

# نقش انقلاب اسلامی در احیای حقوق خانوادگی زنان

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۳/۲۰ تاریخ تأیید: ۱۳۹۹/۱۰/۰۹

فرج الله هدایت‌نیا\*

## چکیده

قانون اساسی ج.ا.ایران - که معمولاً امور اساسی و بنیادی را بیان می‌دارد - اصلی را به‌طور خاص به حقوق زنان اختصاص داده است. اصل ۲۱ قانون اساسی، دولت را موظف کرده است که حقوق زنان را در تمام جهات، با رعایت موازین اسلامی تضمین و زمینه‌های مساعد برای رشد شخصیت زن و احیای حقوق مادی و معنوی او را فراهم نماید. اینک که چهار دهه از پیروزی انقلاب اسلامی ایران می‌گذرد، شایسته است کارنامه نظام حقوقی ج.ا.ایران در احیا و تضمین حقوق زنان در چارچوب اصل ۲۱ قانون اساسی بررسی و ارزیابی شود تا مسیر تحولات حقوقی آینده برای زنان جامعه آشکار و هموار گردد. بررسی‌های این نوشتار نشان می‌دهد که امروزه زن ایرانی در خانواده خود به عنوان دختر، همسر یا مادر نسبت به پیش از انقلاب اسلامی، امنیت حقوقی بیشتری دارد و الزامات حقوقی

\* دانشیار گروه فقه و حقوق پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی. hedayat47@gmail.com

منکور در اصل ۲۱ قانون اساسی تا حدود زیادی محقق شده است.

واژگان کلیدی: قانون اساسی، حقوق زنان، نظام حقوقی، انقلاب اسلامی، امنیت، طلاق، خانواده.

## مقدمه

### ۱. اهمیت مسائل زنان در نظام حقوقی ایران

در هر جامعه، مسئله زن و وضعیت آنان، از اهمیت زیادی برخوردار است. مجامع و سازمان‌های بین‌المللی، وضعیت اجتماعی و خانوادگی زنان را یکی از شاخص‌های رشد و توسعه هر کشور به شمار می‌آورند. در حقوق داخلی ج. ا. ایران نیز حقوق زنان در ابعاد مختلف از مسائل مهم و بنیادین است. مؤید این ادعا آن است که اصولی از قانون اساسی به امور زنان در خانواده و جامعه اختصاص یافته؛ در حالی که معمولاً امور اساسی و بنیادی نظام سیاسی در قانون اساسی مطرح می‌گردد. در مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با اشاره به مسئله زنان آمده است: «در ایجاد بنیادهای اجتماعی اسلامی، نیروهای انسانی که تاکنون در خدمت استثمار همه‌جانبه خارجی بودند، هویت اصلی و حقوق انسانی خود را باز می‌یابند و در این بازیابی، طبیعی است که زنان به دلیل ستم بیشتری که تاکنون از نظام طاغوتی متحمل شده‌اند، استیفای حقوق آنان بیشتر خواهد

بود...». غیر از اصل دهم قانون اساسی که به‌طور کلی بر ضرورت تسهیل ازدواج، حفظ قداست خانواده و استواری روابط خانوادگی بر پایه حقوق و اخلاق اسلامی تأکید دارد، اصل ۲۱ به‌طور خاص به حقوق زنان اختصاص یافته و در آن با صراحت آمده است: «دولت موظف است حقوق زن را در تمام جهات با رعایت موازین اسلامی تضمین نماید و اقدامات زیر را انجام دهد: ۱) ایجاد زمینه‌های مساعد برای رشد شخصیت زن و احیای حقوق مادی و معنوی او. ۲) حمایت از مادران، به‌خصوص در دوران بارداری و حضانت فرزند، و حمایت از کودکان بی‌سرپرست. ۳) ایجاد دادگاه صالح برای حفظ کیان و بقای خانواده. ۴) ایجاد بیمه خاص بیوگان و زنان سالخورده و بی‌سرپرست. ۵) اعطای قیمومت فرزندان به مادران شایسته در جهت غبطه آنها در صورت نبودن ولی شرعی».

## ۲. نگاهی روش‌شناختی به تحولات حقوق زنان در ایران

از آغاز دوره قانون‌گذاری در ایران تاکنون، تحولات فراوانی در حوزه حقوق زنان رخ داده است. مطالعه روش‌شناختی تحولات حقوق زنان در دو مقطع قبل و پس از انقلاب اسلامی ایران، تفاوت معنی‌داری را نشان می‌دهد. تا پیش از انقلاب اسلامی، تحولات حقوق زنان از طریق گرایش به حقوق غرب به‌ویژه تأثیرپذیری از اصل برابری حقوقی، صورت گرفته است. بعضی پژوهشگران غربی با اشاره به این مطلب نوشته‌اند: «حقوق شریعت، در اواخر قرن نوزدهم در ظاهر بر قسمت وسیعی از جهان اسلام

حکومت می‌کرد، اما اکنون چنین نیست، چرا که حقوق اسلام و سیستم دادگاه‌های شرعی در کشورهای اسلامی یکی پس از دیگری جای خود را به قوانین موضوعه - که عمدتاً از غرب الهام گرفته - و سیستم محاکم عرفی - که برای اعمال این مجموعه قوانین جدید تشکیل شده است - داده‌اند. حتی در آن محدوده از زندگی، که شریعت رسماً حکم‌فرماست و همچنان در محاکم خاص اعمال می‌شود، در اکثر کشورهای مربوط، طی ۱۲۵ سال گذشته تغییرات فراوانی صورت پذیرفته است» (اندرسون، ۱۳۷۶، ص ۳۰). نمونه روشن این مطلب، شناسایی حق طلاق برای زنان برابر با حق طلاق مردان است. در مرحله نخست، در ماده ۱۱ قانون حمایت خانواده سال ۱۳۴۶، در پنج بند به صورت یکسان برای زن و شوهر حق طلاق پیش‌بینی گردید. در مرحله دوم، در ماده ۸ قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳، در ۱۴ بند به صورت یکسان برای زن و شوهر حق طلاق پیش‌بینی گردید. همچنین، در ماده ۱۵ قانون اخیر، برای مادر ولایت بر طفل پیش‌بینی گردید. این موارد، مغایر شریعت اسلامی است و به همین دلیل پس از انقلاب اسلامی نسخ گردید. پس از انقلاب اسلامی، سیر تحول حقوق زنان متوقف نشد بلکه با شتاب بیشتر ادامه یافت؛ با این تفاوت که با استفاده از ظرفیت‌های درونی نظام حقوقی اسلام، اصلاحات حقوقی مورد نظر محقق شد. مانند گزینش فتوای مناسب، بهره‌برداری از عناوین ثانوی، و استفاده از شروط ضمن عقد.

### ۳. ضرورت ارزیابی تحولات حقوق زنان پس از انقلاب اسلامی

از پیروزی انقلاب اسلامی در ایران تاکنون، چهل سال گذشته است. شایسته است با رویکرد حقوقی، تحولات مربوط به حقوق زنان در سال‌های پس از انقلاب اسلامی بررسی و ارزیابی شود. چنان‌که که در بیانیه گام دوم انقلاب اسلامی، از سوی رهبری معظم انقلاب بیان گردید، «برای برداشتن گام‌های استوار در آینده، باید گذشته را درست شناخت و از تجربه‌ها درس گرفت؛ اگر از این راهبرد غفلت شود، دروغ‌ها به جای حقیقت خواهند نشست و آینده مورد تهدیدهای ناشناخته قرار خواهد گرفت». رهبری معظم انقلاب اسلامی همچنین در این بیانیه فرمود: «انقلاب پُرشکوه ملت ایران که بزرگترین و مردمی‌ترین انقلاب عصر جدید است، تنها انقلابی است که یک چلّه پُرافتخار را بدون خیانت به آرمان‌هایش پشت سر نهاده و در برابر همه وسوسه‌هایی که غیر قابل مقاومت به نظر می‌رسیدند، از کرامت خود و اصالت شعارهایش صیانت کرده و اینک وارد دومین مرحله خودسازی و جامعه‌پردازی و تمدن‌سازی شده است». روشن است که ملت ایران در گام دوم، فرصت آزمون و خطا ندارد و باید با شناسایی نقاط قوت و ضعف گذشته، راه آینده را به‌درستی طی کند؛ در غیر این صورت در جامعه‌پردازی و تمدن‌سازی توفیقی نخواهد داشت. با توجه به این مطلب مهم، ارزیابی و آسیب‌شناسی تحولات حقوقی پس از انقلاب اسلامی، در همه حوزه‌ها از جمله حوزه حقوق زن، ضروری است و غرض از نگارش این نوشتار نیز همین است.

#### ۴. پیشینه موضوع پژوهش

درباره حقوق زنان، پژوهش‌های ارزشمندی صورت گرفته است. از میان آنها، می‌توان به مجموعه مقالات «بازپژوهی حقوق زن» اشاره کرد. این کتاب به قلم شهید واقعه‌نا، مرحوم دکتر ناصر قریب‌نیا و گروهی از پژوهشگران نگاشته و در دو جلد منتشر گردید. دوره سه‌جلدی «فلسفه حقوق خانواده»، توسط دکتر محمود حکمت‌نیا و گروهی از پژوهشگران نگارش و منتشر شد، و حاوی مطالب فراوانی درباره حقوق خانوادگی زن است. کتاب «حقوق مالی زوجه» به قلم نگارنده، اثر پژوهشی دیگری است که دو اقدام تقنینی مهم پس از انقلاب اسلامی یعنی «اجرت‌المثل» و «تعديل مهریه» زوجه را بررسی می‌کند. تفاوت این پژوهش با آثار مشابه در این است که پژوهش کنونی، تحولات حقوق زنان را پس از انقلاب اسلامی از منظر روش‌شناختی مورد واکاوی و نقد و بررسی قرار می‌دهد.

#### ۵. نحوه سازمان‌دهی مطالب

می‌دانیم که حقوق زنان ابعاد مختلفی دارد و از یک منظر به خانوادگی و اجتماعی طبقه‌بندی می‌شود. این نوشتار، تحولات مربوط به مطالعه حقوق خانوادگی زنان پس از انقلاب اسلامی می‌پردازد و برای رعایت اختصار، از ورود به مباحث مربوط به حقوق اجتماعی آنان خودداری می‌کند. همچنین، هدف نوشتار، بررسی تحولات رخ داده از منظر حقوق فردی زنان است. ارزیابی تحولات حقوق زنان از منظر مصالح کلان

خانواده به دلیل اهمیت و گستردگی موضوع، نیازمند پژوهش دیگری است و این نوشتار وارد این مبحث نمی‌شود.

نظام حقوقی ج. ا. ایران از دو ظرفیت تقنینی و قراردادی (شروط ضمن عقد)، اهداف مورد نظر خود در احیای حقوق زنان را دنبال کرده است. به همین دلیل مباحث این پژوهش در دو بخش سامان‌دهی شده و در هر قسمت، تحولات مربوط به حقوق زنان به عنوان دختر، همسر و مادر در ابعاد مالی و غیرمالی، مورد بررسی و ارزیابی قرار خواهد گرفت.

### گفتار یکم: تحولات تقنینی در حقوق خانوادگی زنان

در نظام حقوق نوشته (Written law)، قانون، مهم‌ترین منبع حقوق است. از این رو دولت‌ها می‌کوشند اهداف اجتماعی خود را از طریق قانون‌گذاری دنبال کنند. در ج. ا. ایران نیز قانون، مهم‌ترین منبع حقوقی است. به همین دلیل، فهرست تحولات قانونی در سال‌های پس از انقلاب اسلامی در حوزه حقوق زنان، بسیار طولانی است. نخست به صورت موردی، قوانین مربوط به حقوق خانوادگی زنان را مطالعه نموده و سپس آنها را به لحاظ روش‌شناختی تحلیل خواهیم کرد.

#### ۱. مطالعه موردی تحولات تقنینی در حقوق خانوادگی زنان

تحولات تقنینی مربوط به حقوق زنان در بازه زمانی مورد نظر در دو بعد مالی و غیرمالی قابل مطالعه است. در بند نخست، مهم‌ترین تحولات

مربوط به حقوق مالی زنان در خانواده و در بند دوم، تحولات مربوط به حقوق غیرمالی آنان تبیین می‌شود.

### الف) تحولات مربوط به حقوق مالی زنان در خانواده

#### یکم: تعدیل مهریه‌های ریالی

به دلیل نوسانات ارزش پول ملی در سال‌های گذشته، تبصره‌ای به ماده ۱۰۸۲ ق. م. ملحق شد تا از تضییع حق زن در مهر جلوگیری شود. تبصره الحاقی به ماده ۱۰۸۲ ق. م (الحاقی ۱۳۷۶/۴/۲۹) چنین است: «چنانچه مهریه وجه رایج باشد، متناسب با تغییر شاخص قیمت سالانه زمان تأدیه نسبت به سال اجرای عقد که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌گردد، محاسبه و پرداخت خواهد شد، مگر اینکه زوجین در حین اجرای عقد به نحو دیگری تراضی کرده باشند». این قانون با ماده چهارم قانون مدنی مبنی بر عدم تسری حکم قانون به گذشته، مغایر به نظر می‌رسد. به همین دلیل قضاات از اجرای تبصره مذکور در ازدواج‌های قبل از تاریخ تصویب آن خودداری می‌کردند. به دلیل اختلاف رویه محاکم قضایی درباره قلمرو زمانی تبصره مزبور، هیئت عمومی دیوان عالی کشور رأی شماره ۶۴۷، مورخ ۱۳۷۸/۱۰/۲۸ را به این شرح صادر کرده است: «منظور مقنن از مقررات ماده‌واحد قانون الحاق یک تبصره به ماده ۱۰۸۲ ق. م (مصوب ۱۳۷۶)، با توجه به عبارات صدر تبصره و فلسفه



وضع آن، حفظ ارزش ریالی مهریه زوجه است که معمولاً بر حسب وجه رایج (ریالی) تعیین می‌شود، اگرچه تاریخ وقوع عقد ازدواج، مربوط به زمان قبل از تصویب تبصره مزبور باشد. با این وصف، قانون مرقوم (تبصره الحاقی) با ماده ۴ ق. م. مابینتی ندارد...».

### دوم: تعمیم مصادیق نفقه

متن اولیه ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی (مصوب ۱۳۱۴) درباره تعریف و مصادیق نفقه به‌گونه‌ای بود که از آن حصر نفقه به مصادیق مذکور در قانون برداشت می‌شد. در متن اولیه از بعضی مصادیق مهم نفقه، مانند نیازهای دارویی و درمانی زن ذکری نشده بود. به همین دلیل، قانون‌گذار در سال ۱۳۸۱ به اصلاح متن فوق اقدام نموده و آن را به این صورت تنظیم کرده است: «نفقه عبارت است از همه نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن از قبیل مسکن، البسه، غذا، اثاث منزل و هزینه‌های درمانی و بهداشتی و خادم در صورت عادت یا احتیاج به‌واسطه نقصان یا مرض». با توجه به کلمات «همه نیازها» و «از قبیل» در متن کنونی قانون، موارد مذکور در آن تمثیلی است و تعریف قانون همه نیازهای متعارف زن را در بر می‌گیرد.

### سوم: تثبیت ارث زوجه از عقار

مطابق متن اولیه ماده ۹۴۶ قانون مدنی (مصوب ۱۳۰۷) «زوج از تمام

اموال زوجه ارث می‌برد لیکن زوجه از اموال ذیل: ۱- از اموال منقوله از هر قبیل که باشد. ۲- از ابنیه و اشجار». مطابق این قانون، زوجه از عقار یعنی اموال غیرمنقول ذاتی و عرصه (زمین) سهمی ندارد. روشن است که با نادیده گرفتن زمین، سهم زوجه از باقی اموال شوهر ناچیز است و او پس از فوت شوهر امنیت اقتصادی نخواهد داشت. به همین دلیل، قانون‌گذار به اصلاح این قانون اقدام نموده و متن اصلاحی چنین است: «زوج از تمام اموال زوجه ارث می‌برد و زوجه در صورت فرزندان بودن زوج، یک‌هشتم از عین اموال منقول و یک‌هشتم از قیمت اموال غیرمنقول اعم از عرصه و اعیان، ارث می‌برد. در صورتی که زوج هیچ فرزندی نداشته باشد سهم زوجه یک‌چهارم از کلیه اموال به ترتیب فوق می‌باشد (اصلاحی ۱۳۸۷/۱۱/۶).

#### چهارم: اجرت‌المثل و نحله

بسیاری از زنان، خانهداری را بر مشاغل بیرون خانه ترجیح می‌دهند و انرژی خود را صرف رسیدگی به کارهای شخصی و نگهداری فرزندان می‌نمایند. مردان در سایه امنیت و آرامش خاطر، به فعالیت اقتصادی می‌پردازند و در نتیجه قادر خواهند بود در درازمدت صاحب ثروت و سرمایه شوند. در حالی که سهم زن از سال‌ها تلاش و کوشش، تنها خوراک و پوشاک است. این وضعیت، زنان را از نظر اقتصادی آسیب‌پذیر خواهد ساخت. برای حل این مشکل و ایجاد امنیت اقتصادی زنان، قانون‌گذار در

سال ۱۳۸۵ تبصره‌ای به ماده ۳۳۶ قانون مدنی اضافه کرد که متن آن، چنین است: «چنانچه زوجه کارهایی را که شرعاً به عهده وی نبوده و عرفاً برای آن کار اجرت‌المثل باشد، به دستور زوج و با عدم قصد تبرع انجام داده باشد و برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت‌المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می‌نماید». مفاد تبصره مزبور در حقوق خانواده، بدیع نیست و به نوعی تأکید متن ماده ۳۳۶ ق. م. است. متن تبصره به گونه‌ای است که استیفای حق زن از شوهر را دشوار ساخته است. متن ماده ۳۳۶ ق. م. اصل را بر عدم تبرع گرفته است و بر مبنای آن، عامل بی‌نیاز از اثبات قصد تبرع خواهد بود؛ اما در روابط زن و شوهری به علت ظهور عرفی تبرعی بودن خدمات زن و شوهر در دوران زناشویی برای یکدیگر، نمی‌توان به اصل عدم تبرع اعتماد کرد. (ر. ک: هدایت‌نیا، ۱۳۸۵، ص ۷۸). از این رو تبصره ماده مزبور، احراز قصد عدم تبرع زوجه توسط دادگاه را ضروری شناخته که البته به‌غایت دشوار است. به همین دلیل، قضات ترجیح می‌دهند اجرت خدمات زن در دوران زوجیت را از طریق اجرای بند (ب) ماده‌واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق تأمین نمایند. مطابق این قانون، «با توجه به سنوات زندگی مشترک و نوع کارهایی که زوجه در خانه شوهر انجام داده و وسیع مالی زوج، دادگاه مبلغی را از باب بخشش (نحله) برای زوجه تعیین می‌نماید». ماده‌واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق، با تصویب قانون جدید حمایت خانواده (۱۳۹۱) نسخ شده است؛ ولی مطابق ماده پایانی این قانون،

بند (ب) تبصره ششم ماده واحده به حال خود باقی و قابل اجرا است.

### ب) تحولات مربوط به حقوق غیرمالی زنان در خانواده

پس از انقلاب اسلامی در قوانین ناظر به حقوق دختران خردسال و مادران، اصلاحات قابل توجهی صورت گرفته است. به مهم‌ترین آنها اشاره می‌شود.

#### یکم: تحدید کودک‌همسری

اصلاح ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی درباره شرایط تزویج کودکان توسط ولی قهری، گام مهمی در صیانت از حقوق دختران به شمار می‌آید. مطابق متن کنونی ماده ۱۰۴۱ ق.م، «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح». ضمانت اجرای رعایت این شرایط در ماده مزبور نیامده است؛ ولی ماده ۵۰ قانون حمایت خانواده (مصوب ۱۳۹۱) این نقیصه را جبران و بیان داشته است: «هرگاه مردی بر خلاف مقررات ماده (۱۰۴۱) قانون مدنی ازدواج کند، به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شود. هرگاه ازدواج مذکور به واقعه منتهی به نقص عضو یا مرض دائم زن منجر گردد، زوج علاوه بر پرداخت دیه به حبس تعزیری درجه پنج و اگر به واقعه منتهی به فوت زن منجر شود، زوج علاوه بر پرداخت دیه به حبس تعزیری درجه چهار

محکوم می‌شود». تبصره این قانون نیز درباره مسئولیت سایر کسانی که در وقوع جرم موضوع ماده مزبور، نقش داشته‌اند مقرر می‌دارد: «هرگاه ولی قهری، مادر، سرپرست قانونی یا مسئول نگهداری و مراقبت و تربیت زوجه در ارتکاب جرم موضوع این ماده، تأثیر مستقیم داشته باشند به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شوند. این حکم در مورد عاقد نیز مقرر است».

### دوم: تضمین حقوق مادری

۱) قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ برای مادر با شرایطی، ولایت بر طفل را پیش‌بینی کرده بود. مطابق ماده ۱۵ این قانون، «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...». با توجه به نفی ولایت مادر در فقه اسلامی، این قانون، مغایر شرع مقدس است. نسخ این قانون مشکلاتی برای مادران ایجاد می‌کند. به همین دلیل قانون‌گذار، از راه‌های دیگری این مشکل را حل کرده است. غیر از «اعطای قیمومت فرزندان به مادران شایسته» که در اصل

۱. ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مجازات‌های تعزیری را به هشت درجه تقسیم کرده است. مطابق این قانون حبس تعزیری درجه شش «شش ماه تا دو سال»، حبس تعزیری درجه پنج «دو تا پنج سال» و حبس تعزیری درجه چهار «پنج تا ده سال» است.

۲۱ قانون اساسی ذکر گردید، ماده ۶ قانون فعلی حمایت خانواده (۱۳۹۱) به نمایندگی حقوقی مادر از طفل در دادرسی اشاره کرده و مقرر می‌دارد: «مادر یا هر شخصی که حضانت طفل یا نگهداری شخص محجور را به اقتضای ضرورت بر عهده دارد، حق اقامه دعوی برای مطالبه نفقه طفل یا محجور را نیز دارد...».

۲) مطابق ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی، هرگاه پدر طفل زنده نباشد، حق حضانت با مادر او است. ازدواج مادر طفل، مسقط حق حضانت وی نخواهد بود. بنابراین، جدّ پدری نمی‌تواند کودک را از مادر جدا کند. این مطلب در فقه بیان شده است (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۷، ص ۵۵۲)؛ ولی متن اولیه قانون مدنی در این باره، ساکت است. به همین دلیل، قانون‌گذار در ماده واحده «قانون حق حضانت فرزندان صغیر یا محجور به مادران آنها (مصوب ۱۳۶۴) این نقص قانون مدنی را جبران کرده است. مصوبه مذکور توسط قانون فعلی حمایت خانواده (مصوب ۱۳۹۱) نسخ و ماده ۴۳ این قانون، جایگزین قانون سابق شده است. متن ماده ۴۳ قانون جدید حمایت خانواده چنین است: «حضانت فرزندی که پدرشان فوت شده با مادر آنها است مگر آنکه دادگاه به تقاضای ولی قهری یا دادستان، اعطای حضانت به مادر را خلاف مصلحت فرزند تشخیص دهد». بدین ترتیب، زنانی که شوهرانشان فوت شده‌اند، نگران آن نیستند که با ازدواج، حضانت فرزند خود را از دست دهند و مجبور نیستند میان ازدواج مجدد و نگهداشتن فرزند درکنار خود، یکی را انتخاب نمایند.



## ۲. تحلیل روش‌شناختی تحولات تقنینی در حقوق خانوادگی زنان

بررسی تحولات تقنینی در حقوق خانوادگی زنان نشان می‌دهد که قانون‌گذار برای نیل به مقصود و اهداف خود از روش‌های مختلفی بهره برده است. به دو روش مهم مربوط به تحولات تقنینی اشاره می‌شود.

### الف) تغییر فتوای معیار قانون

به شرحی که خواهیم گفت، در اصلاحات حقوقی از روش گزینشی، استفاده شده است. در این روش، قانون‌گذار فتوای معیار قانون را تغییر داده و از فتوای مناسب و مؤثر دیگری برای احیای حقوق زن، استفاده کرده است.

### یکم: فتوای معیار در نظام قانون‌گذاری ایران

از قانون اساسی و مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی برمی‌آید که نظر فتوایی فقهای شورای نگهبان و نظر اکثریت آنان مبنا و معیار تأیید یا ردّ مصوبات مجلس شورای اسلامی است (هدایت‌نیا، ۱۳۸۹، ص ۶۶). شورای نگهبان در نظریه تفسیری خود نیز بر همین مطلب تأکید کرده و در پاسخ استفساریه‌ای چنین نظر داده است: «تشخیص مغایرت یا انطباق قوانین با موازین اسلامی به‌طور نظر فتوایی با فقهای شورای نگهبان است» (مهرپور، ج ۳، ۱۳۷۱، ص ۱۳۸-۱۳۹). بنابراین، فتوای معیار برای قانون‌گذاری، در حقوق اساسی ج. ا. ایران تعیین ندارد.

قانون‌گذار می‌تواند از میان فتاوی معتبر، فتوایی را که با اهداف مورد نظر خود هماهنگ می‌بیند، مبنای اصلاحات حقوقی قرار دهد (هدایت‌نیا، ۱۳۸۸، ص ۱۰۲). استفاده از این روش برای شناسایی حقوق زنان، مربوط به مواردی است که مسئله مورد نظر در فقه اسلامی اختلافی است. به بعضی نمونه‌های آن در بند بعد اشاره می‌شود.

### دوم: تحولات تقنینی در حقوق زنان به روش گزینشی

در حوزه قوانین خانواده، موارد متعددی وجود دارد که قانون‌گذار از فتوای مشهور دست برداشته و به فتوای غیر مشهور که به حال زنان مناسب‌تر بوده روی آورده است:

(۱) مطابق متن اولیه ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی، حضانت فرزندان پسر تا دو سالگی و حضانت فرزندان دختر تا هفت‌سالگی با مادر و از آن پس با پدر بوده است. این موضع با فتوای مشهور هماهنگ بوده است. با وجود این، قانون‌گذار آن را اصلاح و با تبعیت از فتوای بعضی فقهای دیگر، حضانت فرزندان را به طور کلی تا هفت‌سالگی به مادر سپرده است. متن کنونی ماده ۱۱۶۹ (اصلاحی ۸/۹/۱۳۸۲ مجمع تشخیص مصلحت نظام): «برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوی او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا سن هفت‌سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است». تبصره این قانون نیز بیان می‌دارد: «بعد از هفت‌سالگی در صورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه



می‌باشد».

۲) مطابق متن اولیه ماده ۹۴۶ قانون مدنی، زوجه از عقار یا اموال غیرمنقول ذاتی (زمین) سهمی نداشته است. این قانون، منطبق بر فتوای مشهور بوده است؛ با وجود این، قانون‌گذار سال ۱۳۸۷ آن را اصلاح و با استفاده از فتوای بعضی فقها، حق الارث زوجه از عقار را تثبیت کرده است که متن قانون فعلی آن قبلاً ذکر شده است.

### ب) تغییر حکم مبنای قانون

در مسائلی که راجع به آن اجماع یا اتفاق فقهی وجود دارد، قانون‌گذار نمی‌تواند -به روش گزینشی یا تغییر فتوای معیار- به اصلاح قانون مبادرت ورزد. در این موارد، از ظرفیت عناوین و احکام ثانوی برای اهداف تقنینی استفاده می‌شود. نمونه‌های مربوط به این روش تقنینی را بیان خواهیم کرد.

### یکم: احکام اولی و ثانوی در نظام تشریح اسلامی

در فقه، احکام شرعی به اولی و ثانوی تقسیم می‌شوند. مطابق تعریف مشهور فقها و اصولیان، حکم اولی، حکمی است که برای ذات شیء، بدون لحاظ آنچه بر آن شیء عارض می‌گردد، وضع شده است (حکیم، ۱۳۹۰، ص ۷۳). حکم ثانوی، حکمی است که برای شیء وضع می‌گردد، به لحاظ عناوین خاصه‌ای که بر آن عارض و مقتضی تغییر حکم اولی آن است. (همان). در حقیقت، شارع مقدس برای فعل واحد دو حکم واقعی مختلف

جعل کرده است: یکی از این دو، برای شرایط اولی و دیگری برای شرایط غیر عادی است (هدایت‌نیا، ۱۳۹۲، ص ۴۲). نمونه روشن احکام اولی و ثانوی در آیه ۱۷۳ سوره بقره دیده می‌شود. مطابق این آیه، خداوند، مردار، خون، گوشت خوک و آنچه را نام غیر خدا به هنگام ذبح بر آن گفته شود، حرام کرده است. ولی آن کس که مجبور شود، در صورتی که ستمگر و متجاوز نباشد، گناهی بر او نیست، و می‌تواند برای حفظ جان خود، در موقع ضرورت، از آن بخورد: «إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَ مَا أَهْلًا بِهِ لِيُغَيِّرَ اللَّهُ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَ لَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ». چنان‌که مشاهده می‌شود، خداوند گوشت مردار، خون و گوشت خوک را که حرام است، بر انسان در مانده، حلال کرده است. وی می‌تواند به مقدار ضرورت از آن استفاده کند. در این آیه شریفه حرمت، حکم اولی و حلیت در شرایط اضطراری، حکم ثانوی است.

### دوم: نقش عناوین و احکام ثانوی در تحولات تقنینی حقوق زنان

در تحولات فقه و حقوق خانواده از ظرفیت عناوین ثانوی استفاده شد. پیش از این اشاره شد که بند (ب) تبصره ششم ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق، زوجه را با شرایطی، مستحق «نحله» شناخته است. این قانون یا هیچ یک از انواع حقوق مالی زنان در خانواده مانند مهریه، نفقه و مهر المتعه، تطبیق ندارد. قانون مزبور بر مبنای ضرورت حمایت مالی از مطلقه تصویب شده و اقدامی تأسیسی است (ر. ک:

هدایت‌نیا، ۱۳۸۵، ص ۱۲۶-۱۲۸ / همو، ۱۳۸۸، ص ۶۴-۶۶).

در زمان ما بعضی فقهای معاصر از همین روش برای ضابطه‌مند کردن نکاح منقطع، استفاده کرده‌اند. می‌دانیم که نکاح منقطع در فقه امامیه مشروع است و مشروعیت آن از شرایط مذکور در آیه سوم سوره نساء یعنی شرط عدالت و عدد همسران مستثنا شد (ر. ک: شهید اول، ۱۴۱۰، ص ۱۷۹ / شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۵، ص ۲۰۶-۲۰۷ / همو، ۱۴۱۳، ج ۷، ص ۳۴۹). بعضی فقها به اقتضای ضرورت و برای پیشگیری از وهن مذهب، جلوگیری از سوءاستفاده بعضی مردان و پیشگیری از تزییع حقوق زنان، نکاح منقطع را تنها برای اشخاص مضطرّ تجویز کرده‌اند. آیت‌الله مکارم شیرازی در ۲۰ سؤال ۱۴۳۸ در نامه‌ای خطاب به شیخ الازهر، ازدواج موقت را «ازدواج ضرورت» شمرده و نوشته‌اند: «ازدواج موقت وسیله‌ای برای سوءاستفاده هوس‌بازان و همجنس‌بازان نیست! به همین دلیل در پرسش‌هایی که از ما مطرح می‌شود ما فتوا داده‌ایم که ازدواج موقت تنها در صورتی جایز است که ضرورت ایجاب کند. مثلاً زمانی که فرد از خانواده‌اش دور است و بیم آن می‌رود که اگر از این حکم یاری نجوید، در دام فسق و فجور گرفتار آید؛ یا اینکه فردی مجرد است و با وجود نیاز مبرم جنسی، امکان ازدواج دائم برای او فراهم نیست! بر این اساس اگر ازدواج موقت را ازدواج ضرورت بنامیم، به خطا نرفته‌ایم!». ایشان در پاسخ استفتاء نگارنده درباره مطلب مزبور نوشته‌اند: «آنچه ما در این باره گفته‌ایم، از باب عنوان ثانوی، اجازه متعه به صورت گسترده منشأ مفاسد خانوادگی

و هجوم دشمنان شیعه می‌شود. اضافه بر این، در باب پنج ابواب متعه نیز اشارات روشنی به این معنی دیده می‌شود. در ضمن، صاحب وسائل به آن باب، عنوان کراهت داده در حالی که بعضی روایات باب، ظاهر در حرمت است.»

گفتنی است: استفاده از ظرفیت عناوین ثانوی تابع ضوابط خاصی است (ر. ک: هدایت‌نیا، ص ۲۷۷). طبیعت احکام مبتنی بر عناوین ضروری آن است که از حیث دوام و بقا، تابع ضرورت و مصلحت هستند. (ناصر مکارم شیرازی، ۱۴۲۲، ص ۲۶۶). آنچه موجب دست برداشتن از حکم اولی می‌شود، عنوان ثانوی است و تا زمانی به حکم ثانوی عمل می‌شود که ضرورت و مصلحت مورد نظر، باقی باشد. به همین دلیل، امام خمینی<sup>ع</sup> در نامه مورخ ۱۳۶۰/۷/۱۹ به مجلس شورای اسلامی، بر لزوم موقتی بودن این قبیل مصوبات تأکید نموده و اظهار داشته‌اند: «آنچه در حفظ نظام جمهوری اسلامی دخالت دارد... با تصریح به موقت بودن آن، مادام که موضوع، محقق است و پس از رفع موضوع خودبه‌خود لغو می‌شود، مجازند در تصویب و اجرای آن...» (امام خمینی، ۱۳۸۶، ج ۱۵، ص ۲۹۷). در حال حاضر، در مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام، قید زمانی دیده می‌شود. بنابراین لازم است به‌طور مستمر مصوبات مجمع که بر مبنای عناوین و احکام ثانوی وضع می‌گردد، مورد ارزیابی قرار گیرد تا به محض رفع ضرورت و مصلحت مورد نظر، قانون ثانوی لغو و حکم اولی بازگردد.

## گفتار دوم: تحولات قراردادی در حقوق خانوادگی زنان

مطابق اصل ۷۲ قانون اساسی، «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد...». بنابراین، اختیار تقنینی مجلس شورای اسلامی، محدود است. در مواردی که اصلاحات حقوقی به روش تقنینی ممکن نباشد، هدف مورد نظر تحت شرایطی به روش قراردادی، قابل تأمین است. طرفین قرارداد می‌توانند به صورت شرط ضمن عقد، بعضی آثار عقود را تغییر دهند و توافق خود را جایگزین الزامات شرعی یا قانونی سازند. بر این مبنای فقهی، قانون مدنی مقرر داشته است: «طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند؛ مثل اینکه شرط شود هرگاه شوهر، زن دیگر بگیرد یا در مدت معینی غائب شود یا ترک انفاق نماید یا علیه حیات زن سوء قصد کند یا سوء رفتاری نماید که زندگانی آنها با یکدیگر غیرقابل تحمل شود زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهائی خود را مطلقه سازد». در تحولات مربوط به حقوق زنان پس از انقلاب اسلامی، از ظرفیت شروط ضمن عقد استفاده شده است. در برخی موارد مانند شرط عندالاستطاعه در مهریه، اختیارات قانونی زن برای استیفای مهر، محدود گردید که خارج از موضوع این نوشتار است. در ادامه مباحث این نوشتار، حقوق قراردادی مکتسب زن در خانواده، بررسی و ارزیابی می‌شود.

## ۱. تحدید قراردادی حق شوهر در چندهمسری

اختیار زوج در چندهمسری، مستند به آیه سوم سوره نساء است و در چارچوب اصل عفاف توجیه می‌شود. همچنین چندهمسری مردان، تدبیر حکیمانه‌ای است تا بانوان بیوه یا مطلقه مجدداً بتوانند تشکیل خانواده دهند. با وجود این، چندهمسری ممکن است منشأ برخی مشکلات باشد؛ مانند کاهش تمایل دختران به ازدواج، تضییع حقوق زن، و تخریب روابط همسری، و سستی بنیان خانواده. با استفاده از شروط ضمن عقد به دو روش صریح و ضمنی می‌توان اختیار شوهر در چندهمسری را محدود و ضابطه‌مند کرد.

### الف) بررسی آرای فقهی پیرامون شرط ترک تزوج

در مورد مشروعیت شرط ترک تزوج، اختلاف نظر وجود دارد. جمعی از فقها آن را نامشروع می‌دانند. این نظریه، در فقه امامیه رویکرد غالب است. محقق طی (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۲۷۳)، شهید ثانی (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۵، ص ۳۶۲)، امام خمینی (امام خمینی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۳۰۲) و جمع زیادی از فقهای امامیه این شرط را مثال و مصداقی برای شرط مخالف قلمداد کرده و بطلان آن را معروف (نجفی، [بی‌تا]، ج ۳۱، ص ۹۸) یا مشهور (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۴، ص ۵۲۵) دانسته‌اند. جمعی از فقهای عامه نیز قائل به بطلان این قبیل شروط هستند (ابن قدامه، [بی‌تا] ج ۷، ص ۴۴۷). گروهی دیگر از فقهای امامیه معتقدند که شرط ترک

تزوج، خواه در عقد نکاح باشد یا عقد لازم دیگر، مشروع و لازم الوفاء است. (ر. ک: حکیم، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۲۹۶/ سبحانی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۲۴۸-۲۵۰/ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲، ص ۳۸۹-۳۹۰/ خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۲۸۱/ حکیم، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۴۱/ سیستانی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۱۰۲). امام خمینی که در تحریر الوسیله، شرط ترک تزوج را در زمره شروط نامشروع ذکر کرد، در یکی دیگر از آثار فقهی خود می‌گوید: انصاف این است که در صحت شرط ترک تزوج از نظر روایات، اشکالی نیست (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۲۶۴). علت فتوای امام خمینی در تحریر به بطلان شرط، اجماع احتمالی یا شهرت است. ایشان می‌افزاید: پس اگر اجماع یا شهرت قابل اعتمادی بر بطلان این شرط قائم باشد و احتمال داده نشود که اجماع کنندگان به روایات تکیه کرده باشند، در این صورت چاره‌ای جز پذیرش عدم مشروعیت شرط نیست (همان). گروهی از فقهای عامه نیز قائل به مشروعیت شرط ترک تزوج هستند. *ابن‌قدمه* پس از تقسیم شروط نکاح به اقسام سه‌گانه می‌نویسد: قسم اول شرطی است که وفای به آن لازم است و آن شرطی است که نفعی از آن برای زوجه متصور باشد؛ مانند اینکه زوج، وی را از منزل یا بلد خارج نکند، یا در سفر او را با خود نبرد، یا با او همسر دیگری اختیار نکند. این قبیل شروط، لازم‌الوفاء هستند. ایشان، این نظریه را مروی از شماری از صحابه (ابن‌قدمه، [بی‌تا]، ج ۷، ص ۴۴۸) دانسته و خود نیز همین قول را می‌پذیرد (همان). همین نظریه در میثاق الاسرة فی الاسلام (مصوب ۹ سپتامبر ۲۰۰۷ مصر)، قانون احوال

شخصیه مغرب،<sup>۱</sup> و اردن هاشمی<sup>۲</sup> دیده می‌شود. نظر دیگر در مورد مشروعیت یا عدم مشروعیت شرط ترک تزوج، تفصیل میان شرط کلی یا موقت است. اگر کسی به طور کلی و دائمی متعهد شود که ازدواج نکند، این شرط نامشروع است؛ ولی اگر متعهد شود که برای مدتی یا با اشخاص معینی یا تحت شرایط خاصی ازدواج نکند، این شرط به دلیل موقتی یا جزئی بودن مشروع است (غروی نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۰۵).

غیر از اختلاف درباره مشروعیت شرط ترک تزوج، درباره آثار نقض شرط مزبور نیز اختلاف نظر وجود دارد. به اعتقاد گروهی از فقها، نقض این شرط اثر وضعی ندارد و نکاح واقع شده صحیح است؛ اگر چه کسی که آن را نقض نمود معصیت کرده و قابل تعزیر است (خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۲۸۱ / فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲، ص ۳۸۹ و ۳۹۰ / سیدعلی سیستانی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۱۰۲). بعضی از فقها برای نقض شرط ترک ازدواج، اثر وضعی نیز قائل شده و نکاح دوم را باطل (حکیم، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۴۱) یا قابل فسخ (ابن‌قدمه، [بی‌تا]، ج ۷، ص ۴۴۷ / ر. ک: همو، [بی‌تا]، ج ۷، ص ۵۲۶) دانسته‌اند. در قوانین احوال شخصیه برخی کشورهای اسلامی، مانند کشور مغرب<sup>۳</sup> و اردن هاشمی،<sup>۴</sup> برای زوجه حق فسخ نکاح به رسمیت شناخته شده است (هدایت‌نیا، ۱۳۹۶، ص ۴۱).

۱. المادة رقم ۳۱ من قانون رقم ۳۴۳ لسنة ۱۹۵۷ المنشور بتاريخ ۰۶ / ۱۲ / ۱۹۵۷.
۲. المادة رقم ۱۹ من قانون رقم ۲ لسنة ۱۹۷۶ المنشور بتاريخ ۰۱ / ۱۲ / ۱۹۷۶.
۳. المادة رقم ۳۱ من قانون رقم ۳۴۳ لسنة ۱۹۵۷ المنشور بتاريخ ۰۶ / ۱۲ / ۱۹۵۷.
۴. المادة رقم ۱۹ من قانون رقم ۲ لسنة ۱۹۷۶ المنشور بتاريخ ۰۱ / ۱۲ / ۱۹۷۶.



## ب) بررسی تجربه نظام حقوقی ایران در تحدید چند همسری

به دلیل اختلاف نظرهای فقهی پیرامون مشروعیت یا عدم مشروعیت شرط ترک تزوج، حقوق خانواده ایران از روش قراردادی دیگری برای محدود کردن اختیار شوهر در تعدد زوجات استفاده کرده است. در دفترچه‌های رسمی ازدواج در ردیف شروط وکالت در طلاق چنین آمده است: هرگاه «زوج همسر دیگری بدون رضایت زوجه اختیار کند، یا به تشخیص دادگاه، نسبت به همسران خود اجرای عدالت نکند» زوجه، وکیل شوهر خواهد بود که خود را مطلقه نماید. این شرط، مانع اختیار شوهر در اختیار همسر دیگر نیست، ولی اگر مردی بدون رضایت همسر اول اقدام به اختیار همسر دیگر نماید، همسر اول حق دارد به وکالت، خود را مطلقه نماید. نگرانی از دست دادن همسر اول در اثر ازدواج دوم برای بعضی مردان بازدارنده است.

متن این عبارت از دو جهت اطلاق دارد. جهت نخست، اطلاق به لحاظ نوع نکاح است. عبارت شرط به گونه‌ای تنظیم شده است که نکاح دائم و موقت را شامل می‌گردد. بر این اساس، هرگاه مردی همسر دومی اختیار کند، شرط وکالت، محقق گردیده و زوجه می‌تواند خود را مطلقه نماید، اعم از اینکه عقد دوم دائم باشد یا موقت. جهت دوم، اطلاق در دلیل اقدام زوج در اختیار همسر دیگر است. دلیل اقدام مرد در اختیار همسر دوم، ممکن است صرفاً تنوع‌طلبی یا به علت نشوز زوجه باشد. درباره اطلاق شرط نسبت به حالت نشوز زوجه، رویه‌های قضایی متفاوتی ایجاد شده و به

صدور دو رأی اصراری و وحدت رویه متفاوت از هیئت عمومی دیوان عالی کشور انجامیده است:

۱) رأی وحدت رویه؛ هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۷۱۶-۱۳۸۹/۷/۲۰، نشوز زوجه را مانع تحقق وکالت زوجه در طلاق دانسته است. متن رأی دیوان چنین است: «نظر به اینکه مطابق ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی، تمکین از زوج تکلیف قانونی زوجه است، بنابراین در صورتی که بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع و زوج این امر را در دادگاه اثبات و با اخذ اجازه از دادگاه همسر دیگری اختیار نماید، وکالت زوجه از زوج در طلاق که به حکم ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی ضمن عقد نکاح شرط و مراتب در سند ازدواج ذیل بند (ب) شرایط ضمن عقد در ردیف ۱۲ قید گردیده، محقق و قابل اعمال نیست. لذا به نظر اکثریت اعضاء هیئت عمومی دیوان عالی کشور، رأی شعبه چهارم دادگاه تجدیدنظر استان همدان که با این نظر انطباق دارد مورد تأیید است...».

۲) رأی اصراری: هیئت عمومی دیوان عالی کشور در خصوص طرح پرونده اصراری حقوقی ردیف ۱۳/۸۷، بر خلاف رأی وحدت رویه سابق چنین نظر داده است: «نظر به صراحت ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی، چون طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی را که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد، در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر اشتراط نمایند و با عنایت به شرط مقرر در سند نکاح، فرجام خوانده به شرح بند ۱۲ شرایط ضمن العقد با این عبارت «چنانچه زوج بدون رضایت زوجه همسر دیگری

اختیار نماید، زوجه حق وکالت در طلاق را دارد» که چنین شرطی با مقتضای ذات نکاح منافات نداشته و از ازدواج مجدد زوج به حکم دادگاه به جهت عدم تمکین زوجه نیز انصراف ندارد، و زوج و وکیل وی نیز در خصوص مقیدبودن شرط، ادعایی به عمل نیاورده‌اند؛ از این رو به نظر اکثریت اعضای هیئت عمومی شعب حقوقی دیوان عالی کشور، اعتراض‌های فرجامخواه، موجّه نبوده و دادنامه فرجامخواسته ابرام می‌گردد».

هرچند به لحاظ زمانی، رأی اصراری مزبور مؤخر از رأی وحدت رویه فوق است، ولی رأی وحدت رویه برای تمامی شعب لازم‌الاتباع است؛ در حالی که رأی اصراری چنین نیست. از سوی دیگر، جمع قابل توجهی از فقهای معاصر، مفاد شرط را ناظر به موارد نشوز یا عجز زوجه از تمکین دانسته و اطلاق آن را خلاف شرع به شمار آورده‌اند. پاسخ بعضی فقهای معاصر به استفتایی در همین رابطه چنین است:

آیت‌الله‌العظمی میرزا جواد تبریزی: «در فرض مذکور شرط در مورد عقدنامه منصرف از صورت مذکوره است و زوجه وکیل در طلاق نیست و طلاقش باطل و ازدواج این زن با زوج دوم نیز باطل است و در صورت دخول زوج دوم زن نسبت به زوج دوم حرام ابدی است و در صورت جهل به مسئله چنانچه اولادی از آنان متولد شده، ولد شبهه است».

حضرت آیت‌الله‌العظمی خامنه‌ای: «ظاهراً وکالت داشتن در طلاق در صورت ازدواج منصرف است از موردی که زوجه تمکین نکرده و ازدواج

دوم با رأی دادگاه باشد».

آیت‌الله‌العظمی صافی گلپایگانی: «اگر زوجه بدون عذر شرعی از تمکین خودداری کرده باشد، توکیل زوج هر چند صحیحاً واقع شده باشد از چنین موردی منصرف است. بنابراین طلاق زوجه بدون اذن و رضایت در فرض پرسش باطل است».

آیت‌الله‌العظمی محمد فاضل لنگرانی: «زوجه نمی‌تواند به این دلیل خود را مطلقه نماید».

آیت‌الله‌العظمی ناصر مکارم شیرازی: «وکالت در امر طلاق در خصوص این ماده منصرف است به جایی که زوجه تمکین نماید و هرگاه برای مدت طولانی بدون عذر شرعی حاضر به تمکین نشود، ازدواج مجدد زوج اشکالی نداشته و طلاق زن اول صحیح نبوده است» (ر.ک: مأوی، ۱۳۸۷).

## ۲. تحدید قراردادی حق طلاق زوج

در فقه اسلامی، اختیار طلاق با مرد است و در این مطلب تردیدی نیست. غیر از روایت معروف «انما الطلاق بيد من أخذ بالساق» که در منابع حدیثی اهل سنت وجود دارد (قروبنی، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۶۷۲/ ر.ک: متقی هندی، ۱۴۰۹، ج ۹، ص ۶۴۰). روایاتی نیز در منابع حدیثی شیعه درباره آن وجود دارد (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱، ص ۲۸۹). تحولات اجتماعی زمان ما باعث این باور شده است که حق طلاق مرد به صورت

یکجانبه باعث ناامنی زنان در زندگی مشترک می‌شود. به همین دلیل در کنار بعضی اقدامات تقنینی، در مقررات مربوط به طلاق به روش قراردادی، تعدیل‌هایی صورت می‌گیرد. مسئله این است که آیا به روش شرط ضمن عقد می‌توان حق طلاق شوهر را محدود کرد یا خیر. در اینجا نخست مشروعیت شرط عدم طلاق در فقه اسلامی بررسی می‌شود و سپس، تجربه حقوق خانواده ایران درباره چگونگی محدودشدن حق طلاق مرد، مورد توجه قرار می‌گیرد.

#### ۱- بررسی نظریه‌های فقهی پیرامون شرط عدم طلاق

شرط عدم طلاق به لحاظ ماهوی مانند شرط ترک تزوج است و درباره مشروعیت یا عدم مشروعیت آن اختلاف نظر وجود دارد. در جوامع روایی ما روایتی از منصور بن بزرگ از عبد صالح (موسی بن جعفر) نقل شده است که از آن مشروعیت شرط فوق استنباط می‌گردد. از امام راجع به مردی سؤال شد که همسرش را طلاق داد و از وی جدا شد، ولی پس از مدتی تصمیم گرفت رجوع کند، ولی زن نپذیرفت مگر اینکه مرد متعهد شود که او را طلاق ندهد و با او همسر دیگری اختیار نکند. مرد نیز پذیرفت. امام در مورد عمل این مرد فرمود: به او بگو به شرط خود برای زن وفا کند؛ زیرا رسول خدا ﷺ فرمود: مؤمنان پای شروط خود می‌ایستند: «قُلْ لَهُ فُلَيْفٌ لِلْمَرْأَةِ بِشَرْطِهَا فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ص قَالَ الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۴۰۴). دلالت روایت بر مشروعیت شرط عدم

طلاق، روشن است؛ ولی به دلیل تعارض آن با بعضی روایات دیگر، بر استحباب یا تقیه حمل شده است (طوسی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۲۳۲).  
 در صورتی که شرط عدم طلاق به سلب حق طلاق شوهر منجر شود، برای زوجه بسیار مفید است؛ اما شرطی که مفاد آن صرفاً تعهد به عدم طلاق همسر باشد از ضمانت اجرای ضعیفتری برخوردار است. زیرا اثر وضعی ندارد و تنها می‌توان شوهر را به علت حرمت تکلیفی پیمان‌شکنی، تحت تعقیب قرار داد.

#### ب- افزایش ریسک طلاق از طریق شرط انتقال تا نصف دارایی

با توجه به مشکلات شرط عدم طلاق، حقوق خانواده ایران از روش دیگری برای تحدید اختیار شوهر در طلاق استفاده کرده است. شرط انتقال حداکثر نصف دارایی که در دفترچه‌های رسمی ازدواج آمده است، به طور ضمنی اختیار شوهر در طلاق را محدود می‌کند. متن بند (الف) شروط سند ازدواج چنین است: «ضمن عقد نکاح (یا عقد خارج لازم) زوجه شرط نمود، هرگاه طلاق بنا به درخواست زوجه نباشد و طبق تشخیص دادگاه، تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار وی نبوده، زوج موظف است تا نصف دارایی موجود خود را که در ایام زناشویی با او به دست آورده یا معادل آن را طبق نظر دادگاه بلاعوض به زوجه منتقل نماید».

نکته مزبور هزینه اقتصادی طلاق غیرموجه را برای شوهر افزایش

می‌دهد. زیرا اگر وی دلیل موجهی برای طلاق نداشته باشد، ناچار خواهد شد تا نصف دارایی خود را به ترتیبی که در شرط پیش‌بینی شده به همسرش انتقال دهد تا بتواند از دادگاه مجوز طلاق بگیرد. گویا انتقال بخشی از اموال به همسر جریمه مردی است که هوس‌مدارانه در پی آن است که همسر خود را طلاق دهد. در این صورت ممکن است مرد به دلیل ریسک اقتصادی طلاق از آن صرف‌نظر کند.

### ۳. تسهیل قراردادی طلاق زوجه

حقوق خانواده ایران از ظرفیت شرط ضمن عقد برای تسهیل طلاق زوجه استفاده کرده است. نخست به اسباب طلاق قضایی برای زن در نظام قضایی ایران اشاره شده و سپس شرط وکالت زن از شوهر در طلاق تبیین می‌گردد.

#### أ- اسباب طلاق قضایی در قانون مدنی

قانون مدنی در تبصره ماده ۱۱۳۳ (اصلاحی ۱۹/۸/۱۳۸۱) با اشاره به موارد طلاق به خواست زوجه آورده است: «زن نیز می‌تواند با وجود شرائط مقرر در مواد (۱۱۱۹)، (۱۱۲۹) و (۱۱۳۰) این قانون، از دادگاه تقاضای طلاق نماید». ماده ۱۱۱۹ مربوط به طلاق وکالتی است که قبلاً به آن اشاره شد. ماده ۱۱۲۹ مربوط به ترک انفاق از سوی شوهر و ماده ۱۱۳۰ مربوط به حرجی شدن رابطه زوجیت برای زن، علل طلاق قضایی

هستند. مفقودالاثر شدن شوهر نیز سبب دیگر طلاق قضایی است که در ماده ۱۰۲۹ ق.م. بیان شده است.

در ماده ۸ قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۵۳ موارد طلاق برای زوجین به صورت یکسان در ۱۴ مورد احصا شده بود. در سال‌های نخست پس از انقلاب اسلامی، با تصویب لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص در سال ۱۳۵۸، ماده ۸ قانون سابق حمایت خانواده نسخ گردید. بنابراین، سبب‌های طلاق به خواست زوجه همان است که در قانون مدنی و در موارد مذکور بیان شده است. به شرحی که در بند بعدی بیان می‌گردد، از طریق شرط ضمن عقد و توکیل زوجه در طلاق، می‌توان موارد طلاق را برای زن توسعه داد.

### ب- تحلیل شرط وکالت در طلاق در اسناد رسمی ازدواج

بند (ب) در ردیف شروط ضمن عقد اسناد نکاحیه ج. ا. ایران مربوط به وکالت در طلاق است. متن شرط چنین است: «ضمن عقد نکاح/ عقد خارج لازم زوج به زوجه وکالت بلاعزل با حق توکیل غیر داد که در موارد مشروحه زیر با رجوع به دادگاه و اخذ مجوز از دادگاه پس از انتخاب نوع طلاق، خود را مطلقه نماید و نیز به زوجه وکالت بلاعزل با حق توکیل غیر داد تا در صورت بذل از طرف او قبول بذل نماید». متن این شرط در حقیقت حاوی دو وکالت‌نامه است:



## یکم: وکالت زن از شوهر در طلاق

ذیل متن فوق، ۱۲ بند ذکر گردیده است که با احراز هر یک از موارد مذکور، زن وکیل شوهر در طلاق خواهد بود. بنابراین، وکالت در طلاق از نوع وکالت مشروط است. بندهای دوازدهگانه ذیل شرط وکالت در طلاق همان موارد مذکور در قانون سابق حمایت خانواده است. در حقیقت آنچه با لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص از قوانین کشور حذف گردیده بود، بار دیگر با استفاده از ظرفیت شروط ضمن عقد، وارد نظام حقوقی کشور شد. بندهای ذیل شرط وکالت در طلاق به شرح زیر است:

۱) استتکاف شوهر از دادن نفقه زن به مدت شش ماه به هر عنوان و عدم امکان الزام او به تأدیه نفقه و همچنین در موردی که شوهر سایر حقوق واجبه زن را به مدت شش ماه وفا نکند و اجبار او به ایفا ممکن نباشد.

۲) سوءرفتار و یا سوء معاشرت زوج به حدی که ادامه زندگی را برای زوجه غیرقابل تحمل نماید.

۳) ابتلای زوج به امراض صعب‌العلاج به نحوی که دوام زناشویی برای زوجه مخاطره‌آمیز باشد.

۴) جنون زوج در مواردی که فسخ نکاح شرعاً ممکن نباشد.

۵) عدم رعایت دستور دادگاه در مورد منع اشتغال زوج به شغلی که طبق نظر دادگاه صالح، منافعی با مصالح خانوادگی و حیثیت زوجه باشد.

۶) محکومیت شوهر به حکم قطعی به مجازات ۵ سال حبس یا بیشتر یا

به جزای نقدی که بر اثر عجز از پرداخت منجر به ۵ سال بازداشت شود، یا به حبس و جزای نقدی که مجموعاً منتهی به ۵ سال یا بیشتر بازداشت شود و حکم مجازات در حال اجرا باشد.

۷) ابتلای زوج به هر گونه اعتیاد مضرّی که به تشخیص دادگاه به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و ادامه زندگی برای زوجه دشوار باشد.

۸) زوج زندگی خانوادگی را بدون عذر موجّه، ترک کند؛ تشخیص ترک زندگی خانوادگی و تشخیص عذر موجّه، با دادگاه است.

۹) محکومیت قطعی زوج در اثر ارتکاب جرم و اجرای هرگونه مجازات اعم از حدّ و تعزیر در اثر ارتکاب جرمی که مغایر با حیثیت خانوادگی و شئون زوجه باشد. تشخیص اینکه مجازات مغایر با حیثیت خانوادگی است با توجه به وضع و موقعیت زوجه و عرف و موازین دیگر با دادگاه است.

۱۰) در صورتی که پس از گذشت ۵ سال، زوجه از شوهر خود به جهت عقیم بودن و یا عوارض جسمی دیگر زوج، صاحب فرزند نشود.

۱۱) در صورتی که زوج، مفقودالثر شود و ظرف شش ماه پس از مراجعه زوجه به دادگاه پیدا نشود.

۱۲) زوج همسر دیگری بدون رضایت زوجه اختیار کند، یا به تشخیص دادگاه، نسبت به همسران خود اجرای عدالت نکند.

## دوم: وکالت زن از شوهر در قبول بذل

در صورتی که زن، متقاضی طلاق باشد، باید مالی به شوهر بذل نماید تا شوهر را به طلاق راضی نماید. مطابق ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی، میزان بذل به اراده شوهر بستگی دارد و حسب نظر او ممکن است کمتر، معادل یا بیش از مبلغ مهر باشد. روشن است که این روش ممکن است باعث تضییع حق زن و ایجاد تنگناهای اقتصادی و قضایی برای وی باشد. چه اینکه به شوهر اجازه می‌دهد به بهانه حق طلاق، علاوه بر مهر و احياناً جبران خسارت‌های احتمالی، از زن اموال دیگری مطالبه نماید. در بخش دوم شرط وکالت در طلاق، زوج به همسرش وکالت در قبول بذل نیز می‌دهد. عبارت بخش پایانی وکالت‌نامه چنین است: «نیز به زوجه وکالت بلاعزل با حق توکیل غیر داد تا در صورت بذل از طرف او قبول بذل نماید». در صورت پذیرش این شرط از سوی شوهر، زن می‌تواند هر مقدار از مهر را که بخواهد بذل نموده و به وکالت از شوهر، قبول کند و سپس به وکالت از شوهر، طلاق بگیرد.

صرف‌نظر از اشکالات متعددی که بر نحوه انشای شرط وکالت در طلاق وارد است، رویه عملی دفترخانه‌ها در گرفتن امضا از زوج، به طور جدی مورد اشکال است. با توجه به تخصصی‌بودن متن تنظیم‌شده، زوجین غالباً درک درستی از محتوای آن ندارند. به علاوه عاقد یا دفترخانه به تفهیم متن آن اهمیتی ندارد. در عین حال، مفاد شرط نوعاً به امضای زوج می‌رسد. با توجه به این نکات، در اعتبار امضاهاى زوج پای متن تنظیم‌شده

تردید وجود دارد.

### نتیجه

در آغاز مطالب این نوشتار اشاره شد که قانون اساسی ج. ا. ایران دولت را مکلف کرد که حقوق زن را در جمیع جهات احیا و تضمین نماید. نگارنده تحولات حقوقی چهار دهه پس از انقلاب اسلامی در حوزه حقوق خانوادگی زنان را بررسی و ارزیابی کرده است. بررسی‌های این نوشتار نشان می‌دهد که نظام حقوقی ایران به دو روش تقنینی و قراردادی موارد متعددی از حقوق مالی و غیرمالی زن در خانواده را اصلاح کرده است: در روش تقنینی، قانون‌گذار به روش گزینشی و تغییر فتوای معیار، قانون را برای زنان اصلاح کرده است. در برخی موارد نیز از طریق تغییر حکم مبنای قانون، حکم ثانوی را جایگزین حکم اولی کرده تا حمایت‌های لازم را از زنان به عمل آورد. در روش قراردادی، حقوق خانواده ایران، اختیارات مرد در چندمسری و طلاق را محدود ساخت. افزون بر این، امکان طلاق برای زن را نیز به روش قراردادی تسهیل کرد.

در مقایسه حقوق خانوادگی زن در دو مقطع پیش و پس از انقلاب اسلامی، می‌توان مدعی شد زنان اینک در خانواده از امنیت حقوقی و قضایی بیشتری برخوردار هستند. این مطلب به معنی آن نیست که تحولات مربوط به حقوق خانوادگی زنان به پایان خود رسیده است. نیز بدان معنی نیست که آنچه صورت گرفت بی‌نقص بوده است.



## منابع

- \* قرآن کریم.
۱. ابن قدامه، عبدالرحمن؛ الشرح الكبير؛ بيروت: دارالكتاب العربي، [بی تا].
۲. ابن قدامه، عبدالله؛ المغنی؛ بيروت: دارالكتاب العربي، [بی تا].
۳. اصفهانی، محمدبن حسن فاضل هندی؛ كشف اللثام و الاوهام عن قواعد الأحكام، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ه.ق.
۴. امام خمینی، سیدروح الله موسوی، تحرير الوسيلة، ج ۱، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، [بی تا].
۵. ———؛ كتاب البيع، ج ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ه.ق.
۶. ———؛ صحیفه امام؛ ج ۴، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۶.
۷. اندرسون، نورمن؛ تحولات حقوقی جهان اسلام؛ ترجمه فخرالدین اصغری و...؛ ج ۱، قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۶.
۸. بحرانی، یوسف؛ الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة؛ ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ه.ق.

٩. حرّ عاملی، محمدبن حسن؛ وسائل الشیعة؛ مؤسسه آل البيت، ج ١، قم: ١٤٠٩ هـ.ق.
١٠. حکیم سید محمدتقی؛ الأصول العامة للفقہ المقارن؛ ج ٢، قم: مؤسسه آل البيت، ١٣٩٠.
١١. سبحانی تبریزی، جعفر؛ نظام النکاح فی الشریعة الإسلامیة الغراء؛ ج ١، قم: [بی تا].
١٢. سیستانی، سید علی حسینی؛ منهاج الصالحین؛ ج ٥، قم: دفتر حضرت آية الله العظمی سیستانی، ١٤١٧ هـ.ق.
١٣. شهید اول، محمد بن مکی عاملی؛ اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة؛ ج ١، بیروت: دار التراث - الدار الإسلامیة، ١٤١٠ هـ.ق.
١٤. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی؛ الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة؛ ج ١، قم: کتابفروشی داوری، ١٤١٠ هـ.ق.
١٥. \_\_\_\_\_؛ مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الاسلام، ج ١، قم: مؤسسة المعارف الإسلامیة، ١٤١٣ هـ.ق.
١٦. طباطبای حکیم، سیدمحسن؛ منهاج الصالحین (المحشی للحکیم)؛ ج ١، بیروت: دار التعارف للمطبوعات، ١٤١٠ هـ.ق.
١٧. طباطبای حکیم، سیدمحمدسعید؛ منهاج الصالحین، ج ١، بیروت: دار الصفاة، ١٤١٥ هـ.ق.
١٨. طوسی، محمدبن حسن؛ الاستبصار فیما اختلف من الأخبار؛ ج ١، تهران: دار الکتب الإسلامیة، ١٣٩٠ هـ.ق.

۱۹. غروی نائینی، میرزا محمد حسین؛ منية الطالب في حاشية المكاسب؛ ج ۱، تهران: المكتبة المحمدية، ۱۳۷۳ هـ ق.
۲۰. فاضل لنکرانی، محمد؛ الأحكام الواضحة؛ ج ۴، قم: مركز فقهی ائمه اطهار، ۱۴۲۲.
۲۱. قرباننیا، ناصر و همکاران؛ بازپژوهی حقوق زن؛ تهران: روز نو، ۱۳۸۴.
۲۲. قزوینی، محمد بن یزید؛ سنن ابن ماجه؛ دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، [بی تا].
۲۳. کلینی، محمد بن یعقوب؛ الکافی؛ ج ۴، تهران: دار الکتب الإسلامية، ۱۴۰۷ هـ ق.
۲۴. مأوی (نشریه داخلی قوة قضائیه)، ۱۳۸۷.
۲۵. متقی هندی، علی؛ کنز العمال؛ بیروت: مؤسسة الرسالة، ۱۴۰۹ هـ ق.
۲۶. محقق حلّی، جعفر بن حسن؛ شرائع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام؛ ج ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ هـ ق.
۲۷. مکارم شیرازی، ناصر؛ بحوث فقهية هامة؛ ج ۱، قم: انتشارات مدرسة الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام، ۱۴۲۲ هـ ق.
۲۸. موسوی خویی، سید ابوالقاسم؛ منهاج الصالحین؛ قم: نشر مدينة العلم، ۱۴۱۰ هـ ق.
۲۹. مهرپور، حسین؛ مجموعه نظریات شورای نگهبان؛ ج ۱، تهران:



- سازمان انتشارات موسسه کیهان، ۱۳۷۱.
۳۰. نجفی، محمدحسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام؛ چ ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی، [بی تا].
۳۱. هدایت‌نیا، فرج‌الله؛ حقوق خانواده؛ چالش‌ها و راهکارها؛ چ ۲، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۶.
۳۲. —؛ حقوق مالی زوجه؛ قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۸۵.
۳۳. —؛ شورای نگهبان: پرسش‌ها و پاسخ‌ها؛ چ ۲، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۹.
۳۴. —؛ عناوین ثانوی و حقوق خانواده؛ تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۲.
۳۵. —؛ فلسفه حقوق خانواده؛ چ ۳ (نقد قوانین و مقررات خانواده ایران)؛ چ ۲، تهران: شورای فرهنگی اجتماعی زنان، ۱۳۸۸.