روایات و اخبار نیز مورد استناد قرار می‌گرفت جنبه اخلاقی فقه پررنگ‌تر شده شاید برخی ابهامات نیز برطرف می‌شد، هرچند چنان که گفتیم در وضع قوانین مدنی و کیفری استناد به قوانین رایج گذشته، حتی قوانین رایج در میان مسلمانان، عقلاً و شرعاً توجیه پذیر نیست. اگر در زندگی معمول مسلمانان اولیه بنا بود که طلاق در دست یکی از زوجین باشد مسلماً آن یک نفر مرد بود و چنان که بارها نیز گفته‌ایم در آن شرایط که مردان حاکمیت مطلق داشتند و قوانین را نیز آنان وضع می‌کردند، چنین اختیاری را به زن نمی‌دادند. از همین رو زن مستقلاً نمی‌توانست از همسر خود جدا شود، اما اکنون اگر در طلاق به زن نیز اختیارات بیشتر و متفاوت با آنچه در فقه آمده داده شود آیا خلاف شرع خواهد بود؟ مسلماً قواعد عقلی و شرعی و نیز عمومات قرآنی دلالت بر آن دارد که اگر طلاق زن به نفع او و در جهت دفع ضرر و مفسده از او باشد، زن باید دارای چنین حقی باشد. هرچه شرایط طلاق و جدایی سخت‌تر باشد و عوامل بازدارنده در مسیر طلاق بیشتر، بهتر است، اما اینکه همه این عوامل بازدارنده و موانع، پیش پای زن باشد نامعقول و ظالمانه است.

رضایت زن در طلاق

ازدواج، عقد و قرار دادی است دوجانبه که با رضایت طرفین شکل می‌گیرد و درستی آن نیز منوط به رضایت زوجین است.

همان‌طور که رضایت در درستی ازدواج شرط است، در استمرار زندگی مشترک نیز نمی‌تواند نادیده گرفته شود. اگر رضایت هریک از طرفین در طول زندگی مشترک از بین برود و دیگری نتواند رضایت دوباره او را جلب کند بدیهی است که استمرار این زندگی ممکن نخواهد بود و اگر باوجود اکراه موجود این زندگی ادامه یابد مفسد و مضّار بر آن مترتب خواهد شد. برای دفع این مضار و مفسد باید راه عاقلانه‌ای وجود داشته باشد قرآن مردان را دعوت می‌کند که با زنان خود به نیکی زندگی کنند و اگر می‌خواهند آنان را طلاق دهند به نیکی طلاق دهند.^۱ همه انسان‌ها براساس عقل و تعالیم ادیان الهی و نیز اسلام، از زیان‌رساندن به یکدیگر منع شده‌اند، بنابراین اگر زنی به‌دلایلی حاضر نباشد با همسر خود زندگی کند طلاق خواستن او نامشروع نیست، بلکه اگر مرد با قصد زیان به زن از طلاق او خودداری کند مرتکب فعلی خلاف شرع و اخلاق شده است. در فقه و احادیث و روایات توصیه‌های اخلاقی فراوانی برای پرهیز مردان از طلاق‌دادن زنانشان شده است. روایات زیادی در نکوهش و مذمت طلاق آمده است. با وجود این قانون جدی و بازدارنده‌ای برای مردان وجود ندارد، ولی چنان که گفتیم در مقابل زنان، در طلاق سدّ بزرگی وجود دارد. براساس

فقه، زن و مرد با رضایت دوجانبه با یکدیگر ازدواج می‌کنند و ازدواج در فقه یکی از عقود است. عقد قرارداد دوطرفه است که باید با رضایت طرفین انجام شود، اما طلاق ازجمله ایقاعات^۱ است که در فقه در اختیار مرد است، یعنی زوجین با رضایت دوجانبه وارد زندگی مشترک می‌شوند، اما در ادامه زندگی مشترک مرد حق دارد به‌طور یکجانبه و بدون رضایت زن توافق اولیه، یعنی عقد ازدواج را برهم بزند و زن چنین حقی را ندارد. هنگامی که مرد اقدام به طلاق کند رضایت زن شرط نیست، اما اگر زن طلاق بخواهد باید رضایت مرد را جلب کند. این مقررات در جامعه امروز عادلانه به نظر نمی‌رسد و دربردارنده حقوق برابر برای زن و مرد نیست. امروزه در جوامع مختلف در قوانین خانواده به منظور کاهش طلاق و شتاب‌نکردن در این امر عوامل بازدارنده زیادی قرار داده شده است، ازجمله آن قوانین، مقررات مالی است. در بسیاری از کشورهای غربی هر یک از طرفین که خواستار طلاق باشد باید نصف اموال خود را که در دوران زندگی مشترک بدست آورده به طرف دیگر بدهد. نهادن موانع سخت در برابر طلاق باعث شده که جوانان برای ازدواج به سهولت تصمیم نگیرند، زیرا زندگی مشترک را در این صورت تونلی می‌دانند که به‌راحتی می‌توان وارد آن شد، اما خارج‌شدن از آن در صورت ضرورت بسیار سخت است، اما در هر حال در آن جوامع این شرایط برای زن و مرد یکسان است.

آنچه مسلم است چه در امر ازدواج و چه در طلاق باید با توجه به شرایط اجتماعی قوانینی وضع شود که متضمن حقوق عادلانه طرفین باشد. در این میان اگر در زندگی مشترک فرزندی وجود دارد مسلماً در قوانین طلاق رعایت حال او بیش از زوجین دارای اهمیت است. در قانون ایران اگرچه به زن اختیار داده شده است که در شرایطی درخواست طلاق نماید، اما همچنان شرایط مرد و زن در طلاق نابرابر است. زن اگر متقاضی طلاق باشد، مرد برای اعلام رضایت خود می‌تواند مهریه او را نپردازد و یا حتی مالی اضافه بر آن از زن مطالبه کند. زن پس از سالیان دراز زندگی مشترک،

^۱-ایقاع، قراردادی است که بطور یکجانبه انجام می‌پذیرد و رضایت و قبول طرف دیگر شرط صحت آن نیست.

دست خالی از خانه خود بیرون خواهد رفت، درحالی که در گردآوردن دارایی و اموال سهمیه بوده است. اما مرد، اگر بخواهد زن خود را طلاق دهد، فقط بخشی از اموال خود را به زن می‌بخشد. البته شرایط در همه موارد یکسان و مشمول یک قاعده نیست. گاهی به زن احجاف می‌شود و گاه به مرد و قانون نیز هیچ‌گاه نمی‌تواند در همه موارد متضمن عدالت باشد، اما مهم آن است که قانون در بیشتر موارد قادر به اقامه عدل باشد. اگر در ماهیت طلاق با توجه به شرایط امروز و تبعات آن تأملی دوباره شود شاید بتوان به نتایج بهتری رسید. بدین معنا که طلاق را ایقاع ندانیم، یعنی همان‌طور که زندگی مشترک با توافق طرفین آغاز شده، با توافق طرفین نیز خاتمه یابد. به عبارت دیگر طلاق و پایان‌بخشیدن به زندگی مشترک مستلزم توافق طرفین باشد. اگر به هر دلیلی طرفین به توافق دست نیافتند دادگاه در موضوع دخالت نماید. چنین قانونی مخالفتی با شرع ندارد. حتی اگر در قرآن نیز در آیات مربوط به طلاق تلویحاً استفاده می‌شود که طلاق‌دهنده مرد است به آن معنا نیست که فقط مرد می‌تواند طلاق دهد، زیرا قرآن نیز در بیان تعالیم خود ناگزیر متناسب با زبان، فرهنگ و فهم عامه سخن می‌گوید. قرآن حکمی صادر نکرده که بر اساس آن طلاق حق انحصاری مرد دانسته شده باشد.

اینکه در آن روزگار و در آن جامعه طلاق فقط در دست مرد بوده ارتباطی با تعالیم اسلام ندارد و اگر امروز طلاق مستلزم توافق زوجین شود به هیچ‌وجه مغایر با اسلام نیست. این قوانین عقلی و عرفی می‌باشند. چنان‌که گفتیم وادارکردن زن به ادامه زندگی با مردی که از او اکراه دارد می‌تواند متضمن فساد و زیان باشد و این امر موافق تعالیم اسلام نیست. ازسوی دیگر وادارکردن زن به گذشتن از همه یا بخشی از حقوق خود برای جلب رضایت مرد نیز از آنجا که مستلزم واردآمدن ضرر و زیان به زن است نمی‌تواند با تعالیم انسانی اسلام سازگار و موافق باشد.

سن بلوغ

در کتب فقهی سن بلوغ دختر ۹ سالگی بیان شده و از این سن، نکاح و طلاق او صحیح است. او مکلف شمرده می‌شود، یعنی عبادات واجب شرعی را باید انجام دهد. از این سن باید حجاب شرعی را رعایت و از نامحرم پرهیز کند. در صورت ارتکاب جرم باید مجازات شود.^۱ در قانون مدنی ایران نیز با توجه به آنچه در فقه آمده است در تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ سن بلوغ دختر نه سال تمام قمری یعنی هشت سال و ۹ ماه شمسی، دانسته شده است. اهمیت بحث پیرامون سن بلوغ در فقه به جهت ترتب احکام شرعی و تکالیف بر این سن است. چنان‌که اهمیت بحث از سن قانونی در حقوق ترتب حقوق و مسئولیت‌های مدنی و کیفری بر این سن است، اما آنچه مورد توجه و قابل تأمل و بحث است این است که آیا حقیقتاً نه‌سالگی برای دختر می‌تواند سن قانونی برای ترتب تکالیف و مسئولیت‌ها باشد؟ در فقه پیرامون سن بلوغ در باب «حجر» بحث شده است. حجر در اصطلاح فقهی ممنوعیت از تصرف در مال است. برخی اشخاص، محجور خوانده می‌شوند. ازجمله این اشخاص، صغیر است، یعنی کودک اعم از دختر و پسر به واسطه کودکی محجور و از تصرف در اموال ممنوع است. حجر کودک با رفع علت حجر، یعنی کودکی برطرف می‌شود. در کتب فقهی و روایی درباره عوامل رفع حجر از کودک بحث شده است و مجموعاً دو عامل عمده بلوغ و رشد برای رفع حجر از کودک شناخته شده است. پر واضح است کودکی یا

^۱ -جواهرالکلام، جلد ۲۶، ص ۴۱

بهرتر بگوییم صِغَر سن صفتی است طبیعی و عرفی که عرفاً و طبیعتاً با افزایش سن و رسیدن به بلوغ جسمی و رشد عقلی پایان می‌یابد. بلوغ جسمی تحول و تکامل جسمی است که با رسیدن به آن شخص دوره کودکی را پشت سر نهاده وارد مرحله جدیدی از زندگی خود می‌شود.

بلوغ جسمی

موضوع بلوغ جسمی موضوعی طبیعی و عرفی است و نه شرعی چنان‌که صاحب جواهر نیز در بحث ذیل باب حجر بلوغ را موضوعی طبیعی و عرفی می‌داند و می‌گوید که بلوغ از موضوعات شرعی مانند عبادات نیست که بتوان آن را از شرع فهمید.^۱ دیگر فقها نیز ملاک بلوغ را عرف دانسته‌اند. حقوق‌دانان و عقلا نیز ملاکی جز عرف و اقتضای طبیعت برای تشخیص بلوغ نمی‌شناسد. در روایات متعدد نیز به اقتضای طبیعت انسانی برای تشخیص سن بلوغ علائم و نشانه‌هایی بیان شده است. مثلاً رشد مو در صورت پسر و احتلام و نشانه‌هایی مانند این از علائم بلوغ پسر و حیض از علائم بلوغ دختر شناخته شده است. در واقع بلوغ موضوع است نه حکم و از این رو تشخیص آن عرفی است و مانند تشخیص دیگر موضوعات که متعلق حکم شرعی یا قانون قرار می‌گیرند نیاز به اهل خبره دارد. تشخیص بلوغ موضوع شرعی مانند عبادات و واجبات نیست که برعهده شرع باشد، بلکه مانند تشخیص اسب از قاطر یا تشخیص آب از خمر است. بدیهی است تشخیص این موارد برعهده شرع نیست تشخیص بالغ از نابالغ نیز برعهده شرع نیست.

در کنار این دسته از روایات که علائم واقعی و طبیعی بلوغ را برمی‌شمارند روایاتی وجود دارد که در آنها در پاسخ سؤال‌کننده، سن بلوغ دختر و پسر بیان می‌شود. این دسته روایات بسیار متفاوت و متعدد است و سنین مختلفی برای بلوغ دختر در آنها ذکر شده است. مانند نه‌سالگی، سیزده‌سالگی و برخی سنین دیگر. اما

^۱ -جواهر الکلام، جلد ۲۶، ص ۱۰-۴

قول مشهور فقهای امامیه این است که سن بلوغ دختر همانا نه سالگی است. فقهای اهل سنت نیز اقوال گوناگونی در این باب دارند. در بررسی روایاتی که به علائم بلوغ و سن بلوغ اشاره می کنند، باید ببینیم که آیا در تشخیص بلوغ به طور عرفی و طبیعی باید به سن توجه کرد و یا علائم؟ کدامیک از این دو قابل تعمیم به همه زمان ها و دوره هاست؟ کدام یک تابع و کدام متبوع است؟ اگر دقیق بنگریم مسلماً ظهور علائم در همه جوامع و دوره ها دلالت بر بلوغ دارد.

اما سن ظهور علائم بلوغ می تواند متغیر باشد، زیرا بلوغ و سن ظهور علائم آن تحت تأثیر عواملی چند قرار دارد. مثلاً آب و هوا، شیوه زندگی، تغذیه از عوامل مؤثر در سن بلوغ است. اگر علائم بلوغ را کنار گذاشته و سن بلوغ را که در روایات بیان شده منشأ اثر بدانیم، در واقع دسته ای از روایات را مهمل دانسته ایم. روایاتی که با نظر بر واقعیت و طبیعت هنگام بلوغ را، هنگام ظهور علائم آن می داند. چگونه می توان بدون توجه به علائم بلوغ، فرد را بالغ یا غیر بالغ دانست؟ آنچه از مجموع مباحث به دست می آید، این است که سن بلوغ، سنی است که علائم بلوغ در بیشتر افراد هر جامعه در آن سن ظاهر می شود. با وجود اینکه فقها در بحث پیرامون سن بلوغ به این دو مطلب، یعنی ظهور علائم بلوغ و سن ظهور علائم بلوغ اشاره کرده اند، اما در نهایت توجه خود را معطوف به روایاتی نموده اند که در آنها به سن بلوغ اشاره شده است و در جمع بندی دختر را در نه سالگی بالغ دانسته اند. حال این پرسش مطرح می شود که اگر امروز در کشور ایران بیشتر دختران در سنی غیر از نه سالگی به بلوغ برسند باید همچنان نه سالگی را سن بلوغ دانست؟ استدلال فقها در تعیین سن بلوغ با پاسخ مثبت به این پرسش مغایرت دارد، اما عملاً به قول مشهور استناد و تأکید می شود. تا آنجا که بدون توجه به واقعیات، سن بلوغ دختر در قانون مدنی نیز نه سالگی دانسته شده است.

رشد

و اما در رفع حجر از کودک فقط رسیدن او به سن بلوغ کفایت نمی کند. علاوه بر بلوغ عامل دیگری که مهمتر از آن است مطرح شده و آن رشد است. رشد یعنی بلوغ عقلی و تشخیص مصالح زندگی. قرآن در پاسخ به این پرسش که چه وقت اموال یتیمان را در اختیار آنان باید قرار داد در آیه ۵ سوره نسا می فرماید: «وابتلوا الیتامی حتی اذا بلغوا النکاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا الیهم اموالهم»، یعنی: یتیمان را امتحان کنید، تا هنگامی که مستعد نکاح شدند، اگر آنان را رشید یافتید، پس اموالشان را به خودشان بدهید، یعنی تشخیص رشد را برعهده مخاطبان گذاشته و آن را امری عرفی دانسته است. یکی از راه هایی که فقها برای تشخیص عرفی رشد مطرح کرده اند، بررسی نحوه هزینه کردن مال و شناختن ارزش آن است. بدین معنا که هرگاه شخص به سنی رسیده که ارزش مال را شناخت و دانست که مال را باید چگونه هزینه کند به گونه ای که مورد تأیید عقلا باشد، در این هنگام شخص به رشد رسیده است. در واقع رشید کسی است که خوب و بد زندگی و مصالح آن را می داند و ارزش مال را که یکی از مهمترین موضوعات در زندگی است می شناسد و نحوه هزینه کردن عاقلانه آن را بلد است. با توجه به آیه یادشده و نیز با توجه به دلالت عقل و اقتضای طبیعت، فقها رفع حجر از کودک را مشروط به رسیدن به بلوغ و رشد دانسته اند.

شهید ثانی در شرح لمعه رفع حجر از صغیر را با ظهور یکی از علائم بلوغ به علاوه رشد می داند و رشد را اصلاح مال دانسته است. به گونه ای که اصلاح مال در شخص

اولیه دختران غالباً در نه‌سالگی بالغ می‌شدند و با توجه به سادگی زندگی در آن جامعه عاقل و رشید نیز شناخته می‌شدند. شاید در آن جامعه برای اداره کردن یک زندگی بسیار ساده بدون داشتن وظیفه و مسئولیت، عقل دختر نه‌ساله کافی بوده است، اما امروزه با توجه به پیچیدگی جوامع شهری، عرفاً ملاک‌های تشخیص رشد متفاوت است و سن بلوغ و رشد می‌تواند دو سن متفاوت باشد.

در جوامع ساده و ابتدایی برای اداره کردن زندگی و تشخیص مصالح آن، مهارت‌های کمتری مورد نیاز است. از همین‌روست که معمولاً در جوامع روستایی و ابتدایی سن آمادگی برای ازدواج و اداره کردن زندگی پایین‌تر است. در جوامع پیچیده شهری برای رسیدن به رشد و شناخت مصالح زندگی باید مهارت‌های بیشتری را کسب کرد. با توجه به همین واقعیت است که عرفاً بلوغ آغاز دوره نوجوانی شناخته می‌شود. دوره‌ای که آغاز تغییرات جسمی و تحولات عقلی است و نمی‌توان گفت که بلافاصله هنگام رسیدن به بلوغ جسمی رشد عقلی نیز ظاهر می‌شود. از همین‌روست که در حقوق سن قانونی غیر از سن بلوغ است. حتی در قانون مدنی ایران که نه‌سالگی سن بلوغ دختر دانسته شده اعمال قوانین مدنی مترتب بر سن بلوغ منوط به اثبات رشد شده است. در ماده ۱۲۱ قانون مدنی آمده است: «هیچ‌کس را نمی‌توان بعد از رسیدن به سن بلوغ به عنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد.» در این ماده بنا بر این است که هر کس به سن بلوغ می‌رسد رشید است مگر آنکه عدم رشد او ثابت شود، در حالی که در تبصره دو ذیل همین ماده آمده است: «اموال صغیری را که بالغ شده است در صورتی می‌توان به او داد که رشد او ثابت شده باشد.» در این تبصره اصل ماده نقض می‌شود و در واقع بنا بر عدم رشد بالغ گذاشته می‌شود مگر آنکه رشد بالغ ثابت شود. اگرچه میان اصل ماده و تبصره ذیل آن تناقض وجود دارد، اما به نظر می‌رسد سن بلوغ به‌تنهایی برای اعمال قوانین کافی دانسته نشده و لزوماً فرد با رسیدن به سن بلوغ رشید نمی‌شود. در قانون مجازات اسلامی در ماده چهل‌ونه، اطفال در صورت ارتکاب جرم از مسئولیت کیفری مبری شناخته شده‌اند و در تبصره یک ذیل همان ماده آمده است: «منظور از طفل کسی

ملکه شده باشد،^۱ یعنی شخص عقلاً به توانایی اصلاح مال دست یافته باشد. ممکن است در اینجا این پرسش مطرح شود که آیا برای رفع حجر از کودک فقط رشد عقلی کفایت نمی‌کند؟ پس چرا بلوغ جسمی نیز مطرح شده است. باید در پاسخ گفت که رفع حجر از کودک با انتفای کودکی، مشروط بر عاقل بودن حاصل می‌شود. کودکی با ظهور علائم بلوغ منتفی می‌شود و عقل و رشد نیز با معیارهای عرفی شناخته می‌شود. ممکن است کودکی، به‌دلیل نبوغ فکری پیش از سن بلوغ و پایان دوره کودکی به رشد عقلی برسد. دستیابی به چنین رشدی دلالت بر خروج از دوره کودکی ندارد.

به همین جهت بلوغ به‌عنوان نشانه پایان کودکی برای رفع حجر لازم است، ولی کافی نیست. اگر بلوغ با رشد ضمیمه شود حجر مرتفع می‌گردد.

ممکن است گفته شود با توجه به اینکه می‌توان سن بلوغ را در هر فردی با ظهور علائم آن مشخص کرد، چه نیازی به تعیین سن بلوغ است؟ در پاسخ باید گفت که در برخی موارد تعیین سن بلوغ مفید و کارساز است. مثلاً اگر فردی به رشد عقلی رسیده و در سنی است که همسالان او به بلوغ رسیده‌اند یا سن بلوغ را پشت سر گذاشته‌اند، اما به‌دلایل پزشکی ظهور علائم بلوغ در این فرد به تأخیر افتاده است، باید این فرد را با توجه به سن و رشد عقلی رشید دانست و رشد او را به‌دلیل ظهور علائم بلوغ منتفی ندانست.

حال این پرسش مطرح می‌شود که آیا همواره سن بلوغ و رشد یکی است؟ یعنی آیا افراد همزمان با بالغ‌شدن، رشید نیز می‌شوند؟ در کتب و منابع فقهی در این باره بحث قابل توجهی نشده است و همواره فرض شده که افراد به‌طور طبیعی هنگام بلوغ رشید می‌شوند. به همین جهت تفاوتی میان سن بلوغ و رشد در اقوال فقهای امامیه نمی‌بینیم، در حالی که واقعیت غیر از این است. امروز ممکن است دختران غالباً در سن ۱۲ یا ۱۳ سالگی بالغ شوند، اما نتوان آنان را رشید دانست. شاید در جامعه مسلمانان

۱. شرح‌لمعه، ج ۴، ص ۱۰۲ و ۱۰۱.

است که به حد بلوغ شرعی نرسیده باشد.» در قانون تصریح نشده که منظور قانونگذار از بلوغ شرعی در مورد دختر، نه سال تمام قمری است که در قانون مدنی ذکر شده و پسوند شرعی در آن قید نشده است و یا بلوغ به علاوه رشد، منظور قانونگذار است. اگر منظور قانونگذار این است که دختر با رسیدن به سن نه سال قمری فرد بالغ شناخته شده در صورت ارتکاب جرم مشمول قوانین جزایی می شود، جای بسی شگفتی است، زیرا دختر نه ساله که می توان او را محکوم به انواع مجازات اعم از حدود، قصاص، دیات و تعزیرات کرد که در میان این مجازات ها اعدام نیز وجود دارد نمی تواند قانوناً در انتخابات شرکت کرده رأی دهد و حال آنکه اهمیت انتخابات کمتر از مجازات است. سن شرکت در انتخابات ۱۸ سال است.^۱ معلوم نیست تعیین این سن با توجه به عرف و ظهور علائم رشد در دختران و پسران بوده است یا علت دیگری موجب تعیین این سن شده است. به علاوه می بینیم که برای انجام برخی امور مدنی سن ۱۸ سال تعیین شده است. مثلاً برای افتتاح حساب بانکی، برای گرفتن گذرنامه و یا گواهی رانندگی باید ۱۸ سال تمام داشت. حتی اگر منظور قانونگذار در قانون مجازات اسلامی از بلوغ شرعی، بلوغ به علاوه رشد باشد (چنان که گفتیم فقها میان سن بلوغ و رشد، تفاوتی قائل نشده اند و قانونگذار نیز به آن تصریح نکرده) معلوم نیست سن رشد کدام سن است. آیا اثبات رشد منوط به تشخیص دادگاه و قاضی است یا منوط به عرف؟ آیا امروز بیشتر آحاد جامعه و عقلا دختری با سن هشت سال و نه ماهه شمسی را که کلاس دوم یا سوم دبستان است کودک می شناسند یا رشید؟ آیا رشد این دختر تا آنجاست که بتوان انواع مجازات را بر او اعمال کرد؟ اگر چه همواره فقها در مجازات جانب احتیاط را رعایت می کنند، اما در قانون ایران از احتیاط غفلت شده است. نظریه مشورتی شماره ۷/۴۱۲۹ (۱۳۷۶/۷/۹) اداره حقوقی قوه قضاییه می گوید که در امور کیفری احراز واقعیت لازم است. از این نظریه که به تفصیل بیان شده چنین استفاده می شود که آغاز بلوغ جسمی، سن استحقاق مجازات است تا آنجا که حتی اگر

۱. سن شرکت در انتخابات در دوره های مختلف ۱۵ و ۱۶ سال بوده که در انتخابات مجلس هشتم به ۱۸ سال افزایش یافت.

شناسنامه فرد دلالت بر آن داشت که سن او از سن نه سال در مورد دختر و پانزده سال در مورد پسر کمتر است و قاضی گمان کرد که فرد به بلوغ رسیده، موضوع برای تشخیص به پزشکی قانونی ارجاع می شود. اگر بلوغ او تأیید شد حتی در صورتی که سن او مطابق شناسنامه کمتر از نه سال در دختر باشد، مجازات اعمال می شود. این به آن معناست که قانونگذار حتی نه سالگی را نیز حداقل سن برای اعمال مجازات نمی داند و دوران امر میان بلوغ جسمی پیش از نه سال و نه سالگی است. اگر دختر پیش از نه سالگی بالغ شود مستحق اعمال مجازات خواهد بود، اما اگر پس از نه سالگی بالغ شود همان نه سالگی سن استحقاق مجازات دانسته می شود. این در حالی است که ماده ۲۲۰ آیین دادرسی کیفری و مواد بعدی در بیان قوانین نحوه رسیدگی جرایم اطفال حاکی از آن است که رسیدگی به جرایم افراد بالغ زیر ۱۸ سال سن، در دادگاه اطفال انجام می شود. این به آن معناست که افراد بالغ زیر ۱۸ سال در زمره اطفال شناخته می شوند. آنچه قابل تأمل است این است که حتی در نظریه مشورتی نیز به رشد توجه نشده و بلوغ جسمی در واقع بلوغ شرعی دانسته شده است، حال آنکه در آیه قرآن حتی برای تصرف اموال که اهمیت آن کمتر از اعمال مجازات است رشد شرط اصلی شناخته شده است. باید افزود که عرفاً نیز مردم دختر ۹ ساله را کودک می شمارند و ازین جهت میان عرف و قانون شکاف جدی وجود دارد.

فقها سن بلوغ را سن تکلیف دانسته اند. با توجه به روایات سن بلوغ و تکلیف را سنی می دانند که همه تکالیف اعم از عبادات، حدود، قصاص و مانند آن بر آن مترتب می شود. آنان سن بلوغ را سن استقلال فرد دانسته و شخص بالغ عاقل را مسئول اعمال نیک و بد خود می دانند. غفلت و کم توجهی نسبت به این مهم که ممکن است سن بلوغ و رشد در بسیاری از اوقات و در بسیاری از جوامع متفاوت باشد و همچنین کم توجهی نسبت به این موضوع که حتی سن بلوغ نیز در جوامع و دوره های مختلف ممکن است متفاوت و متغیر باشد، نظر فقها درباره سن تکلیف دختر را بسیار از واقعیت دور کرده است. فقها رشد را عدم سفاقت و جنون دانسته اند و آن را بلافاصله به بلوغ منضم می کنند، یعنی اگر کودک هنگام بلوغ سفیه یا مجنون نبود پس رشید

است. در حالی که رشد معنایی فراتر از این دارد. امروز عرفاً در بیشتر جوامع دختر ۹ ساله کودک خوانده می‌شود و تا سن قانونی و اعمال قوانین و مقررات مدنی و کیفری نسبت به او فاصله زیادی وجود دارد. شاید با توجه به همین واقعیت، نادر فقیهانی مانند فاضل کاشانی به چنین راه‌حلی دست یافته‌اند که برای تکالیف مختلف، سنین مختلف را پیشنهاد کرده‌اند. مثلاً ایشان بلوغ در نماز را با بلوغ در اعمال حد و مجازات متفاوت دانسته است. صاحب جواهر به این نظر فاضل کاشانی شدیداً انتقاد کرده آن را رد می‌کند. وی این عقیده را واضح الفساد می‌داند، چرا که با اجماع فقهای امامیه مخالف است. صاحب جواهر می‌گوید علما با وجود اختلاف در سن بلوغ اجماع دارند که بلوغ رافع حجر، همانا بلوغی است که با آن تکلیف ثابت می‌شود. بلوغی که تکلیف در عبادات بر آن مترتب می‌شود، همان بلوغی است که سایر تکالیف نیز بر آن ترتب می‌یابد.^۱ صاحب جواهر در واقع تأکید می‌کند که همه تکالیف و فرائض اعم از عبادات، حدود و قصاص همزمان مترتب بر سن بلوغ است.

نکته مهم بحث درباره بلوغ رافع حجر است. بلوغی که رشد و عقل باید ضمیمه آن شود. چنان که گفتیم فقها درباره سن رشد بحث جدی نکرده‌اند و سن بلوغ جسمی را بر سن رشد عقلی اولویت داده‌اند. امروزه تصور اینکه دختر نه‌ساله مانند زن چهل‌ساله مشمول قوانین مدنی و جزایی باشد و بتوان او را محاکمه نمود یا عنوان مجرم بر او نهاد و قوانین را درباره او اجرا کرد، بسیار سخت است. حتی اگر سن بلوغ را نیز با توجه به ظهور علائم بلوغ در دختران ۱۲، ۱۳، ۱۴ سال بدانیم باز هم سن بلوغ نمی‌تواند عرفاً سن قانونی باشد.

از همین روست که امروزه حتی در جامعه ایران که مردم نظر فقها را می‌دانند اعمال مجازات‌هایی مانند قصاص، حدود، اعم از اعدام و غیره را درباره دختر نه‌ساله و بالاتر از آن حتی پانزده یا شانزده‌ساله نیز قبیح می‌دانند. اختلاف سنین تعیین شده برای انجام امور مختلف که بیان شد نشان‌دهنده ضرورت بحث پیرامون سن عرفی رشد

۱. جواهرالکلام، ج ۲۶، ص ۴۱.

است. در دادگاه‌ها برای امور مختلف پس از نه‌سالگی دختر، -و نه پیش از آن- بعد از احراز رشد، گواهی رشد صادر می‌شود. این رویه حاکی از این واقعیت است که سن بلوغ و رشد متفاوت است. با این حال باز هم می‌بینیم که در قانون مجازات اسلامی حداقل سن رشد که با سن بلوغ برابر دانسته شده، برای اعمال مجازات تعیین شده است، درحالی که به دلیل عدم اطمینان از رشد در سن نه‌سالگی با توجه به اصل استصحاب و عدم، نباید مجازات بر دختر نه‌ساله اعمال شود. بر این دو اصل باید احتیاط را نیز افزود همچنان که همواره در اعمال مجازات احتیاط از سوی فقها به‌طور خاص مراعی بوده است. باید گفت تعیین حداقل سن رشد برای اعمال مجازات خلاف احتیاط است. شیوه متداول در جامعه ما با توجه به قوانین و مقررات مختلف و تعیین سنین متعدد در امور مختلف بیانگر آن است که سن بلوغ همان سن رشد دانسته نمی‌شود، اما تعیین سن و موضوع مربوط به آن، با توجه به ترتیب اهمیت صورت نگرفته است. مثلاً، برای مهمترین موضوع که اعمال مجازات است کمترین سن تعیین شده است. سن ازدواج برای دختر سیزده سال و سن استقلال کامل و افتتاح حساب بانکی و یا گرفتن گذرنامه هجده سال قانونی دانسته شده است. دادگاه‌ها نیز در سنین مختلف بین ۹ تا ۱۸ سال گواهی رشد صادر می‌کنند. به نظر می‌رسد منطق قابل قبولی بر تعیین سنین یاد شده حاکم نیست و تجدید نظر در این موضوع ضروری است.

شاید همان‌گونه که فاضل کاشانی معتقد بوده مثلاً بتوان سن تکلیف شرعی از نظر وجوب عبادات را متفاوت از سن اعمال قوانین جزایی و مدنی دانست. بدین معنی که سن بلوغ را سن وجوب عبادات بدانیم، چرا که در این صورت زبانی به شخص وارد نمی‌شود (هر چند ممکن است با توجه به عدم اثبات رشد بتوان به وجوب تکلیف اشکال گرفت) و ترتب قوانین مدنی و کیفری را منوط به اثبات عرفی رشد کنیم. در ماده ۱۲۰۹ قانون مدنی پیش از اصلاح آن در جمهوری اسلامی و نیز ماده واحده مربوط به رشد متعاملین مصوب سال ۱۳۱۳، ۱۸ سالگی سن رشد تعیین شده بود. در کنوانسیون بین‌المللی حقوق کودک نیز ۱۸ سالگی پایان دوره کودکی دانسته شده است. جمهوری اسلامی ایران نیز با وجود قوانین جاری، کنوانسیون یاد شده را پذیرفته

است. در هر حال در تعیین سن بلوغ و رشد و حداقل سن برای اشخاص جهت اعمال قوانین بر آنها توجه به عرف ضروری است و نمی‌توان با استناد به عرف معمول جامعه‌ای دیگر، مانند جامعه مسلمانان اولیه قوانین عرفی امروز را وضع کرد.

قضاوت زن

پیش از ورود به بحث قضاوت زن و بیان نظر فقها و ادله آنان، لازم است به بررسی اجمالی وضعیت و جایگاه قضا در جامعه مسلمانان اولیه به‌عنوان مقدمه بحث بپردازیم. همان‌طور که بارها گفته‌ایم مستند فقها سنت رایج زندگی در میان مسلمانان اولیه است. آنها رویه و سنت معمول مسلمانان زمان پیامبر را با‌عنوان تقریر نبوی، حجت می‌دانند، همچنان‌که قول و فعل پیامبر را هرچند در مقام تشریع نبوده، بلکه به‌عنوان یکی از آحاد آن جامعه مرتکب فعل و یا قولی می‌شده حجت شرعی می‌دانند. در جامعه کوچک مسلمانان اولیه اداره امور جامعه نیاز به قوای متعدد نداشت. پیش از ورود پیامبر اسلام به مدینه رؤسای قبایل امور مردم قبیله خود را اداره می‌کردند. پس از حضور پیامبر در مدینه رسول خدا مورد رجوع مردم قرار می‌گرفت. در واقع دو قبیله اوس و خزرج به هم پیوسته یک جامعه را تشکیل دادند. در آن جامعه شخص حاکم اعم از پیامبر و خلفای پس از وی به تدبیر امور مردم می‌پرداخت. بیت‌المال در اختیار حاکم بود و فرماندهی جنگجویان و جهادگران هنگام جنگ برعهده حاکم یا منصوب او بود. مردم هنگام منازعه به حاکم مراجعه می‌کردند و از آنجا که قوانین، مدون و مکتوب نبود حاکم به اجتهاد خود میان طرفین دعوا قضاوت کرده حکم می‌راند.^۱ همه قوا اعم از مقننه، مجریه و قضاییه در شخص حاکم جمع بود. امور مالی و نظامی را نیز او سر و سامان می‌داد. از همین روست که در منابع فقهی در بسیاری از مواقع به‌جای

^۱ -المفصل، جلد ۵، ص ۵۰۵

قاضی از لفظ حاکم استفاده می‌شود. در حقیقت حاکم بر جای قاضی نشسته است. در دعاوی، حاکم، مرجع مردم است، نه قاضی و محکمه.

در آن جامعه کوچک و ساده اداره همه امور یادشده توسط یک نفر ممکن بود. در برخی امور نیز به تدریج حاکم افراد امینی را ازسوی خود منصوب می‌کرد. بارها یادآوری کردیم که در آن جامعه مرد حاکم مطلق بود و زن تحت حمایت و سیطره مرد قرار داشت. این شیوه پیش از ظهور اسلام در میان یهودیان نیز وجود داشت. بنابراین این شیوه را اسلام بنا نکرده است. زن حتی مدیر خانه نیز نبود. تعیین دایه برای نوزاد نیز برعهده پدر بود. زنان در امور اجتماعی و سیاسی به‌طور جدی حضور نداشتند، چرا که مردان حضور آنان را نمی‌پذیرفتند و برای زنان چنین جایگاهی را قائل نبودند. مردان معمولاً با زنان در یک‌جا گرد نمی‌آمدند، زیرا شأن خود را برتر از زنان دانسته و جلوس با آنان را فروتر از منزلت خویش می‌دانستند. حال در چنین جامعه‌ای آیا می‌توان تصور کرد که زن مشاغل و مسئولیت‌هایی مانند حکومت یا قضاوت را برعهده گیرد؟ آیا مردان چنین جایگاهی را برای زن می‌پذیرفتند؟ در چنان مناسباتی پیداست به زنان هیچ مسئولیتی سپرده نمی‌شد. به همین جهت امکان کسب مهارت و رشد اجتماعی نیز برای زنان در حجاز یا وجود نداشت و یا بسیار محدود بود. در بررسی تاریخ زندگی مسلمانان بویژه مسلمانان اولیه به‌ندرت با شرایطی خاص به زنانی برمی‌خوریم که به دلیل ویژگی‌های شخصی خود از ساختار اجتماعی موجود پا را فراتر نهاده‌اند. مثلاً حضرت خدیجه به تجارت و بازرگانی اشتغال داشت و ثروتمند بود، از همین‌رو در میان مردم مشهور و زبانزد بود. مثلاً عایشه همسر پیامبر با توجه به اینکه ام‌المؤمنین بود پس از پیامبر در زمان حکومت علی (ع) با استفاده از شأن خود عده‌ای را گرد آورده و یا شاید عده‌ای با توجه به شأن او گرد وی جمع شدند و جنگ جمل رقم خورد. عایشه در این جنگ سرآمد سپاه مقابل علی بود. در تاریخ مسلمانان نخستین‌بار بود که زنی به چنین اقدامی جسورانه دست می‌زد. اقدامی که با ساختارهای موجود مغایر بود، اما عایشه شکست خورد، زیرا به مصاف بزرگمردی همچون علی آمده بود. در اخبار و روایات گاه می‌بینیم که زنانی

کوشیده‌اند برخی سنت‌های متداول را بشکنند، مانند آنچه در بحث طلاق گفته شد که زنی شرط کرده بود طلاق به‌دست او باشد، اما سنت‌ها آن‌قدر ریشه‌دار و مقاومت بویژه ازسوی مردان آن‌قدر شدید بود که به‌راحتی امکان شکستن آنها وجود نداشت. درباره منصب قضاوت نیز وضعیت همین‌گونه است. قضاوت از شئون حاکم بود، اما نه به‌دلیل وجود قانون در این‌باره، بلکه چنان‌که گفتیم روند ساده و معمول امور این‌گونه اقتضا می‌کرد. در چنین شرایطی بدیهی است که دست‌یافتن زن به منصب قضا و تصور اینکه یک زن بر مسند قاضی و حاکم بنشیند و میان مردان و زنان حکم براند و قضاوت کند تصویری دوردست و غیر ممکن است، زیرا با توجه به اینکه حاکم قاضی نیز بود و مردم قضاوت را از شئون حاکم می‌دانستند و تصور اینکه زن در آن دوره حاکم شود، تصور سختی است، به همین جهت منصب قضا نیز به تبع منصب حکومت از دسترس زن دور بود. یهودیان نیز که در جوار مسلمانان می‌زیستند عقیده داشتند که زن نمی‌تواند دارای منصب قضاوت باشد.^۱ البته در بررسی تاریخ سرزمین حجاز به مواردی نادر برمی‌خوریم که مردان به زنان حکیم مراجعه می‌کردند^۲، اما موارد نادر در تغییر شیوه معمول و باور مردم نسبت به زنان موثر نبود.

۱. گنجینه ای از تلمود، فصل دهم، علم قانون، باب قضاوت و گواهان، ص ۳۰۸.

۲-المفصل، ج ۴، ص ۶۲۰-۶۱۶

بررسی روایات

در منابع فقهی نیز به تبع سنت معمول یادشده، «ذکوریت» یکی از شرایط قاضی شمرده شده است. به این معنا که قاضی باید مرد باشد، اما ادله متقن و قابل توجه برای اثبات این ادعا اقامه نشده است و برخی اخبار و روایات که در این باره نقل شده از نظر سند و دلالت قابل مناقشه است، که برخی از فقهای متأخر نیز آنها را مردود دانسته‌اند، از جمله آیت‌الله موسوی اردبیلی در کتاب *فقه القضاء*^۱. شهید ثانی در شرح لمعه^۲ از کنار این موضوع گذشته و بحثی پیرامون آن نکرده است. به نظر می‌رسد وی فقط به دلیل اشتباه این شرط، صفت ذکوریت را برای قاضی بیان کرده است.

صاحب جواهر نیز که معمولاً موضوعات را به تفصیل مورد بحث و بررسی قرار می‌دهد در این باره به آوردن چند عبارت اکتفا کرده است. از دلایلی که او برای اثبات عدم صلاحیت زن جهت تصدی منصب قضا بر می‌شمارد، علاوه بر برخی روایات که از سنن بیهقی یا بحارالانوار آورده است این است که «زن شایسته همنشینی با مردان و بلند کردن صدای خود در میان آنان نیست»^۳. روشن است که آنچه صاحب جواهر گفته فقط یک عقیده شخصی است که ریشه در فرهنگ و افکار گذشته دارد. این ادعا یک دلیل شرعی یا عقلی نیست، لذا در باره آن بحث نمی‌کنیم. و اما در باره استناد به روایاتی از سنن بیهقی و بحارالانوار باید گفت از آنجا که روایات مندرج در دو کتاب

^۱- فقه القضاء، ص ۸۳

^۲- شرح لمعه، ج ۳، ص ۶۲

^۳- جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۱۹-۲۰

یاد شده بدون بررسی و تفکیک صحیح و ناصحیح آمده است، معمولاً به روایات آنها استناد نمی‌شود و شگفت است که صاحب جواهر دو روایت از این دو منبع را ذکر کرده و بدون بحث درباره سند و دلالت آنها از کنار موضوع عبور کرده است، در حالی که این خلاف شیوه معمول صاحب جواهر است. صاحب جواهر پیرامون روایات دیگر در باره قضاوت زن بحث نکرده و آنها را ذکر نمی‌کند، چرا که به طور جدی قابل استناد نیستند. او خود درباره این روایات معدود نیز می‌گوید حتی با فرض شک درباره دلالت آنها اصل بر عدم اذن است.

مهمترین روایتی که درباره اثبات عدم صلاحیت زن برای منصب قضا به آن استناد می‌شود روایتی است که در وسایل الشیعه آمده و تنها روایت در باب عدم تصدی زن در مسند قضاوت است و آن این گونه است که پیامبر (ص) به علی (ع) وصیت کرد که: «یا علی برای زن نماز جمعه نیست تا آنجا که فرمود و نه تصدی منصب قضا^۱». تنها روایتی که در این باره نقل شده روایت یاد شده است. این روایت چنان که ملاحظه می‌شود صرف نظر از سند آن روایتی ناقص و نارسا است. مفهوم عبارت اول روایت^۲ (لیس علی المرأة جمعه) این است که نماز جمعه بر زن واجب نیست، اما از این عبارت فهمیده نمی‌شود که زن نباید در نماز جمعه شرکت کند و یا آنکه زن از ادای نماز جمعه منع شده است. اگر عبارت^۳ (ولا تولی القضا) را به این عبارت بازگردانیم مفهوم این است که تصدی منصب قضا برای زن واجب نیست. از این عبارت نهی و ممنوعیت فهمیده نمی‌شود. روایات دیگری که صاحب جواهر خود نیز به عدم دلالت آنها واقف بوده و از این رو آنها را ذکر نکرده هیچ یک دلالت بر موضوع (عدم صلاحیت زن برای قضاوت) ندارد، اما اینکه در پایان صاحب جواهر نتیجه گرفته که با فرض شک در دلالت روایات، اصل، عدم اذن است، باز از فقیهی مانند وی خلاف انتظار است، زیرا محروم کردن و ممنوع نمودن اشخاص از تصدی امور مباح نیاز به دلیل دارد و هیچ

۱. وسایل الشیعه، باب ۲ از ابواب صفات قاضی، ج ۲۷، ص ۱۶

۲-جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۲۰-۱۹

۳-همان

دلیل متقنی در ممنوعیت زن از تصدی قضا و حتی حکومت ارائه نشده است. او از اصل عدم برای اثبات ادعای خود استفاده کرده است در حالیکه این اصل، یک اصل عقلی است و نحوه کاربرد آن را نیز عقل تعیین می‌کند. به نظر می‌رسد اصل عدم را برای نفی حقوق نمی‌توان استفاده کرد بلکه در نفی تکلیف می‌توان آنرا به کار برد.

در منابع فقهی می‌بینیم که در زمره شرایط و صفات قاضی به مواردی اشاره می‌شود که امروزه در منصب قضا مطرح نیست. مثلاً از شرایط قاضی حریت و اجتهاد، ذکر شده است. یا در کتاب قضا درباره جواز نصب دو قاضی در یک شهر بحث شده است. یا در بیشتر عبارات به جای کلمه قاضی حاکم آمده است. بدیهی است امروز قضات براساس اجتهاد خود، قضاوت نمی‌کنند و قوانین کشور توسط قوه مقننه وضع می‌شود و قضات موظفند با استناد به آنها قضاوت کنند. بحث درباره جواز یا عدم جواز نصب دو قاضی در یک شهر یا موضوعاتی از این دست مربوط به جامعه کوچک آن روز بوده است. بویژه آنکه در آن زمان قوانین مدون و شیوه یکسان در قضاوت وجود نداشت، به همین دلیل وجود قضات متعدد در یک شهر مشکل ساز می‌شد، اما گسترش جوامع به خودی خود همه این موضوعات را تحت تأثیر قرار داد. بحث پیرامون ذکوریت قاضی نیز، از موضوعاتی است که در فرهنگ متداول حجاز پیش از اسلام ریشه دارد که پس از اسلام نیز همچنان ادامه یافت، مانند بسیاری از سنن دیگر. چنان که پیشتر ذکر کردیم قرن‌ها پیش از ظهور اسلام عقیده یهودیان نیز بر این بود که زن نمی‌تواند قاضی باشد^۱ و آنان با این عقیده قرن‌ها در کنار اعراب حجاز می‌زیستند. مبنای وضع قوانین مدنی علم، عقل، عرف و تجربه بشری است. قوانین مدنی مرسوم میان اعراب پیش و پس از اسلام نیز بر همین مبانی استوار بوده و از این رو در بیشتر موارد از اعتراض شارع دور مانده در واقع شارع این روند قانونگذاری را از سوی بشر تأیید کرده است. این بدان معنا نیست که جوامع گوناگون در اعصار و قرون مختلف باید در قانونگذاری متوقف باشند و همان قوانین مرسوم مسلمانان اولیه را اجرا

۱-گنجینه ای از تلمود، ص ۳۰۷

کنند. قضاوت نیز از موضوعات مدنی است و هدف از آن برقراری نظم و عدالت در جامعه است. امروزه دیگر حاکم، همزمان، همه قوا را در اختیار ندارد. تجربه بشری در اصلاح نظام سیاسی به اینجا رسیده که برای جلوگیری از استبداد، دیکتاتوری و فساد باید قوا از یکدیگر جدا شوند. نه تنها همه قوا نباید در دست یک نفر باشد، بلکه قوا نباید در یکدیگر تداخل داشته باشند. امروز در ایران بر مبنای روش معمول در میان مسلمانان اولیه برخی را عقیده بر این است که منصب قضا از شئون حاکم است. از همین رو طبق قانون اساسی نصب رئیس قوه قضاییه بر عهده رهبری است^۱ و عقیده بر این است که دیگر قوا، یعنی مقننه و مجریه نیز در واقع ابزار در اختیار رهبری است.

مسلماً برقراری نظم و عدالت از وظایف و مسئولیت‌های هر حکومتی است و اصولاً هدف مردم از تشکیل حکومت و تفویض اختیارات به دستگاه حاکمه همانا برقراری نظم، عدالت و امنیت است. بدیهی است هر حکومتی برای برقراری نظم و عدالت به قوه قضاییه نیازمند است و از این رو قضا از لوازم حکومت است، اما نه از شئون حاکم.

آنچه درباره عدم صلاحیت زن برای تصدی منصب قضا در کتب فقهی آمده بیشتر از آنچه بیان شد نیست. فقها قیام بر امر قضا را واجب کفایی می‌دانند. با شیوه استدلال فقها حداکثر می‌توان از دلایل موجود که چندان نیز مفید فایده نیست چنین فهمید که قیام بر امر قضاوت برای زنان واجب نبوده است، اما از این معنا به هیچ وجه عدم اذن و منع فهمیده نمی‌شود. روشن است که شرایط جامعه مسلمانان اولیه به هیچ وجه آمادگی نداشت که زنی بر مسند حاکم و قاضی بنشیند. شیوه مرسوم آن روزگار بدون دلیل قرآنی و حتی بدون وجود دلیلی محکم و موجه درست، آن چنان به منابع فقهی سرایت کرده که چنین شهرت یافته است که اسلام زن را از قضاوت منع کرده است، حتی این سخن بی‌دلیل تا آن حد شهرت یافته که گویا تصدی زن بر منصب قضا و یا واگذاری منصب قضا به زن حرام است! بحث قضا در کتب فقهی شامل صفات قاضی

و میزان علم او نسبت به علوم گوناگون از جمله صرف و نحو و کلام و غیره نیز می‌باشد^۱ که بسیاری از آنها امروز برای تصدی منصب قضا ضروری نیست. همچنین در باب قضا پیرامون کیفیت حکم بحث شده که شامل آیین ابتدایی دادرسی است. امروزه آیین دادرسی نیز بسیار تغییر کرده و قوه قضاییه و دادگاه‌ها براساس آنچه در فقه آمده اداره نمی‌شود. به علاوه موضوعات مطروحه در باب قضا موضوعاتی نیست که ذیل احکام شرعی قرار گیرد، چرا که موضوعات مربوط به قضا همواره باید مورد مطالعه قرار گرفته، با پیشرفت علم و تجربه تغییر و تحول یابد. در میان این مجموعه متغیر نمی‌توان به شرط ذکوریت یا عنوان یک شرط تغییر ناپذیر برای قاضی استناد کرد؟ هنوز براساس آنچه در فقه آمده زن نمی‌تواند در ایران به عنوان قاضی منصوب شود فقط به این دلیل که در میان مسلمانان اولیه زن هرگز قاضی نبوده و یا دیگر مناصب حکومتی را دارا نبوده است. بدین ترتیب نه تنها زن از تصدی منصب قضا، بلکه از تصدی دیگر مناصب حکومتی نیز محروم شده است. بر پایه و اساس تفکر یادشده زن نمی‌تواند رئیس‌جمهور شود، زن نمی‌تواند رهبر شود و حتی نمی‌تواند برای انتخاب رهبر عضو مجلس خبرگان رهبری شود. این حقوق در حالی از زن سلب می‌شود که هیچ مستندی در قرآن ندارد و چنان که دیدیم منشأ آن در سنت نیز شیوه معمول مردم بوده که این شیوه متأثر از شرایط اجتماعی و جایگاه زنان بوده است نه شرع. اگر آیات قرآن را نیک مورد بررسی قرار دهیم می‌بینیم که برخلاف نظر فقها زن، حتی از بالاترین منصب که حکومت است نیز منع نشده است. چنان که شارع تصدی منصب حکومت از سوی بلقیس را تقبیح نکرده است^۲.

^۱ -شرح لمعه، ج ۳، ص ۶۲

^۲ -قرآن، ۲۷:۲۳

^۱ -قانون اساسی جمهوری اسلامی اصل ۱۱۰، بند ۶

شهادت زن

در میان مردم چنین شهرت یافته که در اسلام شهادت و گواهی زن قابل قبول نیست. آیا واقعیت به راستی چنین است؟

پیش از بررسی موضوع از دیدگاه فقها باید اشاره کنیم همچنان که در بحث قضاوت گفتیم یهودیان که در کنار مردم حجاز می‌زیستند، از قرن‌ها پیش از ظهور اسلام زن را شایسته برای شهادت دادن نمی‌شناختند و گواهی او را نمی‌پذیرفتند.^۱ حال با مروری بر فقه امامیه و بیان نظر برخی فقهای مشهور به بررسی موضوع می‌پردازیم. شهید اول در کتاب لمعه ذکوریت را از جمله شرایط شاهد ذکر نکرده و حال آنکه شهید ثانی در شرح لمعه ذکوریت را در شمار شرایط آورده است.^۲ شهید اول از آن‌رو ذکوریت را نیاورده که در فقه اثبات برخی دعاوی با شهادت زنان چه به تنهایی و چه به انضمام مردان قابل قبول است و شهید ثانی از آن جهت ذکوریت را آورده که اصل در فقه همانا شهادت مردان است. در کتب فقهی، جرایم و دعاوی با توجه به قبول و عدم قبول، شهادت زن، به سه دسته تقسیم می‌شود:^۳

۱- برخی امور فقط با شهادت مردان قابل اثبات است و شهادت زنان در این موارد پذیرفته نیست مانند ارتداد و طلاق.

۲- در برخی جرایم و دعاوی شهادت زنان به انضمام مردان پذیرفته می‌شود، مانند

۱. گنجینه‌ای از تلمود، فصل دهم، علم قانون، گفتار پنجم در باب قضاوت و گواهان، ص ۳۰۸.

۲- شرح لمعه، ج ۳، ص ۱۲۵

۳- شرح لمعه، ج ۳، ص ۱۴۱-۱۴۰

زنای موجب جلد که با شهادت دو مرد و چهار زن (به جای دو مرد) و در زنای موجب رجم سه مرد و دو زن (به جای یک مرد) نیز جرم ثابت می شود. همچنین در باره دیون و اموال و جنایت موجب دیه، نیز شهادت یک مرد و دو زن پذیرفته می شود. شهادت دو زن همراه با سوگند مدعی نیز در موارد مالی قابل قبول است.

۳- در پاره‌ای از دعاوی شهادت زنان به تنهایی قابل قبول دانسته شده است مانند شهادت بر ولادت کودک یا عیوب زنان که موجب فسخ نکاح می تواند باشد و یا در وصیت نسبت به مال^۱. درباره این قسم از دعاوی معیاری که از روایات به دست می آید این است که مواردی که اطلاع مردان از آنها ممکن نیست و یا سخت است با شهادت زنان ثابت می شود.

با توجه به آنچه که گفته شد معلوم می گردد که شهادت زن به جهت زن بودن او رد نشده و برخلاف آنچه شهرت یافته شهادت زن به طور مطلق مردود دانسته نشده است. آنچه در کتب فقهی در باب شهادت زنان قابل توجه است، دو مورد زیر است:

۱- در برخی موارد شهادت زن پذیرفته نمی شود.

۲- شهادت دو زن برابر است با شهادت یک مرد.

با توجه به اینکه شهادت زن در اصل رد نشده به بررسی دو مورد فوق الذکر می پردازیم.

مواردی که شهادت زن پذیرفته نیست

چنان که بیان کردیم در پاره‌ای موارد شهادت زنان اصلاً قابل قبول نیست و فقط شهادت مردان پذیرفته می شود. این موارد چنان که در کتب فقهی ذکر شده عبارتند از: ارتداد، قذف،^۱ شرب خمر، حد سرقت که قطع دست است، اسلام یعنی مسلمان شدن یا مسلمان بودن شخص، بلوغ جرح و تعدیل شاهد، طلاق، خلع، عفو از قصاص، وکالت، نسب و رؤیت هلال ماه. در مقابل در پاره‌ای موارد شهادت زنان پذیرفته شده است مانند: برخی حدود، قتل، وصیت، نکاح، ولادت^۲ و...

پیش از بررسی این موضوع که چرا در برخی موارد شهادت زنان را نپذیرفته‌اند و در برخی موارد شهادت زنان جایز شمرده شده است، کمی درباره شهادت و جایگاه آن در قرآن و فقه بحث می کنیم. شهادت به زبان ساده علم و اطلاع یافتن مستقیم و بی واسطه نسبت به فعل و اقدام شخص دیگر و بیان آن هنگام ضرورت است. در واقع شاهد کسی است که هنگام وقوع فعل یا واقعه‌ای در صحنه حضور دارد و مآوقع را می بیند و می شنود. بنابراین شاهد باید مآوقع را دیده یا شنیده باشد تا بتواند آن را بیان کند. شهادت دارای دو جزء است که عبارتند از تحمل و ادا. تحمل شهادت همانا حضور داشتن هنگام وقوع فعل و علم یافتن نسبت به مآوقع به صورت مستقیم و بی واسطه است. ادای شهادت، یعنی بیان مشاهدات و شنیده‌ها.

بسیار اتفاق می افتد که افراد در امور زندگی خود به حضور شاهد نیاز پیدا

۱. قذف نسبت فحشا دادن به دیگری است.

۲- شرح لمعه، ج ۳، ص ۱۴۲

۱- شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، جلد ۴، ص ۱۳۷.

می‌کنند. مثلاً دو نفر معامله‌ای را انجام می‌دهند و از افرادی به‌عنوان شاهد دعوت می‌کنند که هنگام معامله حضور داشته باشند. فایده حضور شاهد در برخی امور هنگام بروز اختلاف آشکار می‌شود. از همین رو برخی افراد هنگام انجام پاره‌ای اقدامات خود از کسانی برای تحمل شهادت دعوت می‌کنند. قرآن کریم در آیه ۲۸۲ سوره بقره از مردم دعوت می‌کند که هنگام معامله یا قرض دادن به یکدیگر افرادی را برای شهادت دعوت کنند. در این رابطه قرآن می‌فرماید: «و لا يَأْبَ الشَّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا»، یعنی هنگامی که کسانی برای تحمل شهادت دعوت شدند از این کار خودداری نکنند. در آیه بعد درباره ادای شهادت می‌افزاید: «ولا تكتُموا الشهاده و من يكتُمها فانه آثمٌ قلبه و الله بما تعملون عليم»، یعنی شهادت را کتمان نکنید و هرکس که شهادت را کتمان کند، پس قلب او گناهکار است و خداوند به آنچه می‌کنید داناست. خداوند مردمان را برای کمک به یکدیگر و جلوگیری از تضییع حق یکدیگر به تحمل شهادت و ادای آن دعوت می‌کند و تأکید می‌کند که اگر شاهد بودید شهادت خود را پنهان و کتمان نکنید، چرا که ممکن است با کتمان شهادت حق کسی ضایع شود، یعنی اگر برای تحمل و یا ادای شهادت دعوت شدید اجابت کنید. گاه افراد با دعوت قبلی شاهد واقعه‌ای می‌شوند و بدین ترتیب خود می‌پذیرند که شاهد باشند، در این صورت هرگاه برای ادای شهادت دعوت شدند باید اجابت کنند. گاه افراد بدون آنکه برای تحمل شهادت دعوت شده باشند به‌طور تصادفی شاهد واقعه‌ای می‌شوند. مثلاً کسی از جایی عبور می‌کند، می‌شنود که فردی به دیگری ناسزا گفت، یا در محلی حضور دارد ناگهان جنایتی در آنجا واقع می‌شود. در این موارد شاهد برای ادای شهادت مختار است، اما تأکید شده است که اگر با خودداری از ادای شهادت حق مظلوم ضایع می‌شود شاهد باید شهادت بدهد. حال با توجه به مطالبی که بیان شد و نیز با توجه به شرایط اجتماعی مردم مدینه و عرف و فرهنگ متداول در میان آنان و بینش معمول نسبت به زن این پرسش را مطرح می‌کنیم که اگر در آن جامعه مردم برای افعال و اعمال خود می‌خواستند شهودی را انتخاب کنند آیا ترجیح می‌دادند که شهود آنان از میان مردان باشند یا زنان؟ پر واضح است که بر مبنای فرهنگ رایج، انتخاب

مردان برای تحمل شهادت ترجیح داشته است. بویژه آنکه زنان معمولاً در بیرون خانه اشتغال نداشتند و از این رو نیازی به دعوت شهود پیدا نمی‌کردند، بلکه معمولاً مردان که به انجام معاملات و دیگر امور اشتغال داشتند نیازمند احضار شهود می‌شدند. بدیهی است در آن جامعه مردان بدون احساس ضرورت هیچ‌گاه از زنان برای تحمل شهادت دعوت نمی‌کردند و شاید این اقدام را پسندیده نمی‌دانستند. از آنجا که مردان علاقه نداشتند که زنان برای تحمل شهادت احضار شده از خانه بیرون روند از این رو ادای شهادت را نیز از سوی آنان روا و پسندیده نمی‌دانستند، مگر در مواردی که ضرورت وجود داشت و احقاق حق منوط به ادای شهادت زن بود. در مواردی که اطلاع یافتن مردان ممکن نبود، در صورت نیاز به شهادت، شهادت زنان پذیرفته می‌شد، اما در دیگر موارد یا شهادت زنان مقبول نبوده یا همراه با مردان پذیرفته می‌شد، چرا که زنان دارای استقلال نبودند.

به‌علاوه شهادت‌دادن در برخی امور دارای عوارض و تبعاتی است که، این نکته به‌طور جدی قابل تأمل است. مردان راغب نبودند که زنانشان در اموری که امکان بروز اختلافاتی در آنها وجود داشت برای تحمل شهادت دعوت شده، به ناچار برای ادای شهادت نیز دعوت شوند. همچنین مردان راغب نبودند که زنانشان در اموری شهادت دهند که خطرات و عوارض ناگواری را به دنبال دارد مانند شهادت بر جنایتی که موجب قصاص است. در وسایل الشیعه از امام رضا(ع) درباره علت عدم قبول شهادت زنان در طلاق و رؤیت هلال ماه پرسیده شده که پاسخ آن حضرت چنین است: "زنان به دلیل ضعف بینایی و جانبداری از یکدیگر، شهادت شان در رویت هلال ماه و طلاق، جایز نیست. اما هنگام ضرورت مانند شهادت قابله (بر ولادت نوزاد) و شهادت بر آنچه که جایز نیست مردان آن را ببینند شهادت شان قابل قبول است. (جایز بودن شهادت زنان هنگام ضرورت) مانند ضرورت جواز شهادت اهل کتاب است، هنگامی که کسی جز آنان شاهد نبوده است و مانند شهادت کودکان بر

قتل است هنگامی که جز کودکان کسی شاهد قتل نبوده است^۱. هر چند معلوم نیست چرا در روایت، زنان به ضعف در بینایی وصف شده اند اما به هر حال بیان این علل در روایت یادشده و مقایسه شهادت زنان با کودکان و یا اهل کتاب و پذیرش آن هنگام ضرورت به خوبی بیانگر فرهنگ متداول در میان مردم و شرایط اجتماعی حاکم در آن زمان است. فارغ از بحث در باره میزان اعتبار سند و محتوای این روایت، نکته قابل توجه اینست که در این دست از روایات، دلیل عدم قبول شهادت زن، مخالفت آن با اسلام و شرع دانسته نشده، بلکه به فراخور عرف و فرهنگ زمان دلایلی ذکر شده است.

ضرورت در شهادت هنگامی به وجود می آید که واقعه ای پیش آید و زن یا زنانی به طور اتفاقی شاهد باشند یا به تنهایی یا در کنار مردان و یا آنکه شخصی نیاز به احضار شاهد برای تحمل شهادت دارد و دو مرد حضور ندارند و از این رو از زنان به تنهایی یا همراه مردان برای تحمل شهادت دعوت می کنند. در مواردی که می توان از پیش شهود را انتخاب کرد و از آنان برای تحمل شهادت دعوت کرد و اضطراب در میان نیست، شهادت زنان مورد قبول شناخته نشده است، مانند طلاق یا وکالت. در این موارد مردان می توانند با خاطری آسوده شهود خود را انتخاب کنند و ضرورتی برای انتخاب زنان وجود نداشته. در مواردی مانند وصیت هنگام فوت وصیت کننده با توجه به وجود اضطراب اگر فقط زن یا زنانی شاهد بوده اند، شهادت آنان رد نشده است. اگرچه روایات در این باره متفاوت است. درباره زنا با توجه به اینکه شهود برای تحمل شهادت دعوت نمی شوند، بلکه آنان به طور اتفاقی شاهد فعل بوده اند شهادت زنان در کنار مردان پذیرفته شده است.

البته در این گونه موارد شهود ملزم به ادای شهادت نیستند، از این رو با توجه به این نکته و نیز تبعات ناگواری که می تواند بر این گونه شهادت ها مترتب شود، در جامعه مسلمانان اولیه زنان را از ادای شهادت در این موارد به تنهایی منع می کردند. از بررسی

مجموع آنچه در روایات پیرامون قبول و عدم قبول شهادت زن با الفاظ گوناگون مانند جواز و عدم جواز و... آمده است به دو نتیجه زیر می توان دست یافت:

۱- مردم با اعمال محدودیت در قبول شهادت زنان مجبور می شدند برای اموری که برای انجام آن وقت کافی دارند مردان را به عنوان شاهد (برای تحمل شهادت) دعوت کنند.

۲- آنجا که زنان برحسب اتفاق یا ضرورت شاهد قرار گرفتند، شهادت آنها در صورتی که خطرات و تهدیدات و عوارض ناشی از شهادت در حداقل ممکن بود مورد قبول قرار می گرفت. یا در شرایطی شهادت آنان پذیرفته می شد که بدون وجود شهادت آنان حق مظلوم قابل تأدیه نبود.

بازدارندگی در دعوت از زنان برای تحمل و ادای شهادت با فرهنگ و عرف جامعه مسلمانان آن روزگار هماهنگی کامل دارد. از این بازدارندگی که ریشه ای عرفی و اجتماعی دارد، نمی توان استنباط کرد که اسلام زن را برای شهادت صالح نمی داند. شهادت موضوع شرعی نیست که حکم شرعی بر آن مترتب شود. ترتب قوانین و مقررات بر این فعل عرفی است.

۱. وسائل الشیعه، باب ۲۴، از شهادت، روایت شماره ۵۰.

شهادت، راه رسیدن به علم

شهادت فی نفسه و به خودی خود ارزش ندارد، اما هنگام بروز اختلاف و یا وجود ابهام، طریقی است برای کشف حقیقت. از همین روست که مستند شهادت، علم قطعی دانسته شده است، بدان معنی که شاهد فقط در صورتی باید شهادت دهد و نیز شهادت او فقط در صورتی قابل قبول است که شهادت او بر اساس علم و اطلاع قطعی باشد. در قضاوت نیز مستند قاضی، علم قطعی است. یعنی قاضی هرگز نباید قبل از رسیدن به علم نسبت به موضوع، اقدام به صدور حکم کند. چنین حکمی باطل است. شهادت یکی از راههایی است که می تواند به قاضی برای رسیدن به علم کمک کند. گاهی نیز ممکن است شهادت مخدوش باشد و یا به دلایل دیگر قاضی را قانع نسازد. حال اگر قاضی با شهادت زن یا زنانی به علم برسد آیا علم او برای صدور رأی نافذ است یا نه؟ در منابع فقهی اگر چه برای شهادت شرایطی ذکر شده و چنان که گفتیم در برخی موارد شهادت زنان مردود شناخته شده است، اما از سوی دیگر، قاضی برای تحصیل علم قطعی مجبور به پذیرش شرایط یادشده نگردیده است. قاضی مجبور نیست علم خود را فقط از طریق (بینه) شهود با شرایط ذکر شده و یا اقرار به دست آورد. قاضی می تواند علم خود را از راه های دیگری نیز تحصیل کند. زیرا هدف اصلی کشف حقیقت و احقاق حق است و هر وسیله معقولی که به قاضی برای کشف حقیقت یاری رساند قابل قبول است. اگر در برخی روایات اشاره شده که قضاوت باید با استناد به شهادت یا سوگند و یا اقرار باشد مقصود، محدود کردن راه کشف حقیقت به موارد یاد شده نیست بلکه تاکید این روایات بر این نکته مهم است که قاضی نباید

خود سرانه و بدون تحقیق و تحصیل علم قضاوت نماید. راه های مورد اشاره در روایات راه های شناخته شده و متعارف برای کشف حقیقت در آن زمان بوده است و از روایات چنین فهمیده نمی شود که راه های رسیدن به علم برای قاضی محدود به این راه هاست. در روایتی از قول پیامبر چنین آمده است: «انما اقضی بینکم بالبینات والایمان»^۱ (همانا من در میان شما با شهود و سوگند قضاوت می کنم). به نظر می رسد پیامبر در صدد تاکید بر این نکته مهم است که حتی من که پیامبرم خودسرانه و بی دلیل قضاوت نمی کنم بلکه قضاوت من نیز با استناد به دلایل و بر اساس تحقیق است. امروزه راه های دیگری نیز مورد استفاده قاضی قرار می گیرد، راههایی مانند آزمایشات پزشکی، انگشت نگاری، کارشناسی اسناد و مدارک و... تمام این راهها ابزار هائی برای کشف حقیقت اند و به خودی خود در کار قضاوت اصالت ندارند. بنا بر این تاکید بر جنسیت شاهد معقول و موجه به نظر نمی رسد.

۱- فرض کنیم در اموری که براساس فقه امامیه شهادت زنان مقبول شناخته نشده قاضی با شهادت یک یا چند زن به علم قطعی دست یافت. آیا در این صورت قاضی می تواند بر مبنای علم قطعی خود رأی صادر کند؟ در پاسخ باید گفت دلیلی وجود ندارد که بتوان قاضی را از صدور رأی در این شرایط منع کرد. در حقیقت چنان که گفتیم شهادت طریقی عرفی برای وصول قاضی به علم و کشف حقیقت است. شرایط و جوانب این طریق عرفی نیز عرفی است. حجیت قول ثقة در کلیت خود شامل زن و مرد می شود. بینه نیز که در روایت پیامبر اسلام به آن اشاره شد، به معنی حجت و دلیل واضح است و در شرع نیز به همین معنی لغوی استعمال شده و دلیلی وجود ندارد که آن را به نوع خاصی از دلیل یا شهادت مرد منحصر کنیم. اگر بینه به شاهد اطلاق شده از آن روست که در گذشته مهمترین دلیل، شاهد بوده است. اصل، بدون تردید، دستیابی به علم قطعی است. راه رسیدن

به این علم را نمی توان محدود کرد. در فقه و روایات نیز این راه، محدود و منحصر به بینه با شرایط یادشده و یا اقرار، نشده است. گاه ممکن است قاضی با شهادت دو مرد به علم نرسد، ولی با شهادت یک زن به علم قطعی دست یابد. در بررسی روایات موجود در این باب گاه به تعارضات چشمگیر و قابل توجهی برمی خوریم. تعارضاتی که ما را وامی دارد، در استنباط قوانین از این روایات و نسبت دادن آن به اسلام جداً تأمل کنیم. مثلاً در روایتی از امام رضا پرسیده شده است که آیا شهادت زنان در ازدواج بدون آنکه مردی با آنان باشد قابل قبول است؟ امام پاسخ می دهد نه.^۱ در روایت دیگر از علی (ع) آمده است: شهادت زنان در طلاق، نکاح و حدود جایز نیست،^۲ درحالی که در روایت دیگری شهادت دو زن در نکاح پذیرفته شده است^۳ و استناد آن به عمل حضرت علی است که شهادت دو زن را در نکاح پذیرفت.

درباره قصاص و قتل نیز روایات متعددی وجود دارد. در برخی از آنها شهادت زن مردود شناخته شده است. فقها با استناد به روایات موجود، شهادت زن در جنایت موجب قصاص را جایز نمی دانند و فقط در جنایت موجب دیه شهادت زن را قابل قبول می دانند. در روایتی با استناد به قول حضرت علی (ع) که فرمود «خون مسلمان نباید هدر شود». شهادت زن را در قتل جایز دانسته است.^۴

هدف از شهادت همان طور که پیشتر اشاره شد اثبات حق مظلوم است و شهادت یکی از راه های وصول به این مقصود است. هر چه حق مهم تر باشد برای وصول به حقیقت بیشتر باید تلاش شود. مثلاً اگر کسی به قتل رسیده باشد، شناخت قاتل با استفاده از همه امکانات موجود برای جلوگیری از هدر رفتن خون مظلوم ضروریست.

۱. وسایل الشیعه، روایت ۳۹، از باب ۲۴ کتاب شهادت

۲. همان، روایت ۴۱.

۳. همان، روایت ۳۵.

۴. همان، روایت ۱.

^۱ - وسایل الشیعه، ج ۲۷، کتاب القضاء، ابواب کیفیه الحکم، ص ۲۳۲، حدیث ۱.

فرض کنیم در قتل فقط یک یا دو زن شاهد است آیا از شهادت این زنان برای روشن شدن حقیقت نمی‌توان استفاده کرد؟ اگر اصل، در اقامه عدل و قضا کشف حقیقت و قضاوت بر مبنای علم قطعی باشد، عدم پذیرش شهادت زن بی‌وجه و غیراصولی است.

فقه‌ها کوشیده‌اند روایات گوناگون را که در آنها اختلاف وجود دارد با یکدیگر به نحوی جمع کنند. به همین جهت در آنجا که شهادت زن در قتل پذیرفته نشده آن را حمل بر قتل عمد دانسته‌اند که موجب قصاص است. در جایی که شهادت زن در قتل پذیرفته شده آن را بر قتل خطایی حمل کرده‌اند که موجب دیه است، در حالی که توجه به ملاک احقاق حق مظلوم و به هدر نرفتن خون مظلوم که از قول علی (ع) نقل شده اقتضا می‌کند که قتل عمد مهمتر از قتل خطایی شمرده شود. آیا خون مظلوم در قتل خطایی به هدر می‌رود و در قتل عمد به هدر نمی‌رود؟ آیا شهادت زن در قتل خطایی مانع ابطال خون مسلمان می‌شود و در قتل عمد نمی‌تواند چنین نقشی را ایفا کند؟ از این نظریه فقها که شهادت زن در جنایت موجب دیه مورد قبول و در جنایت موجب قصاص مردود است، می‌توان دو برداشت کرد:

- برداشت اول آنکه قاضی باید ابتدا تشخیص دهد که جنایت عمدی است یا خطایی، که براساس آن شهادت زن را رد یا قبول کند. پر واضح است که این برداشت منطقی نیست، زیرا شهادت خود، راهی است برای دستیابی قاضی به علم. اگر قاضی بدون استماع شهادت به علم برسد، دیگر نیازی به شهادت نیست.

- برداشت دوم آنکه شهادت زن استماع می‌شود، اما قاضی نمی‌تواند براساس شهادت زن جانی را به قصاص محکوم کند. حتی اگر جنایت عمدی باشد و نهایتاً آنچه بر شهادت زن مترتب می‌شود، دیه است. بر این برداشت نیز اشکالات بزرگتری وارد است. اشکال اول آنکه قاضی براساس علم خود رأی می‌دهد و اگر به نتیجه رسید که جنایت عمدی است ولو با شهادت زن نمی‌تواند مجرم را به مجازات قتل خطائی محکوم کند.

اشکال دوم آنکه اگر با تشخیص عمدی بودن جنایت، مجرم به مجازات جنایت

خطایی محکوم شود، حق مظلوم و خون او تضییع می‌شود و این با هدف نهایی قضاوت و شهادت که همانا اقامه عدل و احقاق حق است منافات دارد.

به نظر می‌رسد در رابطه با روایات موجود علاوه بر در نظر گرفتن مقتضیات و شرایط عرفی باید به نکته‌ای دیگر نیز توجه کرد و آن اینکه جزئیات و جوانب هر موضوعی در اظهار نظر پیرامون آن دارای اهمیت است. هر دعوا ویژگی‌های خاص خود را دارد. همان‌طور که در دادگاه‌ها جزئیات هر پرونده با پرونده دیگر متفاوت است. در روایات همه جزئیات و جوانب موضوع ذکر نشده است. توجه محض به نتیجه، بدون اطلاع از جزئیات و استنتاج قوانین فقهی و شرعی از این دست روایات، بطور جدی قابل مناقشه است.

مسلمانان اولیه با توجه به عرف متداول و سنت کهن خود مایل نبودند از زنان در شهادت استفاده کنند. همچنان‌که مردان در اغلب امور حاضر نبودند زنان را در کنار خود قرار دهند. تغییر این سنت می‌بایست به‌طور تدریجی اتفاق بیفتد. تقلید محض از سنت‌های کهن منطقی نیست و در بسیاری از موارد می‌تواند مشکل آفرین باشد.

به مرور روند زندگی بشر و متعلقات آن تغییر می‌کند و این تغییر و تحول اجتناب‌ناپذیر است. امروز در ایران و بسیاری از جوامع دیگر، مردم دارای چنین بینشی نیستند که شهادت زن را نپذیرند. ممکن است از زنان برای تحمل و ادای شهادت دعوت شود. در چنین عرفی آیا می‌توان به شهادت زنان بی‌اعتنا بود؟ و در قضا بر شهادت زن خط بطلان کشید؟ عدم‌پذیرش شهادت زن با اقامه عدل، احقاق حق و دفع زیان از مظلوم منافات دارد. چنان‌که گفتیم مسلمانان اولیه به تبع عرف و فرهنگ خود مایل نبودند زنان را برای تحمل شهادت دعوت کنند تا بدین ترتیب مجبور نشوند آنان را برای ادای شهادت فراخوانند. مسلماً شاهد بودن و شهادت دادن زحمات و تبعاتی را به‌دنبال دارد. بحث پیرامون پذیرش و عدم‌پذیرش شهادت زن از این‌رو نیست که بخواهیم وظیفه و مسئولیتی را برعهده زنان بگذاریم. بحث در ماهیت شهادت و اعتبار شخصیت و نقش زن در اقامه عدل و احقاق حق مظلوم است. مسلمانان اولیه از زن فقط هنگام ضرورت در شهادت استفاده می‌کردند. این خود گویای آن است که اسلام شهادت زن را مردود نمی‌داند و محدودیت‌هایی که در شهادت زن مطرح شده تماماً عرفی است.

مفهوم عدم جواز شهادت زن

اینکه گفته می‌شود مثلاً شهادت زن در طلاق یا وکالت یا جنایت موجب قصاص و مانند آن جایز نیست چه معنایی دارد؟ آیا مقصود این است که زن نباید برای ادای شهادت حاضر شود؟ آیا مقصود این است که با استناد به شهادت زن، قاضی نمی‌تواند رأی صادر کند، حتی اگر شهادت زن برای قاضی مفید علم قطعی باشد؟

اگر عدم جواز را این‌گونه معنا کنیم، راههای احقاق حق را بی‌دلیل محدود کرده و اقامه عدل را مخدوش ساخته‌ایم. چنان‌که مثال زدیم فرض کنیم فقط یک زن شاهد قتل بوده است یا فقط یک زن شاهد عقد وکالت بوده است. آیا در این صورت می‌توان به شهادت زن بی‌اعتنا بود ولو به بهای اتلاف حق مظلوم؟ مسلماً عدم جواز در روایاتی که ناظر بر قوانین مدنی و کیفری است مفهوم حرمت ندارد، یعنی اقامه شهادت زن قطعاً حرام نیست. بهره‌گیری از این شهادت نیز حرام نیست و اگر قاضی با توجه به شهادت زن به علم برسد و رأی دهد، رأی او نافذ و معتبر است. بنابراین جواز و عدم‌جواز در این دست روایات مفهوم عرفی دارد و ناظر بر فرهنگ و بینش متداول مردم است. امروز روند بسیاری از امور تغییر کرده است. مثلاً امروزه کسی حق ندارد، شخصاً با احضار دو شاهد اقدام به طلاق همسر خود کند. طلاق بدون طی روند قانونی و ثبت رسمی معتبر نیست. امروز اگر کسی بخواهد برای انجام کاری دیگری را وکیل کند، نیاز به احضار دو شاهد برای انجام این کار نیست. وکالت باید در دفاتر ثبت اسناد رسمی به ثبت برسد. روند امور مدنی و حل‌وفصل دعاوی و وضع قوانین برای ایجاد نظم و عدالت برپایه علم، تجربه و عرف است. به همین جهت می‌بینیم که

شهادت دو زن در مقابل یک مرد

در بررسی منابع فقهی می‌بینیم که هر جا شهادت زن پذیرفته شده دو زن در ازای یک مرد معتبر شناخته شده است. آیا این موضوع دارای ریشه اسلامی و شرعی است؟ یا منشأ آن عرفی است؟

شاید تا اینجا برای خواننده گرامی روشن شده است که مردان عرب مسلمان اولیه به دلیل پیشینه فرهنگی و شرایط عرفی و اجتماعی ریشه‌دار خود به‌هیچ‌وجه خود را با زنان برابر نمی‌دانستند. آنان زنان را مطیع و فرمانبردار و روزی‌خور سفره خود می‌دانستند. این نگاه در وضع قوانین خانوادگی و اجتماعی مؤثر بوده و مادرپای این بینش و فرهنگ را در تمام ابواب فقه می‌یابیم.

زنان نیز غالباً به این سنت خو کرده بودند و کمتر صدای اعتراض آنان را از لابلای برگ‌های تاریخ می‌شنویم. مردان نه تنها در شهادت خود را برابر با دو زن می‌دانستند، بلکه در دیه یا ارث نیز چنین بینشی داشتند. بررسی قوانین حاکم بر هر جامعه بدون در نظر گرفتن شرایط و مقتضیات آن جامعه کاری است بی‌ثمر و بیهوده. برقراری نظم و عدالت نیز در هر جامعه بدون توجه به مقتضیات و شرایط عرفی و اجتماعی و فرهنگی آن جامعه قطعاً امکان‌پذیر نخواهد بود. عدالت و نظم، اموری نسبی هستند که به عوامل متعددی بستگی دارند. همان‌طور که در پاره‌ای موارد اشاره شد در میان یهودیان نیز از قرن‌ها پیش از ظهور اسلام بینشی مانند بیش اعراب حجاز وجود داشت. آنان نیز زن را برای قضاوت و شهادت شایسته نمی‌دانستند. حتی شهادت دو

زن را در ازای یک مرد نمی‌پذیرفتند^۱. ممکن است به آیه ۲۸۲ سوره بقره استناد شود که توصیه می‌کند هنگام قرض‌دادن دو شاهد مرد یا یک شاهد مرد و دو زن احضار شوند. دلیل آن را نیز این‌گونه بیان می‌کند که اگر یکی از دو زن فراموش کرد دیگری به او یادآوری کند. باید گفت که آیه یادشده ارشادی است چنان‌که هیچ‌کس هنگام قرض گرفتن و قرض‌دادن احضار شاهد را واجب ندانسته است. با آنکه قرآن به این کار توصیه و امر کرده است، چرا که اصولاً اوامر قرآن و نیز سنت در این قبیل امور اوامر ارشادی است. بنابراین وجوب و لزوم جایگزینی دو زن به جای یک شاهد مرد نیز از این آیه استفاده نمی‌شود. به علاوه قرآن به زبان مردم عرب حجاز نازل شده است زبان فقط متشکل از الفاظ و واژه‌ها نیست. پیشینه الفاظ، معنا و مفهوم آنها که در فرهنگ اهل آن زبان ساخته شده همه از اجزای زبان می‌باشد. الفاظ و کلمات در هر زبان بیانگر فرهنگ، تاریخ و بینش صاحبان آن زبان است. پیشتر تأکید کرده‌ایم که روش ادیان در مواجهه با فرهنگ مردم خاستگاه خود، اصلاحی بوده است. برای نمونه اسلام نیز مانند دیگر ادیان الهی با بردگی مخالف بود و این مخالفت از فحوای آیات قرآن فهمیده می‌شود^۲. هنگامی که اسلام ظهور کرد، در بسیاری از نقاط جهان بردگی وجود داشت. در این شرایط به بردگی گرفتن انسان آزاد در اسلام منع شد که این دیدگاه در منابع فقهی نیز بازتاب یافته است^۳، اما اسلام اعلام نکرد که همه بردگان آزادند. واقع بینانه می‌توان گفت که پیامبر اسلام چنین توان و قدرتی نداشت. بعلاوه می‌توان تصور کرد که اعلام آزادی بردگان یکباره ممکن بود نظم جوامع را برهم زند. ادیان و انبیا داعیه دخالت در همه شئون جوامع بشری را نداشتند به گونه‌ای که عقل، علم، تجربه بشر و تأثیرگذاری آنها را بر زندگی انسان متوقف و تعطیل سازند. طراحی ساختار زندگی، اعم از ساختار خانواده، جامعه، حکومت و نیز قانونگذاری از

^۱ - گنجینه ای از تلمود، ص ۳۰۷

^۲ - قرآن، ۴: ۹۴، ۵: ۹۱، ۵۸: ۴، ۹۰: ۱۳.

^۳ - لمعه، حدود، ص ۲۴۳ و درین رابطه می‌توان به فصل حدود در منابع جواهرالکلام و شرایع الاسلام نیز مراجعه کرد.

اختیارات انسان است که البته خطوط کلی آن را از هدایت انبیا می توان دریافت. اگرچه اسلام با بردگی موافق نبود و اگر کسی فرد آزادی را به بردگی می گرفت و می فروخت مجازات می شد، اما در عین حال در قرآن در آیات متعدد از بردگان یاد شده است. این به آن معنا نیست که اسلام بردگی را تأیید می کند. بر این مبنا اگر قرآن در آیه یادشده به مردم سفارش می کند که هنگام قرض دادن و گرفتن، شاهد اختیار کنند و در آن آیه ذکر می شود که به جای دو مرد یک مرد و دو زن نیز می توانند اختیار کنند. این سفارش و ارشاد متناسب با فرهنگ مردم و بینش و عرف آنان بوده است. از این آیه هرگز نمی توان استنباط کرد که اگر مثلاً به جای دو مرد، دو زن شاهد باشند شهادت آنان مقبول نیست. در این آیه صور گوناگون و ممکن درباره شهود ذکر نشده است و غرض آیه ذکر این موارد نبوده است. اگر قرآن مطالبی بیان می کرد که از حد ظرفیت عقل و منطق مخاطبانش فراتر بود مسلماً به راحتی مورد پذیرش قرار نمی گرفت، تا آنجا که برای دفاع از اسلام به جهاد برخیزند و از جان خود بگذرند. انسان برای دفاع از عقیده ای به پا می خیزد که با دل و عقل آن را پذیرفته باشد. همان طور که برای مردم آن روزگار قابل قبول نبود که آزاد و برده برابر باشند، برابری زن و مرد نیز قابل قبول نبود.

چنانکه که بارها گفته ایم تأیید شیوه معمول زندگی مردم و یا عدم اعتراض نسبت به آن به مفهوم تأکید بر آن و مخالفت با غیر آن نیست. همان طور که به تدریج با ارتقای بینش انسان بردگی از بین رفت و امروز بردگی به شکلی که در گذشته وجود داشت ناپسند و قبیح دانسته می شود، به تدریج می بینیم که تبعیض میان زن و مرد نیز کاهش یافته و این تبعیض، قبیح و غیرانسانی شمرده می شود.

همانگونه که برابری انسان ها و از بین رفتن بردگی نامشروع دانسته نمی شود، رفع تبعیض میان زن و مرد نیز نمی تواند نامشروع باشد و این روند تحول اندیشه و بینش، اجتناب ناپذیر بوده منافاتی با تعالیم ادیان ندارد. انسان در دوره ها و شرایط گوناگون می تواند رفتارهای متفاوتی داشته باشد و هیچ یک از آنها در شرایط خود اشتباه نباشد. تأکید بر سیره مسلمانان اولیه و نامشروع دانستن سیره های متفاوت با آن موجه نیست.

بنابراین با توجه به عرف امروز، طریقت شهادت و اصالت علم قاضی، نمی توان بر شرایط معمول شهود در میان مسلمانان اولیه و قوانین آنان در این باره تأکید کرد و آن را به اسلام نسبت داد.

حتی در بررسی قوانین متداول آن زمان درباره شهادت و شرایط شهود نیز همواره به یک شیوه واحد بر نمی خوریم. مثلاً در وسایل الشیعه روایت شده که حضرت علی (ع) براساس شهادت یک زن درباره قتل یک پسر توسط جوان دیگر قضاوت کرد.^۱ همین روایت در کتاب من لایحضره الفقیه نیز آمده است.^۲

گاهی در روایات تعارضاتی وجود دارد که فقها از آنجا که نتوانسته اند آن را توجیه کنند، در برخی موارد احتمال تقیه داده اند، درحالی که علت تقیه معلوم نیست، بخصوص در مواردی مانند وصیت یا ارث. قضاوت و احقاق حق امری ساده و تابع یک فرمول ثابت نیست. قاضی باید برای کشف حقیقت از همه ابزار در اختیار خود به نحو احسن استفاده کند که یکی از آن ابزار، شهود می باشند. حضرت علی (ع) نیز در قضاوت خود چنان که در روایات و اخبار گوناگون آمده شیوه ثابت و یکسانی در همه موارد نداشته است. چنان که گفته شد برخلاف شیوه معمول و مشهور با شهادت یک زن درباره قتل به قضاوت پرداخت.

از مجموع مقررات و قوانین رایج درباره شهادت در میان مسلمانان اولیه و با در نظر گرفتن عرف، آداب و رسوم، مقررات اجتماعی و خانوادگی آنان چنین به نظر می رسد که شهادت زن با توجه به اهمیت احقاق حق مورد قبول بوده، اما ملاحظاتی نیز در رابطه با زن و موقعیت او مورد توجه بوده است. آنان حتی الامکان از دعوت زنان برای تحمل شهادت پرهیز می کردند و این امر موجب می شد که از زنان برای ادای شهادت کمتر استفاده کنند. به علاوه در موضوعات تهدیدآمیز مانند قتل، جنایات موجب قصاص و حدود برای زنان در شهادت محدودیت قائل بودند، چرا که عوارض و تبعات این گونه شهادت همواره می تواند برای شاهد مشکل آفرین باشد و آنان با

۱. وسایل الشیعه، روایت ۲۶، باب ۲۴ از کتاب شهادت.

۲. من لایحضره الفقیه، ج ۳، حدیث ۳۳۱۱

اعمال محدودیت می‌کوشیدند مشکلات ناشی از شهادت را برای زنان کاهش دهند. به همه این موارد باید بیش مردان و تصور آنان از جایگاه زنان را نیز افزود. درنهایت مجموعه قوانین و مقررات مربوط به شهادت، احکام شرعی به‌شمار نمی‌روند و از این‌رو با توجه به عرف و مقتضیات امروز، قوانین مربوطه قابل تغییر و اصلاح می‌باشد.

گاو و گوسفند نیز با توجه به زندگی روستایی و بدوی آنان از اموال مورد نیاز بود. حُلّه یمنی از لباس‌های گرانبهای یمن بوده که برای مردم حجاز ارزشمند بوده است^۱ و شاید امروز اصلاً وجود خارجی و موضوعیت نداشته باشد. درهم و دینار نیز پول رایج آن روزگار بوده و امروز حتی در حجاز نیز آن درهم و دینار را نمی‌شناسند. پول رایج کنونی حجاز ریال است. بدیهی است مردم حجاز براساس ارزش عرفی اموال یادشده و ارزش انسان در جامعه خود به تعیین دیه پرداخته‌اند. دیه نیز همانند بسیاری از موضوعات دیگر ابداع و اختراع اسلام نیست، بلکه پیش از ظهور اسلام پرداخت دیه یا خون‌بها در میان قبایل عرب مرسوم بوده است. بالاترین میزان دیه متعلق به ملوک، اشراف و روسای قبایل بود که به هزار شتر نیز می‌رسید. دیه افراد قبایل قوی تر نیز بیشتر از مردمان قبایل ضعیف تر بود. دیه زنان نیز معمولاً نصف دیه مردان بوده است^۲. روشن است که آنان بر اساس معیارهای عرفی و فکری خود به تعیین دیه می‌پرداختند معیارهایی که با برابری انسان‌ها قرن‌ها فاصله داشت. بلافاصله پس از اسلام عرف و اندیشه مردم آنقدر تغییر نکرد که منجر به تغییر قوانین در ابعاد گوناگون گردد. مسلمانان اولیه تحت تاثیر عرف و بینش خاص خود برای دیگر افراد جامعه مانند زنان، بردگان و غیرمسلمانان دیه تعیین می‌کردند. منابع روائی نشان می‌دهد که تفاوت دیه مرد با زن، مسلمان با غیر مسلمان و برده با آزاد همچنان در میان تازه مسلمانان باقی تداوم یافت. بدین ترتیب مرد مسلمان آزاد از بالاترین مقدار دیه و به عبارت دیگر دیه کامل برخوردار بود، چنانکه منابع فقهی نیز موعید آنست. قابل درک است که در آن جامعه دیه افراد یادشده با دیه مرد مسلمان آزاد نمی‌توانست برابر و یکسان باشد. دیه زن مسلمان نصف دیه مرد مسلمان بود. دیه بردگان قیمت آنان بود. دیه مرد غیرمسلمان در برخی روایات هشتصد درهم و بنا بر روایت دیگر دیه مرد یهودی و مسیحی ذمی چهار هزار درهم و دیه زرتشتی هشتصد درهم بوده است. البته پاره‌ای روایات نشان می‌دهد که گاهی نیز دیه غیر مسلمان با دیه مسلمان برابر بوده

دیه زن

دیه مالی است که به موجب جنایت اعم از جنایت نفس یا عضو به مجنی علیه یا ولی او پرداخت می‌شود. در منابع فقهی دیه کامل که دیه مرد مسلمان است، یکی از موارد زیر تعیین شده است:

- ۱- صد شتر سالم و بدون عیب که زیاد لاغر نباشد.
 - ۲- دویست گاو سالم و بدون عیب که زیاد لاغر نباشد.
 - ۳- هزار گوسفند سالم و بدون عیب که خیلی لاغر نباشد.
 - ۴- دویست دست حُلّه یمنی.
 - ۵- هزار دینار سالم (که پول رایج مردم در حجاز بوده و جنس آن طلا بوده است).
 - ۶- ده هزار درهم سالم (پول رایج مردم حجاز در قدیم که از نقره بوده است).^۱
- بدین ترتیب اگر کسی مرد مسلمانی را می‌کشت و دیه بر او ثابت می‌شد مخیر بود که یکی از موارد فوق الذکر را به اولیای دم بپردازد. همان‌گونه که از اقسام شش‌گانه یادشده مشخص است مردم حجاز جنس دیه و مقدار آن را براساس عرف رایج زندگی خود و نیازهای مالی و اموال در اختیار خود تعیین کرده‌اند. مردم حجاز با شتر زندگی می‌کردند. شتر یکی از ملزومات زندگی آنان بود. از شتر برای حمل و نقل و باربری استفاده می‌کردند و شیر و گوشت آن نیز از غذاهای معمول آنان به شمار می‌رفت.

^۱-المفصل، ج ۷، ص ۵۹۸-۵۹۷

^۲-المفصل، ج ۵، ص ۵۹۲

^۱-لمعه، دیات، ص ۲۶۱-۲۶۰ و نیز به شرح لمعه و جواهرالکلام، فصل دیات رجوع شود.

است.^۱

در میان اعراب که زندگی قبیله‌ای داشتند مرسوم بود که دیه قتل خطایی را بستگان ذکور پدری پرداخت می‌کردند که از این بستگان به «عاقله» تعبیر می‌شد. آنان به دلیل زندگی قبیله‌ای از همبستگی زیادی در میان افراد خانواده و فامیل برخوردار بودند و از این همبستگی در مواقع ضروری استفاده می‌کردند.

کمک به یکدیگر در قبیله با میل و رغبت انجام می‌شد. همبستگی اعضای قبیله رمز قدرت و پایداری قبیله بود و اعضای قبیله از کودکی آداب و رسوم خود را فرامی‌گرفتند و با به‌کار بستن آنها به بقای قبیله کمک می‌کردند. مردم نسبت به آداب و رسوم و مقررات قبیله خود تعصب داشتند و از آن تخطی نمی‌کردند. از همین رو هنگامی که مردی مرتکب قتل خطایی می‌شد مردان فامیل وظیفه خود می‌دانستند که به یاری خویشاوند خود برخیزند و با کمک یکدیگر دیه مقتول راپردازند. امروز هنگامی که کتاب قانون مجازات اسلامی ایران را ورق می‌زنیم و قوانین دیه را مرور می‌کنیم، گویی زندگی ما و شرایط و ویژگی‌های آن، همانند زندگی قبیله‌ای مردم حجاز پیش از اسلام و مسلمانان اولیه است. دیه در قانون مجازات اسلامی ایران شتر، گاو، گوسفند حله یمن، درهم و دینار تعیین شده است! دیه زن نصف دیه مرد و دیه قتل خطایی نیز برعهده عاقله دانسته شده است.^۲

با مروری بسیار کوتاه بر موارد دیه و آشنایی اندک نسبت به شرایط زندگی مردم حجاز به راحتی می‌توان به هماهنگی و سنخیت موارد دیه و مقررات مربوط به آن با زندگی مردم حجاز پی برد. به احتمال قوی، ارزش موارد شش‌گانه در آن روزگار نیز یکسان و یا نزدیک به هم بوده است. همان قدر که این مقررات با زندگی مردم حجاز و مسلمانان اولیه هماهنگ بوده است، با زندگی ما نامأنوس و ناهماهنگ است. آن قدر قوانین یادشده با زندگی ما نامأنوس است که از مطالعه آن چاره‌ای جز تعجب نیست. امروز حتی ارزش اقلام شش‌گانه دیه (در مواردی که امکان ارزیابی آنها وجود دارد)

با یکدیگر برابر و یا نزدیک به هم نیستند. ارزش یک شتر در ایران با ارزش ده گوسفند برابر نیست. امروز ارزش هزار مثقال طلا با ارزش هزار گوسفند بسیار متفاوت است. چگونه می‌توان در ایران به این قوانین عمل کرد؟ و به کدام دلیل عقلی و عرفی دیه در ایران باید با شتر و حله یمنی که موجودیت ندارد و یا درهم و دینار که امروز رایج نیست تعیین شود؟ آیا در ایران اقوام ذکور پدری در پرداخت دیه خود را مکلف و موظف می‌دانند؟ به نظر نمی‌رسد که چنین باشد. در حال حاضر دیه کامل مرد مسلمان در ایران سی و پنج میلیون تومان (در سال ۱۳۸۶) تعیین شده و حال آنکه در همین زمان ارزش هزار گوسفند سالم بدون عیب که زیاد لاغر نباشد، قریب به یکصد و چهل میلیون تومان و ارزش هزار مثقال طلا حدوداً نود میلیون تومان است. وقتی که ارزش دیه سی و پنج میلیون تومان تعیین می‌شود بنابر کدام ضرورت موارد شش‌گانه دیه در قانون ذکر می‌شود؟ اگر پرداخت بهای موارد شش‌گانه و یا عین آنها مورد نظر شرع بوده، تعیین سی و پنج میلیون تومان با کدام معیار صورت گرفته است؟

امروز اگر در مقام عمل، مبلغ دیه سی و پنج میلیون تومان تعیین می‌شود، دلیل آن آگاهی نسبت به این نکته ساده، اما بسیار مهم است که قوانین مسلمانان اولیه که در فقه به نام احکام شرع تدوین یافته قوانین عرفی بوده است. برای درک بهتر عرفی بودن جنس و مقدار دیه کافیت به این سوال پاسخ دهیم که اگر مثلاً شتر در حجاز وجود نداشت و یا کمیاب بود آیا به عنوان جنس دیه انتخاب می‌شد؟ روشن است که درین صورت انتخاب شتر برای پرداخت دیه، کاری عبث و غیر عقلانی محسوب می‌شود. وقوف و آگاهی نسبت به این نکته ساده و اساسی می‌تواند زمینه اصلاح بسیاری از قوانین را فراهم سازد. از جمله اینکه دیه زن نصف دیه مرد است. در اینجا لازم نیست با بیان موقعیت و جایگاه زن در جامعه اعراب حجاز مطالب گذشته را تکرار کنیم. تعیین دیه زن در آن جامعه نیز براساس عرف آن مردمان بوده است و جز این نیز نمی‌توانست باشد.

در بررسی دیه غیرمسلمانان می‌بینیم که در شرایط مختلف دیه آنان متفاوت بوده است. مثلاً در شرایط عادی دیه مرد غیرمسلمان هشتصد درهم بوده و اگر مسلمانی

^۱ -وسائل الشیعه، ج ۲۹، ص ۲۰۹

^۲ . قانون مجازات اسلامی، مواد ۲۹۷، ۳۰۰، ۳۰۶ و ۳۰۷ و مواد پس از آن.

بی‌جهت اقدام به کشتن غیرمسلمان می‌کرده برای بازداشتن از این عمل ناروا دیه غیرمسلمان به دیه کامل مرد مسلمان افزایش می‌یافت.^۱

در روایتی دیگر چنان‌که گفته شد دیه اهل کتاب چهار هزار درهم تعیین شده است. از اخبار و روایات چنین به‌دست می‌آید که تعیین دیه در این قبیل موارد، برعهده امام است. وجود این انعطاف خود بیانگر آن است که در شرایط متفاوت و با ملاحظه مصالح و مقتضیات، قانون می‌تواند تغییر کند. وجود این انعطاف بیانگر آن است که مردمان و قانونگذاران جامعه مسلمانان اولیه به شرایط و مقتضیات توجه داشته‌اند. عواملی که همواره در قانونگذاری در تمام جوامع مورد توجه قرار می‌گیرد. عدم توجه به عرف متداول، بینش مردم و شرایط زندگی آنان باعث می‌شود قوانینی وضع شود که در مقام عمل فاقد اعتبار باشد.

به مرور زمان با افزایش تجربه و دانش بشر جوامع تغییر و تحول می‌یابد و قوانین و مقررات حاکم بر این جوامع نیز دستخوش تغییر می‌شود. اگر به تاریخ بردگی نظری بیفکنیم می‌بینیم که قرن‌ها بردگی رواج داشته و برخی از انسان‌ها به فراخور شرایط و قدرت خود دیگر انسان‌ها را به بردگی می‌گرفتند. در روزگاری که بردگی معمول بوده جامعه بشری آن را ناپسند نمی‌دانست. با گذشت زمان و با تغییر بینش انسان، بردگی به شکل گذشته آن منسوخ شد. امروز اینکه انسانی را به‌عنوان برده معامله کنند، کاری غریب و ناپسند است. شاید این پرسش مطرح شود که، چرا ادیان الهی به‌طور جدی متعرض بردگی نشدند. ما پیشتر نیز به این پرسش پاسخ دادیم. عقیده نگارنده بر این است که ادیان در همه شئون زندگی بشر دخالت نکرده‌اند و راه انسان را برای استفاده از عقل، علم و تجربه خود در جهت ساختن جامعه بشری مسدود نکرده‌اند. اگر قائل باشیم که ادیان ازجمله اسلام و بنابر قولی فقط اسلام به‌عنوان آخرین دین الهی تکلیف انسان را در همه شئون زندگی معلوم کرده است، درواقع قائل به محدودیت کاربرد عقل، علم و تجربه و بالاتر از آن سلب اختیار و انتخاب از

انسان شده‌ایم. ادیان خطوط کلی زندگی انسان را به او نشان دادند و تعلیم و تذکر دادند که راه مستقیم، راه نجات و رستگاری کدام است. بردگی دستاورد جهل بشری بوده است و انسان خود باید با گام نهادن در مسیر دانایی، جهل و آثار آن را بزدايد. ادیان در همه شئون زندگی انسان را تعلیم نمی‌دهند و دانش انسان در زمینه‌های مختلف دستاورد ادیان نیست. از همین‌رو مبارزه با بردگی کار ادیان نبوده است. ادیان به انسان تعلیم می‌دهند که همه انسان‌ها با هم برابرند و هیچ‌یک را بر دیگری برتری نیست، مگر به‌دلیل پرهیزکاری.^۱ انسان خود باید با استفاده از این تعلیم راه راست را بیابد و تبعیض و ظلم را از دامن جامعه بشری بزدايد. اگر در جامعه مسلمانان اولیه نیز همانند دیگر جوامع بشری، بردگی معمول بوده است، این به آن معنا نیست که بردگی مورد تأیید اسلام است. بی‌شک اگر علت بردگی از بین نمی‌رفت بردگی نیز از میان نمی‌رفت. اسلام نیز چنان‌که گفتیم در همه شئون دخالت نکرد و همه آداب و سنن معمول را تغییر نداد. با بردگی نیز همین‌گونه رفتار کرد. انسان‌ها را از ظلم کردن به یکدیگر نهی کرد و مسلمانان را از ظلم کردن به بردگان نیز بر حذر داشت. در رفتار پیامبر اسلام می‌بینیم که هرگاه برده‌ای به او اهدا می‌شد، وی را آزاد می‌کرد. به‌تدریج حتی کنیزان آزاد می‌شدند و به‌عنوان انسان آزاد به همسری مردان آزاد درمی‌آمدند. بنابراین وجود بردگی در جامعه مسلمانان اولیه به معنای تأیید بردگی ازسوی اسلام نیست. اسلام کوشید تا جایگاه بردگان را ارتقا بخشد. چنان‌که گفتیم کنیزان به‌تدریج چنان منزلتی می‌یافتند که به‌عنوان زن آزاد با مردان آزاد مسلمان ازدواج می‌کردند.

تبعیض میان زن و مرد و تفاوت جایگاه و منزلت آنان نیز در جامعه مسلمانان اولیه همانند دیگر جوامع بشری، همین وضعیت را دارد. اگر مردان مسلمان مانند مردان یهودی یا مردان دیگر جوامع خود را برتر از زنان می‌دانستند و برای زنان حقوقی کمتر از خود قائل بودند این به آن معنا نیست که بینش آنان مورد تأیید اسلام است. این بینش نادرست و معمول نیز آثاری داشته که ازجمله آن آثار تفاوت دیه زن و مرد

۱. وسائل‌الشیعه، باب ۱۴، از کتاب دیات، روایات ۱، ۲ و ۳.

۱. قرآن، حجرات: ۱۳.

بوده است. بدون تغییر بینش نمی‌توان آثار مبتنی بر آن بینش را تغییر داد. تغییر بینش مردان نسبت به زنان و ارتقای جایگاه زن و دستیابی به حقوق انسانی برابر، نیاز به مقدمات و طی مراحل داشت. زنان باید به تدریج توانمند شده به منزلت بالاتر دست می‌یافتند و مردان نیز باید به مرور زمان توانمندی و منزلت آنان را باور می‌کردند. این کارهای تدریجی یکباره انجام‌شدنی نیست. اگر هر آنچه را که در جامعه مسلمانان اولیه وجود داشته و هر اعتقادی را که بر مبنای بینش و دانش آنان در میان ایشان معمول بوده، بپذیریم و به‌عنوان سنت نبوی و یا سیره مسلمانان بر آن مهر تأیید بزنیم و آن را به اسلام نسبت داده مخالفت با آن را، مخالفت با شرع بدانیم (همان‌گونه که فقها عمل کرده‌اند) اسلام را در بن‌بستی قرار می‌دهیم که فرار از آن ممکن نیست. چنین برداشتی از سنت عاقلانه نمی‌باشد. بنابراین اگر روزی دیه زن نصف دیه مرد بوده، نمی‌توان همیشه این قاعده را پذیرفت. همچنان‌که اگر روزی در میان مسلمانان دیه، صد شتر یا هزار دینار بوده امروز تبعیت از آن معقول و منطقی به نظر نمی‌رسد. اسلام، مجازات یکسان مرد در برابر زن و زن در برابر مرد را تأیید کرده است. قرآن می‌فرماید: «النفسُ بالنفس»^۱، یعنی نفس در برابر نفس. اگر ادعا کنیم که مقصود این آیه فقط برابری نفس مردان مسلمان با یکدیگر است و نه برابری نفس همه انسان‌ها با یکدیگر، ادعایی شگفت‌انگیز و ناموجه را مطرح کرده ایم.

در روایتی آمده است که اگر زنی مردی را به قتل برساند و اولیای دم بخواهند زن را قصاص کنند، جز قصاص حقی ندارند، زیرا قرآن فرموده: «النفسُ بالنفس»^۲، یعنی اگر زن در برابر مرد قصاص شود، نصف مرد به‌شمار نمی‌آید و نفس او با نفس مرد برابر است. مشکل آنجاست که مردی را به علت قتل یک زن بخواهند قصاص کنند. در این صورت براساس منابع فقهی اولیای دم زن باید نصف دیه مرد را به ورثه مرد بپردازند و یا اگر بخواهند دیه زن مقتول را بگیرند مقدار این دیه نصف دیه مرد است. بدین ترتیب برخلاف عبارت «ان النفسُ بالنفس» که از عمومات قرآنی است، اگر

بنا باشد مرد در برابر زن قصاص شود، نفس آن دو، یعنی زن و مرد برابر نخواهند بود. فقها معتقدند که این عام قرآنی با سنت تخصیص خورده است. در واقع مسلمانان متناسب با عرف معمول خود، به این عام قرآنی عمل کردند. واداشتن اولیای دم زن مقتول به پرداخت نصف دیه به ورثه مرد قاتل سنگی است بزرگ در برابر اجرای قصاص. در واقع عاملی است بازدارنده برای قصاص مرد قاتل و متضمن زبانی است بزرگ برای اولیای دم زن، چرا که اولیای دم زن مقتول، علاوه بر تحمل ظلم بزرگ قتل ناروا باید برای اجرای قصاص قاتل متحمل زیان بزرگ مالی نیز بشوند. عرف جامعه مسلمانان اولیه و جوامع مشابه آن با وضع چنین مقرراتی در حقیقت کوشیده است از قصاص مرد در مقابل زن ممانعت کنند، چرا که معمولاً با وجود چنین قانونی اولیای دم زن مجبور به دریافت دیه و عفو از قصاص می‌شوند. این اجبار اگر یکجانبه و فقط در صورت قتل زن نسبت به اولیای دم زن وجود داشته باشد متضمن عدالت نیست، بلکه ظلم و اجحاف آشکار است. عفو، از قصاص پسندیده‌تر است. قرار دادن مانع در برابر اجرای قصاص، کار پسندیده‌ایست اما اگر همین کار پسندیده بصورت تبعیض آمیز انجام شود ناپسند خواهد بود.

حال اگر همان‌گونه که بردگی منسوخ شد و آثار آن نیز از میان رفت، تبعیض میان زن و مرد نیز از میان برود و به تبع آن دیه زن و مرد برابر شود، آیا می‌توان گفت که اسلام با این رفع تبعیض مخالف است؟ آیا فقها می‌توانند بگویند که برابری دیه زن و مرد که مورد تأیید عرف جامعه و مورد پسند عقل است، خلاف شرع است؟ قتل در همه ادیان الهی گناهی بزرگ شمرده شده و عقل نیز آن را ناپسند می‌داند، از این رو ادیان مرتکب قتل را مستحق مجازات می‌دانند. اگر قتل عمدی باشد مجازات آن سخت‌تر از مجازات قتل خطایی است. قوانین بشری نیز قتل و جنایت را جرم دانسته مرتکب آن را مستحق مجازات می‌دانند. در این میان قصاص و دیه از مجازات‌هایی است که از دیرباز در جوامع بشری در مقابل جنایت رایج و معمول بوده است. شرع قتل و جنایت را حرام دانسته، بر قصاص یا گرفتن دیه برای مجنی علیه و

۱. مائده: ۴۵.

۲. سوانل الشیعه، ج ۲۹، فصل ۳۳، حدیث ۱۱

اولیای دم صحه گذاشته،^۱ اما تعیین مقدار دیه و جنس آن یا نحوه قصاص از آنجا که از موضوعات عرفی است لزوماً برعهده عرف است. مثلاً امروز نمی‌توان گفت حتماً قصاص باید با شمشیر انجام شود و یا پس از قطع عضو محل بریدگی را با روغن داغ شده سوزاند تا خونریزی قطع شود. این روش‌ها مربوط به دنیای گذشته بوده است.^۲ امروز در کشورهای غربی نیز مجازات نقدی، یعنی دیه در ازای جنایت وجود دارد و مبلغ آن در عرف جوامع غربی بسیار باارزش است، در حالی که در ایران باوجود آنکه بزرگترین جرم قتل است و با ارزش‌ترین چیز همانا نفس است، جزای نقدی جنایت بسیار اندک است. نه تنها در مقایسه با جزای نقدی در جوامع غربی، بلکه در مقایسه با ارزش پول در کشور ایران.

در میان فقهای متأخر کسانی هستند که با توجه به واقعیات و عرف معمول امروز قائل به تفاوت دیه زن و مرد نیستند. و برابری دیه زن با دیه مرد را خلاف شرع نمی‌دانند. عرف عقلاً در جامعه ایران و عرف جهانی نیز تبعیض میان زن و مرد را بویژه در حقوق انسانی که بالاترین آن نفس و حق حیات است قبیح می‌داند. هنگامی که علت تبعیض که همانا بینش نادرست است، در میان بسیاری از مردم از بین رفته تأکید و اصرار بر آثار بینش ناپسند امری پسندیده نیست. امید است در قوانین ایران نیز با تصحیح نگرش نسبت به فقه و سنت و قانونگذاری و تصحیح روش بهره‌جویی از دین در امر قانونگذاری قوانین موجود اصلاح شود.

^۱ قرآن، ۱۹۰، ۱۷۵، ۱۷۴:۲، ۵:۴۵

^۲ -لمعه، حدود، ص ۲۴۴، ۲۳۵

آن برابر است، به این اندازه قابل توجه نیست.

از دیگر موارد مهم در باب میراث زن، میراث زوجه است. براساس فقه، زن در صورت فوت همسر اگر همسر دارای فرزند باشد، یک‌هشتم و در غیر این صورت یک‌چهارم ارث می‌برد. بقیه ماترک به دیگر خویشاوندان حتی خویشاوندان دور می‌رسد و اگر خویشاوندی نباشد، باقی ماترک براساس فقه به امام و در واقع به حکومت می‌رسد.^۱ به‌علاوه زوجه از زمین و ملک ارث نمی‌برد^۲، حال آنکه مرد از همسر خود در صورت دارا بودن فرزند یک‌چهارم و در غیر این صورت یک‌دوم ارث می‌برد و اگر وارثی جز شوهر نباشد همه ماترک به شوهر می‌رسد.^۳ شوهر از همه ماترک از جمله زمین ارث می‌برد. این احکام فقهی که در واقع قوانین رایج در میان مسلمانان اولیه بوده به اسلام انتساب یافته است. بی‌شک برای همگان این پرسش مطرح می‌شود که چرا این تفاوت‌ها وجود دارد. حتی مسلمانان اولیه نیز خود درباره علت این تفاوت‌ها می‌پرسیدند. این پرسش از آن‌رو مطرح می‌شود که بنای عقل بر تساوی حقوق است، مگر آنکه دلیلی عرفی و عقلی وجود داشته باشد.

هدف از وضع قوانین و اجرای آن در همه جوامع ایجاد نظم و اقامه عدل است. عدل نسبی است و به عوامل متعددی بستگی دارد. برای عدالت نمی‌توان تعریف واحدی یافت، چراکه عدالت به عوامل متغیر بسیاری بستگی دارد و به همین دلیل نمی‌تواند ثابت و تغییرناپذیر باشد. عدالت در امور مالی و اقتصادی تابع ساختار مالی و اقتصادی حاکم بر جامعه است. ارث که نوعی رابطه اقتصادی میان اشخاص است نیز تابع ساختار مالی و اقتصادی حاکم بر جامعه و اشخاص و نیز ساختار خانواده و روابط خویشاوندی و نقش اعضای خانواده در امور مالی و اقتصادی است. قوانین ارث را بدون در نظر گرفتن عوامل مؤثر در آن نمی‌توان وضع کرد، چراکه در این صورت همانند دیگر قوانینی که بی‌توجه به واقعیات وضع شده‌اند، نمی‌تواند متضمن عدالت

ارث زن

چنین شهرت یافته که در اسلام ارث زن نصف ارث مرد است و در این رابطه به آیه قرآن استناد می‌شود که: «لِلذَّكَرِ مِثْلُ حِظِّ الْأُنثِي»^۱ پیش از اینکه درباره موضوع فوق الذکر به بحث بپردازیم لازم است متذکر شویم که ارث زن در فقه در همه موارد نصف مرد نیست، برای نمونه ارث مادر با ارث پدر در بیشتر اوقات برابر است. هر دو یک‌ششم ماترک را به ارث می‌برند. نمونه دیگر آنکه اگر ورثه زن، همسر و دختر او باشد، همسر، یک‌چهارم ماترک و دختر باقی را به ارث می‌برد. یا اگر ورثه متوفی، پدر و دختر او باشند بازهم دختر بیش از پدر ارث می‌برد. نمونه‌هایی از این قبیل در کتاب ارث فراوان است. در پاره‌ای موارد نیز ارث زن و مرد برابر است. مثلاً خویشاوندان مادری، اعم از زن و مرد به‌طور مساوی ارث می‌برند. بنابراین این قاعده که ارث زن، نصف ارث مرد است، همواره صادق نیست، اما باید گفت مواردی که ارث زن نصف ارث مرد است چشمگیر می‌باشد. همواره اولاد ذکور دو برابر اولاد اناث ارث می‌برد و حتی خویشان مادری به دلیل نسبت آنان به مادر، نصف خویشان آبویی یا پدری از مجموع ماترک ارث می‌برند. هنگامی که کتاب میراث را در میان کتب فقهی مرور می‌کنیم، تفاوت ارث مرد و زن را بسیار چشمگیر و قابل توجه می‌یابیم و در بسیاری از موارد به این نکته در فقه برمی‌خوریم که جنسیت در تعیین حقوق از جمله تعیین مقدار ارث مؤثر است و مواردی که ارث زن بیش از مرد و یا با

^۱ -سجواهرالکلام، ج ۳۹، ص ۱۵-۱۰

^۲ -همان، ص ۲۱۹-۲۰۷

^۳ -سجواهرالکلام، ج ۳۹، ص ۱۵-۱۰ و لمعه، میراث، ص ۲۲۵

باشد. ساختار مالی و اقتصادی جامعه مسلمانان اولیه، متکی بر مرد بوده، زن در این ساختار نقش فعال و مؤثری نداشته است. خانواده از نظر مالی وابسته به مرد بوده است. مایحتاج زن را در زندگی، مرد تأمین می‌کرد، حتی اگر زن خود ثروتمند بود. قوانین مالی حاکم بر روابط خویشاوندی نیز شامل زن نمی‌شد. مثلاً زنان در پرداخت دیه قتل خطایی مسئولیتی نداشتند. بدیهی است وضع قوانین مالی از جمله ارث باید متناسب با این ساختار می‌بود. در پاره‌ای روایات نیز به این گونه علل اشاره شده است. در روایات در پاسخ به این پرسش که چرا میراث زن که ضعیف‌تر از مرد است، نصف مرد می‌باشد آمده است: «زیرا برعهده زن جهاد، نفقه و دیه نیست، بلکه این امور برعهده مردان است»^۱ در روایت دیگر آمده است: «زیرا زن تحت تکفل مرد قرار می‌گیرد» و یا اینکه «زن هنگامی که ازدواج می‌کند از مرد (مال) می‌گیرد (مقصود مهر و نفقه است) و حال آنکه مرد (مال) پرداخت می‌کند. از همین رو سهم مرد بیش از زن است و علت دیگر آنکه نیاز زن را در زندگی، مرد تأمین می‌کند و مرد موظف به تأمین نیاز زن است، درحالی‌که زن نسبت به مرد چنین وظیفه‌ای ندارد و نفقه مرد را در صورت نیاز پرداخت نمی‌کند»^۲

یادآوری این علل در روایات بیانگر ساختار مالی خانواده، قبیله و جامعه مسلمانان آن روزگار در حجاز است. و به خوبی نشان می‌دهد که علت تفاوت ارث زن و مرد دلایل شرعی و دینی نبوده بلکه دلایل عرفی بوده است.

هیچ‌گاه نمی‌توان قوانین را به‌طور منفرد و انتزاعی مورد ارزیابی قرار داد. در شرایطی که زن هیچ مسئولیت مالی نداشته باشد و تمام درآمد خود را نیز فقط برای خود هزینه کند و ازسوی دیگر تمام مسئولیت مالی برعهده مرد باشد و تأمین معاش زن یا زنان و اولاد و حتی پدر و مادر در صورت نیاز برعهده مرد باشد، در چنین ساختاری شاید تساوی حقوق مالی مرد و زن همواره عادلانه نباشد. به‌علاوه زنان بی‌سرپرست در آن جامعه از بیت‌المال مستمری دریافت می‌کردند و درحقیقت

۱. وسایل‌الشیعه، کتاب الفرائض و الموارث، باب ۲، روایت ۱.

۲. همان، روایات ۴ و ۳ و ۲.

حکومت زندگی زنان را در صورت نیاز تأمین می‌کرد. در جامعه عرب آن روزگار پسر بزرگتر خانواده مسئولیت بیشتری داشته است^۱. نگهداری از پدر و مادر و تأمین مایحتاج آنان معمولاً برعهده وی بوده است. از همین رو میان پسر بزرگتر و باقی پسران نیز تفاوتی قائل شده‌اند. بدین ترتیب که شمشیر، انگشتر و اموال اختصاصی پدر به پسر بزرگتر داده می‌شد.^۲ دختران با وجود پسران مسئولیتی در قبال پدر و مادر نداشتند، چرا که دختران خود تحت تکفل همسران خویش بودند. قوانین وضع شده با این ساختار هماهنگ بوده است. قرآن نیز بر مبنای ساختار موجود در جامعه مسلمانان، احکام ارث را بیان کرده است. دیگر آیات قرآن درباره نفقه، طلاق و موضوعاتی از این قبیل ناظر بر همین ساختار خاص است. برقراری نظم و عدالت در این ساختار نیازمند وضع قوانین متناسب است.

زن به‌عنوان همسر نیز در این ساختار جایگاه مشخصی دارد. با توجه به اینکه چند همسری در آن جامعه متداول بوده، زنان معمولاً برای مدت طولانی بیوه نمی‌ماندند. حتی با وجود داشتن فرزندان متعدد ازدواج می‌کردند. وضعیت فرهنگی، خانوادگی و قبیله‌ای خاص آن جامعه بر قوانین ارث زوجه نیز مؤثر بوده است.

با توجه به اینکه زن پس از فوت همسر ازدواج می‌کرد و به خانه شوهر انتقال می‌یافت همسر جدید موظف به تهیه مسکن برای زن بود، از این‌رو زن از ملک خانه و زمین همسر متوفی ارث نمی‌برد، بلکه سهم خود را از قیمت اعیان دریافت می‌کرد. در برخی روایات به این علت اشاره شده است.^۳ در این روایات آمده است که نسبت زن

^۱ به عنوان مثال اگر پدر نماز و روزه واجب را بجا نیاورده، قضای آن پس از مرگ وی بر عهده پسر بزرگتر است (جواهر جلد ۱۷، ص ۴۵-۳۵) و نیز برخی از فقها ادای دین پدر را پس از مرگ وی بر عهده پسر بزرگتر می‌دانند (شرح لمعه، جلد ۸، ص ۱۱۶)، برخی فقها مسئولیت را متناسب با سهم الارث می‌دانند که درین صورت نیز مسئولیت پسر بزرگتر بیشتر است (مسالک الافهام، ج ۸، ص ۶۰۸)

۲- جواهر، باب ۳ از کتاب الفرائض و الموارث در بیان احکام «جَبَوَه». همچنین در تمام کتب فقهی درباره ارث، این مطلب آمده است.

۳. وسایل‌الشیعه، کتاب الفرائض و الموارث، باب ۶، روایت ۱۴ و ۳.

با متوفی سببی است و او ازدواج خواهد کرد و ممکن است همسر و فرزند او که از قوم دیگری هستند برای قوم نسبی پیشین در ملک آنان مزاحمت ایجاد کنند. به همین دلیل ملک خانه و زمین که ثابت است به اقوام نسبی که ثابتند می‌رسد.

اما اینکه پس از فوت شوهر در صورت عدم وجود دیگر ورثه در طبقه ارث، زن نمی‌تواند باقی ارث را ببرد و حتی در صورت عدم وجود ورثه در دیگر طبقات ارث نیز زن وارث باقی ماترک نمی‌شود، روایات مخالف مشهور نیز وجود دارد. در این روایات درباره میراث مردی که از دنیا رفته و تنها وارث او زوجه اوست، آمده است: «همه مال متعلق به زوجه است»^۱

این روایات مؤید آن است که اگر وارثی جز زن نباشد همه ماترک متعلق به زن است برخی فقها معتقدند روایاتی که دلالت دارد بر اینکه باقی ماترک مرد، یعنی سه‌چهارم میراث او در صورت عدم وجود وارث غیر از زوجه به امام می‌رسد در زمان حضور امام قابل اجراست و در غیاب امام باقی ماترک نیز به زوجه می‌رسد.^۲ اما شهید اول معتقد است که حتی در زمان حضور امام نیز اگر زن تنها وارث باشد، همه ماترک به او می‌رسد.^۳ فقها کوشیده اند با قید غیبت یا حضور امام تعارض میان روایات را توجیه کنند، در حالیکه ممکنست دلایل دیگری غیر از آنچه فقها گمان کرده اند وجود داشته است دلایلی که بر ما معلوم نیست. حتی اگر روایات اخیر را نادیده بگیریم با توجه به روابط خویشاوندی محکم و وجود مسئولیت در میان خویشاوندان نسبت به یکدیگر، انتقال باقی ماترک به ورثه دیگر طبقات ارث شاید توجیه پذیر بوده است، چراکه رابطه خویشاوندی نسبی در میان آن مردم محکمتر از رابطه سببی بوده است و نقش اقوام نسبی در زندگی افراد نه تنها کمتر از نقش زوجه نبوده، بلکه می‌توان گفت که بیش از آن بوده است.

نیازی نیست که به بررسی معیارهای مسلمانان اولیه برای تقسیم ارث و ارزیابی این

معیارها پردازیم. بلکه آنچه اهمیت دارد اینست که همه مدارک نشان می‌دهد که آنان با توجه به دلایل خاص خود که متأثر از عرف و بینش و نقش اشخاص در امور زندگی و... بوده، قوانین ارث را وضع کرده اند. حال پرسش اساسی این است که در صورت متفاوت بودن ساختار اجتماعی، خانوادگی و مالی و نقش زن، آیا همین قوانین ارث متضمن عدالت خواهد بود؟ امروز در جامعه ایران بسیاری از زنان در خانواده مسئولیتی سنگین‌تر از مردان برعهده دارند. در بسیاری از خانواده‌ها مراقبت و نگهداری از پدر و مادر برعهده دختران خانواده است. با توجه به شرایط اقتصادی، بسیاری از مردان نفقه زنان را به‌طور کامل پرداخت نکرده و مایحتاج زندگی آنان را تأمین نمی‌کنند. بسیاری از اوقات مسئولیت نگهداری و تأمین معاش فرزندان پس از فوت پدر برعهده مادر است، در چنین شرایطی اعمال قوانین یاد شده در باره ارث زن عادلانه به نظر نمی‌رسد.

در ایران امروز روابط خویشاوندی مانند روابط قبیله‌ای مسلمانان اولیه نیست. اگر مردی از دنیا برود و فقط در طبقه اول، وارث او همسرش باشد و در دیگر طبقات نیز مثلاً دارای پسرعمو یا دختر خاله و اقوامی از این قبیل باشد، آیا می‌توان پذیرفت که یک‌چهارم ماترک به زن و سه‌چهارم باقی به خویشاوند دور دست او برسد؟ درحالی که متوفی و خویشاوندان او در طول زندگی هیچ رابطه مالی با یکدیگر نداشته تعهدات و مسئولیت‌های مالی میان آنان مرسوم و متداول نبوده است؟ بدیهی است در ساختار متفاوت، قوانین یادشده نمی‌تواند مفید عدالت و انصاف باشد. چگونه می‌توان در جامعه‌ای که وظیفه و مسئولیت زنان با وظیفه و مسئولیت مردان برابر و گاه بیشتر است ارث زن را نصف مرد دانست؟ اقامه عدل بدون ایجاد هماهنگی حقوق با وظایف و مسئولیت‌ها و مبتنی بودن آنها بر واقعیات موجود امکان‌پذیر نیست. قوانین ارث زن در ایران از یک‌سو ناهماهنگ با وظایف، مسئولیت‌ها و جایگاه کنونی زن و ازسوی دیگر به دور از واقعیات است. قوانین چشم بسته از جامعه‌ای دیگر با شرایط و مقتضیات و ساختار متفاوت گرفته و رونویسی شده است. در ماده ۹۴۶ قانون مدنی آمده است: «زوج از تمام اموال زوجه ارث می‌برد، لکن زوجه از اموال ذیل:

۱. همان، باب ۴، روایت ۹ و ۶.

۲-جواهرالکلام، ج ۳۹، ص ۱۵-۱۰

۳-لمعه، میراث، ص ۲۲۵

۱- از اموال منقول از هر قبیل که باشد.

۲- «از ابنیه و اشجار»

در ماده ۹۴۷ آمده است: «زوجه از قیمت ابنیه و اشجار ارث می‌برد و نه از عین آنها و طریقه تقویم آن است که ابنیه و اشجار با فرض استحقاق بقا در زمین بدون اجرت تقویم می‌گردد.»

در ماده ۹۴۹ چنین آمده است: «در صورت نبودن هیچ وارث دیگر به غیر از زوج یا زوجه شوهر تمام‌ترکه زن متوفی خود را می‌برد و لکن زن فقط نصیب خود را و بقیه ترکه شوهر در حکم مال اشخاص بلاوارث و تابع ماده ۸۶۶ خواهد بود.» ماده ۸۶۶ چنین است: «در صورت نبودن وارث، امر ترکه متوفی راجع به حاکم است.»

چنان‌که دیدیم حتی در روایات نیز به پاره‌ای علل قوانین اشاره شده است. قوانین جامعه مسلمانان اولیه براساس مقتضیات و شرایط فرهنگی، اجتماعی و خانوادگی آنان بوده است. این قوانین روابط خویشاوندی حاکم بر آنان را مستحکم‌تر و آنان را در انجام وظایف و مسئولیت‌هایی که در قبال یکدیگر داشته‌اند مصمم‌تر می‌ساخته است. حال اگر ما در جامعه ایران با توجه به تفاوت ساختار اجتماعی، فرهنگی و خانوادگی بخواهیم قوانین حاکم بر جامعه مسلمانان اولیه را اجرا کنیم دو اتفاق ممکن است بیفتد؛ اول آنکه ساختار خانواده خود را تغییر داده، ساختار قبیله‌ای و ابتدایی آنان را الگوی خود قرار دهیم تا بتوانیم این قوانین را اجرا کنیم. دوم آنکه بدون تغییر ساختار قوانین یادشده را اجرا کنیم.

بی‌تردید هر دو موارد یادشده غیرممکن و نامطلوب است، چراکه ساختار فرهنگی، اجتماعی و خانوادگی در هر جامعه مبتنی بر سوابق کهن و دیرین است و قوانین باید با آن ساختار، متناسب باشد. بی‌شک در صورت عدم هماهنگی قوانین با ساختار جامعه و عرف متداول، قوانین موضوعه نمی‌تواند مفید نظم و عدالت باشد و بدین ترتیب قوانین از درجه اعتبار و ارزش ساقط می‌شوند.

جایگاه زن در خانواده ایرانی تاکنون متفاوت از جایگاه زن در خانواده عرب مسلمانان اولیه بوده است. اداره زندگی در خانواده ایرانی برعهده زن است. علقه

فرزندان نسبت به مادر بسیار مستحکم است. مفهوم زوجیت نیز تاکنون در ایران متفاوت بوده است. زنان، با تدبیر و درایت خود اموال شوهر را مدیریت می‌کنند. در چنین شرایطی نمی‌توان با وجود زوجه مرد را بلاوارث دانست. با توجه به این شرایط حتی اگر در طبقات دوم و سوم نیز وارثی باشد عادلانه نیست که بیشتر اموال شوهر به آن خویشاوندان داده شود و زن از ماترک شوهر خود فقط یک‌چهارم ارث ببرد. این قوانین با عرف ایران سازگار نیست و نمی‌تواند مفید نظم و عدالت باشد. اشاراتی که در روایات به علل قوانین شده حاکی از آن است که قوانین با توجه به عرف متداول و ساختار اجتماعی و بسیاری ملاحظات خاص دیگر وضع شده است. چگونه است که امروز در ایران به نکته مهمی که حتی پیروان اولیه اسلام و قانونگذاران آنان به آن توجه داشتند، توجه نمی‌شود و قوانین بدون توجه به عرف، فرهنگ، ساختار اجتماعی و خانوادگی وضع می‌گردد. فرض کنیم مردی از دنیا برود و همسر او که پنجاه سال با او زیسته تنها وارث او باشد. تنها ماترک مرد خانه‌ای قدیمی و کلنگی باشد آیا عادلانه است که زن یک‌چهارم از بنای ویران خانه قدیمی را که بی‌ارزش است به ارث ببرد و خانه به حکومت واگذار شده، زن از خانه خود بیرون رانده شود؟!

در ایران هیچ‌کس نمی‌تواند چنین وضعیتی را مطابق با عدالت و اسلام بداند. نقش زمین و ملک و ارزش آن در ساختار اجتماعی و اقتصادی ایران امروز با نقش زمین و ملک در جامعه بدوی مسلمانان اولیه بسیار متفاوت است. مثلاً در روایتی در بیان علت اینکه زن از ملک، ارث نمی‌برد آمده است: «زیرا تغییر و تبدیل خانه و زمین ممکن نیست، در حالی که تبدیل زن به دیگری ممکن است، از این‌رو زن از چیزی ارث می‌برد که تبدیل و تغییر آن ممکن باشد.»^۱ بیان این نکات در روایات حاکی از شرایط خاص مالکیت در آن دوره است. مسلماً در جامعه بدوی مسلمانان مانند امروز، ساخت و ساز، خرید و فروش خانه و ملک رواج نداشته و چنین به نظر می‌رسد که مردم خود خانه می‌ساختند و زمین‌های موات را آباد می‌کردند.^۲ قانون احیای اراضی

۱- سایل الشیعه، کتاب الفرائض و المواریث، باب ۶، روایت ۱۴.

۲- لمعه، احیاء الموات، ص ۲۱۲-۲۱۰

پیشینه ارث در جامعه مسلمانان اولیه

با مروری کوتاه بر پیشینه ارث در جامعه مسلمانان اولیه آسان تر می توان جایگاه و تأثیر قوانین ارث، که پس از اسلام وضع شد و نیز ارتباط مستقیم آنها را با شرایط زندگی آن مردمان، درک نمود. به همین منظور نگاهی گذرا بر این پیشینه می افکنیم. در حجاز پیش از اسلام شیوه زندگی به گونه ای بود که معمولاً مال توسط مردان به دست می آمد در اکثر قبایل و جوامع که وضعیت چنین بود قوانین مالی حاکم نیز به گونه ای بود که به حفظ مال در دست مردان کمک می کرد. مردان حاضر نبودند مالی را که به دست آورده اند به زنان بدهند زیرا معتقد بودند که زنان مال را به بیگانه منتقل میکنند. زیرا دختر شوهر می کرد و مال را به شوهر خود می داد و یا زن پس از مرگ شوهر مال را به شوهر جدید می داد و بدین ترتیب زن عامل انتقال مال به بیگانه محسوب می شد. به همین دلیل در اکثر قبایل زنان از ارث و دیگر حقوق مالی محروم بودند.^۱ نه تنها زنان بلکه کودکان و سالخوردگان نیز حقی از ارث نداشتند. زیرا این سه گروه توانایی جنگیدن، غنیمت گرفتن و احراز مال برای خانواده و قبیله را نداشتند.^۲ هر کس می مرد دارایی او را خویشان ذکور به ترتیب اولویت در قرابت می بردند. خویشاوندانی مانند پسران، پدر، برادران، عموها و سایرین^۳. زنان خاندان و خانواده اعم از دختر و همسر و مادر و خواهر سهمی از ارث نداشتند به همین جهت خویشاوندان ذکور به ترتیب اولویت سرپرستی دختران و زنان را برعهده می گرفتند. پسر بزرگ خانواده جایگاه خاصی داشت. او سهم بیشتری از ارث می برد. اگر پدر، رئیس قبیله بود ریاست نیز پس از او به پسر بزرگتر می رسید. پس از اسلام نیز همچنان این جایگاه برای پسر بزرگتر حفظ شد. چنانکه در منابع فقهی آمده اموال شخصی پدر مانند انگشتر و قرآن و شمشیر و مانند آن به پسر بزرگتر تعلق می گیرد.^۴

موات و تملک این گونه زمین ها نیز ناظر بر واقعیات آن جامعه است که امروزه تنها در ایران، بلکه در حجاز نیز وضعیت این گونه نیست. امروز به راحتی می توان خانه و زمین را فروخت و یا تقویم نمود و حق زن است که از همه دارایی مرد ارث ببرد. شاید در جامعه بدوی مسلمانان ملک، قابل تقویم نبوده و حال آنکه امروز ملک با ارزش ترین ماترک هر فرد است. بدون توجه به این واقعیات نمی توان قوانین جامعه ای دیگر را در ایران امروز اجرا کرد، حتی نمی توان قوانین دیگر جوامع کنونی را امروز عیناً در ایران اجرا کرد، چراکه هر قانونی ناظر بر شرایط و عرف خاص جامعه خود است. قوانین زمین و ملک در کشورهای گوناگون متفاوت است. بی تردید، قوانینی که در این فصل از آن یاد کردیم نیاز به بازنگری جدی دارد تا بتواند حقوق زن را تضمین و احیا کند.

^۱-المفصل، ج ۵، ص ۵۶۳

^۲-تفسیر طبری، ج ۴، ص ۱۷۵

^۳-المصل، ج ۵، ص ۵۶۳

^۴-لمعه، میراث، ص ۲۲۶

حق، مفهومی نسبی است که در هر جامعه ای به فرا خور حال مردم و شیوه زندگی و میزان برخورداری آنان از علم و تمدن تعریف می شود. نزد مردم جاهلی حق را انسان قوی و با نفوذ تر تعریف می کرد و همو بود که بیش از دیگران صاحب حق بود^۱. مردان که قوی تر از زنان بودند حقوق بیشتری داشتند. آنان به فراخور بینش و دانش خود، زنان را به دلیل اینکه از نظر جسمی ضعیف تر بودند صاحب حق نمی دانستند و حتی ارث دادن به زن را حرام می خواندند.

مرد حق داشت درباره مال خود هر گونه که می خواست وصیت کند. معمولاً برای پسر بزرگ سهم بیشتری وصیت می شد. مقدم داشتن پسر بزرگتر از عادات سامی های قدیم بود که به قبایل عرب نیز سرایت کرده بود.

چنانکه گفته شد کودکان اعم از دختر و پسر به دلیل محرومیت از ارث، پس از مرگ پدر، از نظر مالی با مشکلات زیادی مواجه می شدند. این رویه پس از اسلام نیز استمرار داشت تا آنکه یکی از انصار از دنیا رفت. او دارای همسر و چهار دختر بود. پسر عموهای او بنا بر سنت رایج، همه دارایی وی را بردند. همسر و دختران او در تنگنا قرار گرفتند. همسر او نزد پیامبر آمده از شرایط سخت زندگی شکایت کرد و گفت که همه دارایی آنان را پسر عموهای همسرش ارث برده اند. گفته شده است که پس از این واقعه آیه مربوط به ارث زنان نازل شد: «وللنساء نصیب مما ترک الوالدان والاقربون...»^۲

یعنی: زنان را بهره ای است از آنچه والدین و خویشان آنان به جا می گذارند.

پس از آنکه قرآن تأکید کرد که زنان نیز بهره ای از ارث دارند با آنکه ارث اکثر زنان کمتر از مردان تعیین شده بود، باز هم بسیاری از مردان بر آشفته شده نزد پیامبر رفتند و گفتند: آیا به زنان و دختران و کودکان ارث بدهیم در حالی که آنان نمی جنگند و غنیمت به دست نمی آورند؟!^۳

قرآن به کرات بر حفظ مال یتیمان تأکید کرد و به کسانی که مال یتیمان را می خورند وعده عذاب الهی داد. قرآن امر کرد که مال یتیمان را نگه دارید و پس از آنکه به بلوغ و رشد رسیدند به آنان بدهید. با توجه به سخت بودن قبول این موضوع برای مردمی که تا پیش از آن برای کودکان و زنان بهره ای از ارث قائل نبودند و سر سختی آنان در برابر قانون جدید که سهم آنان را از ارث کم می کرد قرآن در آیات متعددی نسبت به یتیمان سفارش نمود.^۱

باید یادآور شویم شرایط زندگی و قوانین حاکم بر آن در همه قبایل یکسان نبود. در میان قبایلی نادر به دلیل وجود مردانی حکیم و نیز زنانی با فضیلت موقعیت زنان تفاوت داشت. در تاریخ آمده است که «عامر بن جشم بن غنم بن حبيب» معروف به ذی المجاسد یکی از حکام وقضات عرب پیش از اسلام نخستین کسی بود که در قبیله خود برای دختران نصف سهم پسران ارث تعیین کرد و گفت «للدکر مثل حظ الأنثیین» که این حکم در آیه ۱۱ سوره نساء مورد تأیید اسلام قرار گرفت^۲. درباره خنثی نیز حکم «عامر بن ضرب العدوانی» و «ذرب بن حوط بن عبدالله بن ابی حارثه بن حی الطایی» دو تن از قضات بنام عرب پیش از اسلام مورد تأیید پیامبر قرار گرفت و به آن عمل می شد^۳. ملاحظه می شود این قانون که ارث زنان نصف مردان است پیش از اسلام در یکی از قبایل حجاز وضع شد و پیامبر همین قانون را در کنار دیگر قوانین ارث اجرا نمود.

در پایان بر این نکته مهم تأکید می شود که هرگز نمی توان بدون توجه به شرایط زندگی مردم در یک جامعه به بررسی قوانین جاری در آن جامعه پرداخت.

^۱ - مانند آیات ۱۰، ۶، ۳ و ۱۲۷ سوره نساء و نیز آیات فراوان دیگر مانند حشر، ۷، بقره ۸۳ و انفال ۴۱

^۲ - المفصل، ج ۵، ص ۵۶۵، ۰ به نقل از المحبر، ص ۲۳۶ و ص ۳۲۴

^۳ - المفصل، ج ۵، ص ۵۶۵، به نقل از المحبر، ص ۲۳۶ و ص ۳۲۴

^۱ - المفصل، ج ۵، ص ۴۷۶-۴۷۵

^۲ - نساء، آیه ۷

^۳ - تفسیر طبری، ج ۴، ص ۱۸۶ و روح المعانی، ج ۴، ص ۱۸۷

مختلف کره زمین و در ادوار گوناگون تاریخ باید با عرف جامعه مسلمانان اولیه ارزیابی شود و بر آن انطباق یابد. در حقیقت عرف آن جامعه الگوی همه جوامع باید باشد. ناگفته پیداست که چنین محکی برای ارزیابی و تشخیص مشروع و نامشروع، مشکلات فراوانی را به وجود خواهد آورد. اگر همه جوامع ناگزیر باشند که قوانین جامعه مسلمانان اولیه را اجرا کنند در واقع باید ساختار اجتماعی، خانوادگی و فرهنگی آنان را بپذیرند و این غیر ممکن است و با روند متغیر زندگی بشر منافات دارد. قرآن نیز می‌فرماید: «انا خلقناکم من ذکر و انثی و جعلناکم شعوباً و قبایل لتعارفوا»^۱ قرآن تفاوت جوامع و امم را از آیات الهی می‌داند و شناخت جوامع نسبت به یکدیگر و بهره‌بردن از علم و تجربه یکدیگر را محترم می‌شمرد. جامعه مسلمانان اولیه و قانونگذاران آن جامعه به عرف توجه داشته‌اند. درحالی که قانونگذاران امروز ایران به عرف جامعه ایران توجه کافی نکرده‌اند. عدم توجه به عرف ایران فرهنگ مردم و ساختار اجتماعی و خانوادگی در این کشور موجب شده قوانینی درباره خانواده و زن تصویب شود که به دلیل ناهماهنگی با مقتضیات و شرایط جامعه ایران مشکلات فراوانی را به وجود آورد و حقوق زن آن گونه که جایگاه او در جامعه ایران اقتضا می‌کند، تأمین نشود. ما معتقدیم که قوانین مدنی و جزایی تابع عرف، علم، تجربه، شرایط اجتماعی و عوامل متغیر گوناگون است، ازاین‌رو این قوانین موضوع حکم شرعی نمی‌تواند باشد و حجیت سنت حد اکثر به آن معناست که قوانین و مقررات رایج در میان مسلمانان اولیه مغایرت با شرع نداشته است، اما این به آن معنا نیست که همان قوانین عیناً حکم شرعی بوده محک برای تشخیص مشروع و نامشروع قرار گیرد.

چنان که در فصول پیشین تأکید کردیم قوانین و مقررات متفاوت نیز می‌تواند مشروع باشد، مادامی که با واجبات و محرمات بدیهی تعارض نداشته باشد. در واقع محک تشخیص مشروع و نامشروع، واجبات و محرماتی است که قرآن از آن یاد کرده است. واجبات و محرماتی که اختلاف نظری درباره آنها نیست. مثلاً وجوب نماز، روزه، زکات و یا حرمت ربا، زنا و سرقت.

سخن آخر

در کتاب حاضر در فصول مختلف به قوانین و مقرراتی اشاره کردیم که در جامعه مسلمانان اولیه رایج و معمول بوده است. این قوانین را با توجه به واقعیات جامعه ایران امروز مورد ارزیابی قرار دادیم. قوانین و مقرراتی که فقها آنها را گرد آورده و آنها را احکام شرع می‌خوانند، چرا که مسلمانان اولیه آنها را اجرا می‌کردند و پیامبر اسلام به آنها اعتراض نکرد. این قوانین و مقررات از روایات گرفته شده و سنت خوانده می‌شود. بیشتر این روایات از طریق ائمه (ع) نقل شده است. ما همواره در این کتاب بر سنت پیامبر تأکید نمودیم. اگر چه امامیه سنت اهل بیت را نیز حجت می‌داند. تأکید ما بر سنت پیامبر از آن‌روست که اعتبار سنت اهل بیت از نظر امامیه نیز در واقع همانا کاشفیت آن از سنت پیامبر است. درحقیقت سنت نبوی از طریق ائمه (ع) نقل می‌شود. سنت از نظر اصولیون حجت است و حجت محک تشخیص مشروع و نامشروع است. درواقع فقها معتقدند قوانینی که مخالف با سنت است نامشروع است. بررسی این دست از قوانین و مقررات از آن‌رو اهمیت دارد که در جمهوری اسلامی ایران بسیاری از قوانین، بازنویسی همان قوانین و مقررات جامعه مسلمانان اولیه است، زیرا فقهایی که در مواضع مختلف جمهوری اسلامی و بویژه در حوزه قانونگذاری حضور دارند معتقدند که احکام و قوانین مدون در فقه همانا احکام شرعی و ملاک تشخیص مشروع و نامشروع است. چنان که در کتاب حاضر در فصول مختلف اشاره شد قوانین و مقررات جامعه مسلمانان اولیه پیوندی آشکار با عرف، فرهنگ، ساختار اجتماعی و خانوادگی داشته است. آیا می‌توان عرف مسلمانان اولیه را جزء شرع دانست؟ اگر سنت را به مفهوم رایج اصولی آن حجت بدانیم، نتیجه آن خواهد شد که عرف تمام جوامع مسلمانان در نقاط

ممکن است در تعریف واجبات، محرمات و پاره‌ای احکام آنها که متعلق به عرف و گرفته شده از آن نباشد، بتوان از سنت بهره جست، اما هر جا که موضوع عرفی می‌شود نباید آن را به شرع پیوند زد. مثلاً زنا حرام است و مرتکب آن باید مجازات شود. این حکم شرع است، اما شکل مجازات از موضوعات عرفی است. مثلاً در روزگار قدیم برای اعدام افراد از شمشیر استفاده می‌کردند، یا شخص را از بلندی به پایین پرتاب می‌کردند، او را بر دار می‌کردند و یا در برخی جوامع به صلیب می‌کشیدند. مردمان این راه‌ها را برای اعدام می‌شناختند. تعیین این راه‌ها موضوع حکم شرعی نیست، بلکه موضوع عرفی است. چنان‌که امروزه در جوامع گوناگون برای اعدام از روش‌های دیگری استفاده می‌شود.

مثال دیگر آنکه داشتن پوشش به زنان و مردان مسلمان توصیه شده است، اما شکل پوشش عرفی است، درحالی‌که امروز برخلاف حکم شرع و عرف سلیقه‌هایی خاص و افراطی به نام شرع بر زنان تحمیل می‌شود.

تأثیر عرف، فرهنگ، ساختار فکری و اجتماعی آن‌قدر در قوانین و مقررات مؤثر است که حتی واجبات نیز از تأثیر این عوامل دور نمانده است. مثلاً خمس از واجبات دانسته شده است و در کتب فقهی در باب عبادات از آن بحث می‌شود.

متعلقات خمس در سنت بیان شده است. گنج و معدن در شمار متعلقات خمس است، اگرچه در قانون مدنی براساس فقه یابنده گنج و دینه مالک آن است،^۱ اما عملاً این گونه نیست و با یابندگان گنج برخورد سخت می‌شود و گنجینه‌ها باید تحویل حکومت شود. درباره معدن نیز باید گفت برخلاف فقه اشخاص نمی‌توانند آزادانه به استخراج معادن بپردازند و مالک آن شوند، چراکه مقتضیات و شرایط امروز با مقررات معمول قدیم درباره گنج و معدن سازگار نیست و اجرای آن قوانین امروز مفید نظم نمی‌تواند باشد و یا درباره زکات که براساس آیات قرآن واجب خوانده شده است، می‌بینیم که متعلقات آن در سنت عرفی است. زکات به گاو، گوسفند، شتر، گندم، جو، کشمش، خرما، طلا و نقره تعلق می‌گیرد. همه این اقلام مورد استفاده

مسلمانان اولیه در حجاز بوده است. اگر برخی از این اقلام در زندگی مردم آن روز وجود نداشت آیا متعلق زکات قرار می‌گرفت؟ مثلاً اگر شتر در حجاز نبود و یا مردم جو را نمی‌شناختند آیا زکات به این دو تعلق می‌گرفت؟ پرسش دیگر آن که اگر مثلاً برنج از ارزاق معمول بود آیا زکات به آن تعلق نمی‌گرفت؟ در بررسی قرآن و سنت هیچ‌گاه نمی‌بینیم که موضوع یک حکم یا قانون برای مردمی که می‌بایست به آن عمل کنند، ناشناخته باشد. اگر متعلق حکم برای مردم ناشناخته باشد و یا با عرف و فرهنگ آنان سنخیت نداشته باشد، آن حکم یا قانون مهمل خواهد بود.

به قوانین و مقررات معمول در میان مسلمانان اولیه می‌توان دو گونه نگریست: اول همان نگاه سنتی برخی فقها و اصولیون است که این قوانین و مقررات را حکم شرعی و حجت دانسته‌اند، درحالی‌که بیشتر این قوانین و مقررات پیش از اسلام رایج بوده و تداوم یافته و نه تنها مسلمانان، بلکه مشرکین نیز به‌عنوان قوانین معمول به آن عمل می‌کردند، حتی چنان‌که دیدیم بسیاری از آنها در میان یهودیان نیز معمول بوده است. بینش و اعتقادات مردم حجاز نسبت به زن از پیش از اسلام متفاوت با مرد بوده است. از پیش از اسلام معاش خانواده در دست مرد بوده، ولایت و سرپرستی برعهده مرد بوده، طلاق در دست مرد بوده، شهادت زن قابل قبول نبوده، دیه زن کمتر از مرد بوده و زن شایسته مناصبی همچون قضا و حکومت شناخته نمی‌شده است. پس از اسلام همین شیوه ادامه یافت. این شیوه همچنان در میان مشرکین نیز تداوم داشت و مخصوص مسلمانان نبود.

نگاه دوم آن است که قوانین و مقررات متداول در میان مسلمانان اولیه را همانا محصول عرف، تجربه، ساختار اجتماعی و خانوادگی و مقتضیات و شرایط جامعه آنان بدانیم. در این صورت حوزه قانونگذاری را از محدودیت خارج ساخته، امکان وضع قوانین مترقی و عملی و هماهنگ با شرایط و مقتضیات امروز فراهم می‌شود. همان‌طور که می‌دانیم بسیاری از قوانینی که مبتنی بر نگاه اول در جمهوری اسلامی وضع شده در مقام عمل با مشکلات جدی روبه‌روست و این مشکلات مرتفع نخواهد شد، مگر آنکه حوزه احکام شرعی را محدود ساخته، زمینه دخالت علم، تجربه و عقل را در قانونگذاری مهیا سازیم.

^۱ -قانون مدنی، مواد ۱۷۷-۱۷۳

سخن آخر خود را بابعارتی دیگر نیز بیان می‌کنیم و آن اینکه اگر به منشأ سنت توجه کنیم و به بررسی این نکته بپردازیم که احکام یا قوانین موجود در سنت از کجا نشأت گرفته است، خواهیم دید که بیشتر احکام از عرف گرفته شده است و نه از شرع. اینکه بیشتر احکام نیز امضایی دانسته شده دلالت بر همین واقعیت دارد. همه احکام فقهی که در این کتاب نیز به بررسی آن پرداختیم از عرف گرفته شده است. اصولیون سنت را که آمیزه‌ای از عرف و شرع است حجت دانسته بدین ترتیب عرفیات را که بخش اعظم سنت است وارد شرعیات کرده‌اند. این اشتباه مشکلات فراوانی را در مسیر قانونگذاری به وجود آورده و منشأ بروز تناقضات بسیار شده است. اگر در سنت عرفیات را از شرعیات جدا کنیم و آن دسته از احکام و قوانین را که از عرف گرفته شده از دایره حجت خارج سازیم و فقط شرعیات را حجت بدانیم، تعارضات موجود حل خواهد شد. عقل نیز بر این نکته صحه می‌گذارد که آن دسته از احکام که مستقیماً از شرع گرفته شده احکام شرعی خوانده شود و نه غیر آن. چنان‌که در طول این کتاب دیدیم قرآن نیز عرف را ملاک و معیاری معتبر می‌داند. در بیان حقوق زن می‌فرماید که برای زنان مطابق عرف همان حقوقی است که برای مردان است.^۱ یا به مردان امر می‌کند که با زنان خود به طور متعارف خود زندگی کنند.^۲ در واقع قرآن عرف را ملاکی معتبر برای شناخت حقوق و تنظیم مناسبات فردی، خانوادگی و اجتماعی دانسته است. اهل لغت و تفسیر نیز معروف را عملی می‌دانند که از نظر مردم پسندیده بوده، مطابق عقل، قوانین و فضایل انسانی و مقررات معمول باشد.^۳ ارزش و اعتبار عرف از آن‌روست که عناصری مانند عقل، علم و تجربه، عرف را می‌سازند. به همین دلیل است که قرآن نیز مانند سنت به عرف توجه خاص داشته است. پاره‌ای احکام و قوانین را ناظر بر عرف متداول مردم بیان کرده است مانند آیات ارث و یا آیه‌ای که درباره شهادت زن درباره آن سخن رانده شده است. احترام قرآن

۱. لَهْنٌ مِثْلُ الَّذِي عَلِيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ. (بقره: ۲۲۸)

۲. وَعَاشِرُوْهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ. (نسا: ۱۹)

۳-المیزان، ج ۲، ص ۳۴۹

و سنت نسبت به عرف و گرفتن قوانین و مقررات از عرف تأکید بر این مطلب مهم است که در هر روزگاری عرف مردم آن روزگار و در هر جامعه‌ای عرف مردم آن جامعه در وضع قوانین معتبر و محترم است. از توجه قرآن و سنت به عرف نمی‌توان این گونه استفاده کرد که فقط همان عرف خاص، یعنی عرف جامعه مسلمانان اولیه معتبر است. اگر حقوق زن براساس جایگاه امروز او در جامعه ایران تعریف و قوانین متناسب با آن وضع شود دیگر چهره زن مسلمان ایرانی آن چهره‌ای نخواهد بود که در فقه آن را می‌بینیم. اگر قوانین و مقرراتی را که در فقه تدوین شده، قوانین و مقررات عرفی جامعه مسلمانان اولیه بدانیم دیگر کسی اسلام را مخالف با حقوق زن و موافق با نابرابری حقوق مرد و زن نخواهد دانست.

انتشارات و چاپخانه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۳۹۵ ه.ق.

-السرائر احوای لتحری الفتاوی، محمد بن احمد بن ادريس، قم، مؤسسه نشر الاسلامی.

-شرايع الاسلام فی مسايل الحلال والحرام، ابوالقاسم نجم الدين جعفر بن حسن حلی (محقق حلی) اخراج و تعليق و تحقيق عدل الحسين محمد علی بقال، نجف، مطبعة الادب، دوره چهار جلدی در دو مجلد، بی تا.

-شهادت زن در اسلام، بر اساس نظریات فقهی آیت الله یوسف صانعی، فخرالدین صانعی، قم، نشر میثم تمار، ۱۳۸۵.

-اللمعه الدمشقیه، محمد بن جمال الدین مکی العاملی (شهید اول)، دارالفکر قم، ۱۴۱۱ ه.ق.

-رجال النجاشی، شیخ ابوالعباس احمد بن علی النجاشی الاسدی الکوفی، مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین قم.

-غنیة النزوع الی علمی الاصول والفروع، سید حمزه بن علی بن زهره الحلبي، تحقیق ابراهیم بهادری، مؤسسه امام صادق.

-القواعد الفقهیه، سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، دارالکتب العلمیه.

-الفقه علی المذاهب الاربعه، عبدالرحمن الجزیری، دار احیاء التراث العربی، بیروت، چاپ هفتم، ۱۴۰۶ ه.ق.

-الفقه الاسلامی و ادلته، دکتر وهبه الزهیلی، دارالفکر.

-الفقه علی المذاهب خمسہ، محمد جواد مغنیه.

-کنز العمال، المتقی الهندی (۹۷۵ ه)، دار احیاء التراث العربی، بیروت.

-الکشاف عن حقایق غوامض التنزیل و عیون الاقاویل فی وجوه التأویل، جادالله محمود بن عمر الزمخشري، نشر البلاغه، قم، ۱۴۱۵ ه.ق.

-کنز العرفان فی فقه القرآن، فاضل مقداد، مکتبه المرتضویه، ۱۳۸۵ ه.ق.

-کشف اللثام، فاضل هندی، محمد بن حسن اصفهانی.

فهرست منابع

-قرآن کریم.

- اصول کافی، محمد بن یعقوب ابن اسحاق الکلینی الرازی، دفتر نشر فرهنگ اهل البيت.

- اصول الفقه، شیخ محمدرضا مظفر، انتشارات جهان، ۱۳۸۶ ه.ق.

- اصول العامه للفقه المقارن، محمد تقی حکیم، چاپ دوم، مؤسسه ال البيت، ۱۹۷۹ م.

- تفسیر المیزان، سید محمد حسین طباطبایی، بنیاد علمی فرهنگی علامه طباطبایی با همکاری مرکز نشر رجا.

- تحف العقول عن الرسول (ص)، ابی محمد الحسن بن علی الحسین بن شعبه الحرانی، مکتبه الاسلامیه.

- توضیح المسائل سید ابوالقاسم خوئی، چاپ سعید مشهد، چاپ بیست و هفتم.

- تاریخ طبری، محمد بن جریر طبری، ترجمه ابوالقاسم پاینده، انتشارات اساطیر.

- تهذیب الاحکام شیخ طوسی، دارالکتب الاسلامیه، چاپ سوم.

- التبیان فی تفسیر القرآن، ابوجعفر محمد بن الحسن طوسی، دار احیاء التراث العربی، بیروت.

- تفسیر روح المعانی، علامه آلوسی بغدادی، دار احیاء التراث العربی، بیروت.

- جواهر الکلام فی شرح شرايع الاسلام، شیخ محمد حسن النجفی، المکتب الاسلامیه.

- الخلاف، ابوجعفر محمد بن حسن طوسی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۶ ه.ق.

- الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، زین الدین الجبعی العاملی (شهید ثانی)،

- گنجینه‌ای از تلمود، راب، ا، کهن، به اهتمام امیرحسین صدری‌پور، چاپخانه زیبا، ۱۳۵۰ ش.
- مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام.
- المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام، جواد علی، مکتبه النور، بغداد ۱۴۱۳ ه.ق.
- المحبر، محمد بن حبیب البغدادی، مطبعه الدائرة، ۱۳۶۱ ه.ق.
- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
- مقدمه ابن خلدون، دارالعودة، بیروت، ۱۹۹۷ م
- طبقات الکبری، محمد بن سعد، مکتبه العلوم والحکم مدینه، ۱۹۸۷ م
- الستر والنظر، محمد مهدی شمس الدین، موسسه المنار، قم
- تفسیر القرآن العظیم، ابن کثیر اسماعیل بن عمر، مکتبه دارالتوراث، قاهره، ۱۹۸۰ م
- سنن ابن ماجه، محمد بن یزید بن ماجه، با تحقیق محمد فواد عبدالباقی، دارالفکر، بیروت
- استفتائات قضایی، یوسف صانعی، چاپ میزان، تهران، ۱۳۸۴ ه.ش
- زوجات لا عشیقات، حمدی شفیق، کتاب الکترونیکی
- علل الترمذی الکبیر، به کوشش ابی طالب القاضی و ...، عالم الکتاب، بیروت، ۲۰۰۸ م

منابع انگلیسی:

- Everyday law, aviva golden – revised 1999.
- Seven years in the lives of British families – Richard Berthoud – Nov. 2000.

- المکاسب، شیخ مرتضی انصاری، مطبعه الآداب، نجف اشرف.
- مجموعه فتاوی ابن جنید، علی پناه اشتهااردی، قم، موسسه نشر اسلامی
- مجموعه قوانین (قانون اساسی و مدنی)، تدوین جهانگیر منصور، نشر دوران، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۱ ش.
- مجموعه قوانین و مقررات مربوط به خانواده، تدوین جهانگیر منصور، نشر دوران، چاپ ششم، ۱۳۸۰ ش.
- مجموعه قوانین (قانون مجازات اسلامی)، تدوین جهانگیر منصور، نشر دیدار، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۱ ش.
- فروغ ابدیت، جعفر سبحانی، انتشارات دارالتبلیغ اسلامی قم، ۱۳۵۱ ش.
- المغنی فی الفقه الامام احمد بن حنبل الشیبانی، دارالفکر، بیروت، ۱۴۰۵ ه.ق.
- مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، زین الدین بن علی شهید ثانی، بنیاد معارف اسلامی، ۱۳۸۱ ش.
- المفردات فی غریب القرآن، راغب اصفهانی، دارالمعرفه بیروت.
- من لا یحضره الفقیه، شیخ محمد بن علی بن بابویه الصدوق، جامعه مدرسن قم.
- مجمع البیان فی تفسیر القرآن، شیخ ابوعلی الفضل بن حسن الطبرسی، انتشارات ناصر خسرو.
- وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، شیخ محمد بن حسن الحر العاملی، مؤسسه آل البیت.
- نظام حقوق زن در اسلام، شهید مطهری، انتشارات صدرا، ۱۳۸۶ ش.
- منهاج الصالحین، سید ابوالقاسم خوئی، دارالغدير بیروت، چاپ دوم، ۱۳۹۳ ه.ق.
- کتاب النکاح، تقریری از درس سید محمد حسین فضل الله، مقرر شیخ جعفر شافوری، دارالملاک، بیروت.
- معلقات سبع، ترجمه عبدالمحمد آیتی، انتشارات اشرفی، چاپ دوم، ۱۳۵۷ ش.
- فقه القضاء، سید عبدالکریم موسوی اردبیلی، منشورات مکتب امیرالمؤمنین، قم، چاپ اول ۱۴۰۸ ه.ق.