

جایگاه زن در حقوق خانواده (ارث - طلاق - حضانت)

سید احمد میرخلیلی

پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، قم

چکیده

از جمله موضوعات بایسته پژوهش برای رفع مشکلات زنان، کاستن از آسیب پذیری نظام خانواده در جامعه دینی، احیای تعالیم ارزشمند و گرانسنگ اسلام و اجرای کامل قوانین اسلامی درباره زنان، تبیین آگاهانه، ژرف و سامانمند حقوق خانواده و زن است که می‌تواند در توسعه متوازن، راه کارهای بنیادین ارائه دهد.

۱- میراث

در این بحث ضمن تعریف واژه ارث در لغت و اصطلاح و اشاره مختصر به تاریخچه ارث در سایر ملل و ادیان، به ویژگیهای ارث در نظام اسلام اشاره شده است و نصیب ارث زنان با توجه به قرابتی که با متوفی داشته‌اند، تبیین شده است. در پایان به تفاوت حکم ارث زن و مرد پرداخته شده و شبهاتی که در این باره وجود دارد، بررسی و پاسخ داده شده است.

۲- طلاق

در این بحث، ضمن بیان مفهوم طلاق و تاریخچه آن، به این نکته پرداخته شده که واگذاری حق طلاق به مرد نه حاکی از بی‌توجهی به زنان و نه حاکی از نظام مردسالار است، بلکه با توجه به مصالح خانواده و در جهت دیگر تأسیسات فقهی، این حق به مرد واگذار شده است؛ هر چند در پاره‌ای موارد که به نفع زنان بوده، زن حق دارد از دادگاه طلاق بخواهد. اضافه بر آن که زن می‌تواند در ضمن عقد زناشویی نیز شرط کند هر وقت بخواهد از مرد طلاق بگیرد.

۳- حضانت

نوشتار دیگر در بخش حقوق خانواده بحث «حق حضانت» است؛ طرفداران تساوی حقوق زن و مرد - تفکر رایج در غرب - و سازمانهای بین‌المللی دفاع از حقوق زنان، یا رفع تبعیض از زنان خواهان برخورداری یکسان زن و مرد از این حق بوده و با راههای گوناگون بر آن پافشاری می‌کنند.

مقدمه

با شکل‌گیری نظام مقدّس جمهوری اسلامی و پایبندی به اجرای قوانین شرعی، پژوهشهای جدیدی که بتواند بر سیاستهای کلی نظام حقوقی تأثیرگذار و زمینه‌آرزیابی و بازنگری در قوانین موجود را به وجود آورد، امری لازم و ضروری می‌نماید.

از آن‌جا که در جامعه ما حقوق زنان چنان که شایسته است پاس داشته نمی‌شود، «نظام حقوق زن و خانواده» یکی از موضوعاتی است که باید مجدداً مورد تحقیق و ارزیابی قرار گیرد و همان‌گونه که رهبر عالیقدر فرموده‌اند حرکتی اساسی در جهت احقاق حقوق زنان در جامعه اسلامی صورت گیرد؛ ولی این حرکت باید بر مبنای اسلامی بنا شده و هدف اسلامی داشته باشد و نباید از نظر دور داشت که پاره‌ای به آن چه تعالیم اسلامی در بر دارد تجاهل می‌کنند و خواهان تقلید و تطبیق با غرب هستند و هر آن چه از دین درباره حقوق خانواده و زن وارد شده، کهنه و ناشی از شرایط خاص مکه و مدینه بیش از هزار سال پیش می‌انگارند؛ غافل از محرومیتی که جامعه غربی تا چندی پیش دچار آن بوده و برای رهایی از آن و رسیدن به آزادی و برابری، انسانهای زیادی در آن‌جا تلاش کرده‌اند و بسیاری نیز در این راه جان باختند و به نتیجه‌ای جز تفریط - از سوی دیگر - نرسیدند که آن هم محرومیتهای ویژه خود را به دنبال داشته است؛ به عنوان نمونه:

در سال ۱۸۶۶ میلادی زنان انگلیس با ارسال طوماری با بیش از ۱۵۰۰ امضا به پارلمان بریتانیا خواستار حق رأی گردیدند - در حالی که زنان مسلمان در عصر

پیامبر در پیمانهای سیاسی شرکت می‌جستند - این دادخواستِ زنان مورد اعتنای پارلمان قرار نگرفت، ولی سازمان دهندگان آن، سال بعد «جامعه ملی حق رأی زنان» را تأسیس کردند و اعضای آن به «خواهوانان حق رأی زنان» معروف گشتند. آنان تا پایان قرن نوزدهم همه ساله به مجلس دادخواست می‌دادند^۱ این جریان اواخر قرن هیجدهم توسعه بیشتری یافت و به شکل طرفداری از حقوق زنان در برابر مردان در تمام عرصه‌های زندگی تبدیل شد؛ تا این‌که در سال ۱۹۷۹ میلادی منجر به تدوین «کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان» توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد گردید و روح اصلی حاکم بر این کنوانسیون تساوی از جمیع جهات بین زن و مرد، تشابه و همانند سازی همه جانبه احکام بدون توجه به جنسیت است. با وجود این که جوامع غربی از افراط به تفریط می‌گیرند و بعد از قرنهای محرومیت اجتماعی بسیار زیاد زنان بدون در نظر داشتن تفاوتها و تواناییهای روحی و جسمی زن و مرد، شعار زیبا و دلفریب آزادی و برابری سر می‌دهند و هرگونه اختلاف حقوقی را امتیازی برای مرد و تضعیف حقوق زن می‌پندارند، اسلام قرنهای پیش ارزش انسانی زن را برابر مرد دانسته و می‌فرماید: «هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ»^۲ و در همه مواردی که ارزش و شخصیت انسانی ملاک قانون‌گذاری بوده، برای زن و مرد حقوق یکسانی قرار داده است؛ همانند:

۱- عقیده و ایمان

زن و مرد در عقیده و ایمان مساوی هستند و قرآن کریم بارها به آن تصریح کرده است و هیچ‌گونه برتری و تفاوتی بین زن و مرد در این زمینه وجود ندارد، بلکه ملاک برتری عقیده کامل و ایمان خالص است.^۳

۱- آنتونی گیونز، جامعه‌شناسی، ترجمه منوچهر صبوری، نشرنی، ص ۱۹۸.

۲- سوره اعراف، آیه: ۱۸۹.

۳- قرآن کریم ۲۴ مورد به برابری زن و مرد در عقیده و ایمان اشاره دارد از جمله سوره بروج، آیه: ۱۰ و

سوره احزاب، آیه: ۳۶ و ۵۸ و سوره ممتحنه، آیه: ۱۰.

۲- ثواب و عقاب

زن و مرد در انجام کارهای نیک آزادند و از پاداش کار خویش یکسان بهره می‌جویند، همان‌گونه که برای سرپیچی از فرامین الهی یکسان کیفر می‌گردند. خداوند کریم می‌فرماید:

«و من يعمل من الصالحات من ذکراً و انثی و هو مؤمن فاولئک یدخلون الجنة و لا یظلمون نقیراً»^۱.

بنابراین زن و مرد در تکالیف - وجوب و حرمت - یکسانند و یکسان پاداش و کیفر می‌بینند.

۳- مالکیت و تصرفات مالی

از نظر اسلام زن و مرد از نظر مالکیت و تصرفات مالی از برابری کامل برخوردارند و همان‌گونه که مرد می‌تواند به معاملاتی نظیر خرید، فروش، صلح و رهن و... دست زند، زن هم می‌تواند هرگونه تصرفی که بخواهد در اموال خود بنماید و هیچ‌کس نمی‌تواند بدون اذن او در اموالش تصرف کند؛ بنابراین در اسلام زن از استقلال کامل اقتصادی برخوردار است. خداوند می‌فرماید: «لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَبُوا و لِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَبْنَ»^۲.

۴- تعلیم و تربیت

اسلام همان‌گونه که حق تعلیم و لزوم آن را برای مرد قائل است، برای زن نیز فرض و واجب می‌شمارد. پیامبر گرامی در این باره می‌فرماید: «طلب العلم فریضة علی کل مسلم و مسلمة»^۳.

۱- سوره نساء، آیه: ۱۲۴ و نمونه‌های دیگر از سوره نحل، آیه: ۹۷ و آل عمران، آیه: ۱۹۵.

۲- سوره نساء، آیه: ۳۲.

۳- وسائل الشیعه، مکتبه اسلامیة، طهران، ج ۱۸، صص ۱۳-۱۴؛ سنن ابن ماجه، دارالفکر، بیروت، ح

در احادیث بسیاری بر ضرورت تعلیم و یادگیری علم و دانش برای زنان مسلمان تأکید شده است و تا آن جا که پیامبر گرامی تعلیم زن را مهریه او قرار داده است.^۱

بنابراین فراگیری علم و دانش در نظر اسلام حقی است که زن و مرد از آن به طور یکسان برخوردارند.

۵- ازدواج

اسلام آن چه که برای زندگی سعادت‌مند دنیوی و اخروی زن برای او لازم است به او عطا کرده.

امر ازدواج نیز به او آزادی کامل بخشیده و بدون جلب رضایت و اذن او پیوند زناشویی اعتباری ندارد.

امام صادق (ع) می‌فرماید: «تستأمورا البکر و غیرها و لا تُنکح إلا بامرها».^۲

(با زنان چه باکره و چه غیر باکره در امر زناشویی مشورت کنید و با آنان پیوند زناشویی نبندید، مگر به خواست خودشان).

۶- اشتغال

اسلام عزیز با اشتغال زنان به اعمال و وظایفی که با کرامت و شرافت زنان منافات نداشته باشد و آن را به ابتدال نکشاند، مخالفتی ندارد؛ بلکه آنان نیز همانند مردان در انتخاب شغل از آزادی کامل برخوردارند.^۳

علی رغم برابری کامل ارزش انسانی زن و مرد، امتیازاتی بین این دو صنف

۱، ص ۸۱.

۱- وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۱۹۵ و ج ۱۵، ص ۴؛ صحیح مسلم بشری نوی، دار احیاء التراث، بیروت، ج ۹، ص ۲۱۱.

۲- وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۲۰۳؛ فتح الباری، دارالفکر، بیروت، ج ۹، ص ۱۶۴.

۳- سوره نساء، آیه: ۷.

وجود دارد که تفاوت توانایی‌های فیزیکی و جسمی را ایجاب می‌کند و عدالت اقتضا می‌کند هر یک به تناسب توانایی‌های خود از حقوق متناسب و متعادل برخوردار شوند. اضافه بر آن که تساوی کامل حقوق زن و مرد بدون توجه به تفاوت‌های فیزیکی آن دو خلاف عدالت و حکمت خلق دوگانه آنان است.

به همین سبب هرگونه تلاشی که برای تساوی کامل زن و مرد صورت گرفته است به شکست انجامیده و در پاره‌ای از کشورهای غربی که پافشاری بیشتری در این زمینه انجام شده، موجبات نارضایتی زنان را فراهم آورده است.^۱ از سوی دیگر، با آن که زنان در غرب به حقوق نسبتاً برابری دست یافته‌اند، ولی هیچگاه تعداد زنان در مسؤولیتهای دولتی و مراکز اقتصادی با مردان برابر نیست و اصلاً نسبت به جمعیتشان در شئون مختلف اقتصادی و فرهنگی و... شرکت داده نشده‌اند.^۲

نتیجه آمارها^۳ نشان می‌دهد که راه افراطی که غرب در برابر زن و مرد پی گرفته به غیر از آن که خانواده را متزلزل سازد، ارمغان دیگری نداشته و تنها اسلام است که قرن‌ها پیش از این عدالت و آزادی همراه با حفظ کرامت و عزت زن به ارمغان آورده است.

با وجود برتری قوانین اسلامی برای رفع مشکلات و احیای تعالیم اسلامی دربارهٔ احقاق حقوق زنان، راهی دراز در پیش است و با آن که مصلحان و نیک اندیشانی با تکیه به مبانی اسلامی در جهت احیای شخصیت زنان و ارزشهای والای اسلامی گامهایی برداشته‌اند و با تکیه بر جامعیت و تمامیت فقه شیعه، براساس مبانی مسلم مذهب در صدد حل مشکلات - با استفاده از تجربه دیگران و

۱- ماذا عن المرأة، نورالدین عتر، دارالفکر، ۱۹۹۸، صص ۱۱۸-۱۳۵: المرأة بین طغیان النظام العربی و لطائف التشريع الربانی، محمد سعید رمضان البوطی؛ واقع امرأة الحضاری فی ظل الاسلام، آمنه فتن مسکيه بر؛ پژوهشی در عوامل اجتماعی طلاق، کی‌نیا؛ و طلاق، ساروخانی.

2. A/Conf (94/CW/CRP.1) Adal. 24 joly 1980.

۳- طلاق، ساروخانی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۲، ص ۲۰.

توجه به شرایط خاص زمان و مکان و نیازهای جامعه امروزین - برآمده‌اند، برای اجرای کامل قوانین اسلامی و تعالیم ارزشمند آن درباره زنان همی بیش از پیش لازم است.

از جمله موضوعات بایسته تحقیق «جایگاه زن در حقوق خانواده» است و ما برآنیم در نوشتار حاضر، مسأله میراث زن، طلاق و حضانت را به بوته نقد و بررسی بگذاریم.

۱- ارث

تعریف میراث

میراث در تازی بر وزن مفعال - یکی از وزنهای اسم آلت - است؛ همانند واژه‌های میزان و میعاد. گاه میراث به معنای مصدری به کار گرفته می‌شود و گاه نیز به معنای اسم مفعول:

الف) هرگاه مصدر به کار رود مصدر فعل (ورث، یرث، وراثه و میراثا) است و دارای دو معناست:

۱- بقا و دوام

به این معنا به باری تعالی «الوارث» گفته می‌شود و در دعای امام صادق (ع) (سبحان الباعث الوارث)^۱ «پاک و منزه است آن که باعث و باقی است» نیز به همین معناست.

بنابراین به آن چه از میت باقی می‌ماند «میراث» گویند؛ زیرا اموال است که پس از مرگ مورث باقی می‌ماند و دوام دارد.^۲

۱- وسائل الشیعه، نجفی، ج ۱۳، ص ۱۹۷، حدیث ۴، باب ۵ از ابواب مزارعه و مسافه.

۲- کشاف القناع، ج ۲، ص ۴۴۶.

۲- انتقال

منتقل شدن چیزی از شخصی به شخص دیگر را «میراث» گویند؛ چه این انتقال محسوس و در ظاهر باشد، مانند انتقال اموال شخص و چه در معنا و باطن؛ مانند انتقال علم و رفتار نیک و بد. واژه «میراث» در گفته حضرت امیر(ع) (العلم افضل من المال بسبعة: الاول انه ميراث الانبياء و المال ميراث الفراعنه)^۱ به همین معناست.

ب) هرگاه واژه میراث به معنای اسم مفعول باشد - موروث - با واژه‌های ارث و تراث هم معنا می‌گردد و به معنای اصل و بقیه شیء است. واژه میراث در گفته نبی اکرم (ارکبوا الخیل فانها میراث ابیکم اسماعیل) همین معنا را دارد؛ یعنی اسب سواری کنید که «سنت باقی مانده»، یادگار پدران اسماعیل است.^۲

بنابراین مال میت «ارث» نامیده می‌شود، چون باقیمانده اموال متوفی است که به وارث تعلق می‌گیرد.^۳

میراث در اصطلاح شریعت به دو معنا اطلاق می‌گردد:

- ۱- مال یا حقی که پس از مرگ شخص به بازماندگانش می‌رسد.
- در این معنا، جهت «اسمی» کلمه میراث لحاظ شده است و در عرف مردم نیز بیشتر به همین معنا به کار می‌رود.
- ۲- استحقاق بازماندگان بر دارایی متوفی.

در این معنا جهت «مصدری» واژه میراث در نظر گرفته شده است.

اختلاف معنایی واژه میراث ناشی از وزن خاص این واژه است؛ چون اسم آلت در تازی هم جنبه اسمی دارد و هم جنبه مصدری به لحاظ جنبه اسمی معنای اسمی را می‌رساند و بر مال باقیمانده اطلاق می‌گردد و به اعتبار جنبه مصدری

۱- بحارالانوار، علامه مجلسی، ج ۱، ص ۱۸۵.

۲- همان جا، ص ۱۸۵.

۳- قاموس المحيط، معجم الوجیز، المصباح المنیر و لسان العرب، ماده وراث.

معنای فعلی می دهد و بر استحقاق مال دلالت می کند. هر چند فقها تعبیر مختلفی از میراث کرده اند^۱ ولی بحثهای ادبی و نظری در مسأله ارث هیچ تأثیر علمی و کاربردی ندارد و چون معنای اسمی واژه میراث با فهم عرفی سازگار است؛ بنابراین بهتر است به مال یا حقی که به بازماندگان شخص متوفی می رسد معنا شود.

تاریخچه

مسأله میراث از دیر زمان در میان اقوام و ملل مختلف جهان پذیرفته شده است؛ هر چند هیچ سند تاریخی معتبری برای نحوه شکل گیری و کیفیت آن نمی توان ارائه کرد، ولی این امر، مسلم است از زمانی که بشر مالکیت را درک نمود و زندگی جمعی پا گرفت هر کس از جهان رخت بر می بست، اموال و دارایی او به تصاحب دیگران در می آمد.

در تمدنهای اولیه این مصادره تابع اصل زور و زورمداری بوده است و هر کس نیرومندتر بود اموال شخص مرده را به تصرف خود در می آورد و افراد ضعیف و ناتوان، از جمله زنان و کودکان را از آن محروم می ساخت.

یونانیان با آن که در زمان خود تمدن شکوفایی داشتند - و ارسطو و افلاطون از مشاهیر آن دیار به شمار می روند؛ اما زنان را آفریده ای می پنداشتند که تنها برای خدمت به مردم و دوام نسل به وجود آمده است و شخصیتی بین انسان و حیوان دارد.^۲

بعد از یونانیان، رومیان هم صاحب تمدن درخشانی بوده اند؛ با این وجود زنان را همانند دیگر اموال، ملک مرد به حساب می آوردند و آنان را موجوداتی ناقص و ضعیف الاراده می انگاشتند.^۳

۱- مفتاح الکرامه، ج ۸، صص ۲ و ۳.

۲- حسن صدر، حقوق زن در اسلام و اروپا، ص ۱۵.

۳- محمد عبدالمنعم بدرعبدالمنعم البدرای، مبادئ القانون الرومانی.

در بین شرایع آسمانی

یهودیان تنها زمانی به زنان ارث می‌دادند که متوفی بازمانده‌ای به جز او نداشته باشد.

مسیحیان همواره از قوانین موجود خود بهره می‌بردند و خود در این زمینه قانونی ندارند.^۱

اعراب جاهلی

در این میان اعراب جاهلی دنباله‌رو احکام ملت‌های پیشین خود بودند و بر پایه اعتقادات و آداب و رسوم خود به زنان، کودکان و افراد ناتوان ارث نمی‌دادند؛ زیرا زنان به خانواده‌های شوهران خود تعلق داشتند و ارث برای آنان موجب ضعف خانواده و تقویت مالی خانواده دیگری می‌شد اضافه بر آن، توان حمل سلاح و دفاع از عشیره و قبیله را نداشتند و همانند کودکان و افراد ناتوان می‌بایست تحت حمایت و مراقبت بزرگان قبیله باشند.^۲

اسلام

در زمان ظهور اسلام و نزول قرآن کریم محرومیت زنان از ارث در همه اقوام و ملل دنیا مشترک بود و زن به هیچ یک از عناوین همسر، مادر، دختر و یا خواهر ارث نمی‌برد اسلام در زمینه ارث انقلاب به وجود آورد اولین نظام حقوقی جهان بود که به زنان حق ارث عطا کرد^۳ و تمام قوانین ظالمانه دوران جاهلیت را که بر پایه اعتقادات و آداب و رسوم قبیله‌ای بود، منسوخ نمود.

در دوران جاهلی نه تنها به زن ارث نمی‌دادند، بلکه بدون توجه به رضایت

۱- سلیمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، ص ۲۳۸.

۲- علامه طباطبایی، المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۴، ص ۳۳۴.

۳- گوستاولن، حضارة العرب، ترجمه عربی: عادل زعیتیر، ص ۴۷۴.

او همانند دیگر اموال متوفی به ارث برده می‌شدند. این سنت جاهلی با نزول آیه شریفه:

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَمَا كُنْتُمْ»^۱

«ای اهل ایمان برای شما حلال نیست که زنان را (مانند جاهلیت) به اکراه به

میراث گیرید»

از میان جامعه مسلمانان برداشته شد.

زنان در نظام اسلامی، نه به عنوان زن، بلکه با عناوین مختلف دیگر نظیر مادر، همسر، دختر، خواهر و... از ارث بهره می‌برند و محرومیت زنان، کودکان و افراد ناتوان به وسیله آیه شریفه:

«للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان

والاقربون مما قل منه اوكثر نصيباً مفروضاً» منسوخ گردید.

این آیه شریفه علاوه بر نسخ قوانین جاهلیت حکمی کلی و سنتی جدید تشریح کرده که تا آن زمان در ذهن مسلمانان غیر مانوس و ناآشنا بوده است، چراکه مسأله وراثت آن‌گونه که در اسلام تبیین شده هیچ نظیری نداشته، بلکه عادات و رسوم همیشه از این قرار بوده که عده‌ای ارث برند و عده‌ای دیگر محروم باشند؛ ولی در این آیه تأسیس یک قانون و قاعده کلی است که هیچ تخصیصی و تقییدی بر نمی‌دارد و شامل همه وارثان، اعم از زن و مرد، کوچک و بزرگ، قوی و ضعیف حتی نوزاد و جنین در رحم مادر می‌گردد.

اضافه بر آن، این که به نظر شیعه - نظر به عمومیت آیه شریفه - تعصیب که سبب برتری مردان طبقه بعدی بر زنان آن طبقه می‌گردد باطل است؛ زیرا در هر طبقه که مردان ارث برند مطابق با آیه شریفه زنان نیز باید از ارث بهره‌برند و اگر فرزند پسر، حاجب طبقه بعدی است فرزند دختر نیز چنین است و از این حیث تفاوتی بین زن و مرد نیست.^۲

۱- سوره نساء، آیه: ۱۸.

۲- رافعی، نظام الاسره، ص ۲۲۷.

به حکم آیه شریفه به زنان که تا آن زمان نه تنها حق ارث نداشتند، بلکه خود جزء اموال به میراث گذاشته به حساب می آمدند، حق ارث داده شده و به دنبال آن به او حق تصرف در اموال - همانند مردان - عطا شد چه زن شوهر داشته باشد و چه نداشته باشد استقلال تصرف در اموال خویش را دارد و هیچ ولایتی برای شوهر در اموال زن نیست.

زنان در نظام اسلامی با عناوین مختلفی از ارث بهره مند می گردند. لازم است هر یک به صورت جداگانه بحث شود:

۱- نصیب زن از ارث به عنوان همسر

«وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ وَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ»^۱

(و اگر شما را فرزندی نبود پس از انجام دادن وصیتی که کرده اید و پس از پرداخت وامهایتان یک چهارم میراثتان از آن زنانتان است و اگر دارای فرزندی بودید یک هشتم آن).

به مجرد انعقاد پیمان زناشویی زن دارای حق ارث در اموال شوهر به میزان معین است (ماده ۹۴۰ ق.م) و هرگاه پیمان زناشویی گسسته شود در طلاق رجعی تا پایان زمان عدّه حق ارث ثابت است (ماده ۹۴۲ ق.م) و اگر طلاق در زمان بیماری که به مرگ انجامیده است واقع شود تا یک سال حق ارث باقی است (ماده ۹۴۰ ق.م) کیفیت سهم الارث زن به عنوان همسر در مواد ۹۱۳ و ۹۲۷ و ۹۳۸ ق.م منعکس است.

۲- نصیب زن از ارث به عنوان فرزند

«يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ الْإُنثَى»^۲

(خدا درباره فرزندانان به شما سفارش می کند که سهم پسر برابر سهم دو

۱- سوره نساء، آیه: ۱۲.

۲- سوره نساء، آیه: ۱۱.

دختر است).

هرگاه دختر تنها فرزند خانواده باشد تمامی ترکه به او می‌رسد و اگر فرزندان همگی دختر باشند باز هم ترکه به صورت مساوی بین آنان تقسیم می‌گردد؛ ولی اگر فرزندان متفاوت باشند فرزند پسر دو برابر فرزند دختر ارث می‌برد (ماده ۹۰۷ ق. م. ا.).

البته این حکم مخصوص به فرزندان است که بی واسطه از میت متولد شده‌اند و اما فرزندان با واسطه حکمشان حکم کسی است که به وسیله او به میت متصل می‌گردند، بنابراین پسرزادگان هر چند که دختر باشند دو سهم می‌برند و دخترزادگان هر چند پسر باشند یک سهم دارند.

۳- نصیب زن به عنوان مادر

«وَلَا يُوْهَى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِلْمِثْلِثِ إِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِلْمِثْلِثِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ»^۱
(و اگر مرده را فرزندی باشد هر یک از پدر و مادر یک ششم میراث می‌برد و اگر فرزندی نداشته باشد و میراث بران تنها پدر و مادر باشند، مادر یک سوم دارایی را می‌برد؛ اما اگر برادران داشته باشد سهم مادر پس از انجام وصیته که کرده و پرداخت وام او یک ششم است).

هرگاه برای متوفی وارث دیگری جز پدر یا مادر نباشد، تمام ارث از آن اوست (ماده ۹۰۶ ق. م. ا.) و هرگاه پدر و مادر با فرزند جمع باشند برای هر یک از پدر و مادر یک ششم ترکه است و اگر حاجبی برای مادر نباشد و پدر و مادر با هم باشند، یک سوم اموال را مادر به ارث می‌برد (ماده ۹۰۸ ق. م. ا.).

بنابراین سهم مادر نه تنها کمتر از سهم پدر نیست، بلکه گاهی به حسب فریضه از سهم پدر هم بیشتر است^۲ و شاید همانگونه که علامه طباطبایی

۱- سوره نساء، آیه: ۱۱.

۲- مادر به فرض ارث می‌برد و پدر به قرابت، بنابراین هرگاه مادر حاجب نداشته باشد و برای میت جز

می فرمایند:

«از آن جهت باشد که مادر از نظر رحم به فرزند چسبیده تر است و تماس و برخوردش با فرزند بیشتر از تماس و برخورد پدر است اضافه بر آن مادر در حمل، وضع، حضانت و پرورش فرزند رنج بیشتری را تحمل می کند و به طور قطع شارع مقدس خواسته است جانب مادر را غلبه دهد و او را شایسته احترام بیشتری نسبت به پدر معرفی کند»^۱.

۴- نصیب زن به عنوان خواهر

«وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍ»^۲.

(و اگر مردی یا زنی بمیرد و میراث بروی نه پدر باشد و نه فرزند او، اگر او را برادر یا خواهری باشد هر یک از آن دو، یک ششم برد و اگر بیش از یکی بودند همه در یک سوم مال شریکند پس از انجام وصیت و ادای دینش، در صورتی که برای وارثان بسیار زیانمند نباشد).

اگر برای متوفی خواهری تنها باشد همه اموال از اوست (ماده ۹۱۷ ق.م) و اگر برای متوفی تنها منسوبین از طریق مادر باشد ترکه بین آنها بالسویه تقسیم می گردد (ماده ۹۱۹ ق.م) و اگر منسوبین ابوینی یا پدری داشته باشد ارث مرد دو برابر زن است (ماده ۹۲۰ ق.م) و اگر تنها برادرزادگان و خواهرزادگان باشند، برای آنان سهم کسی است که بواسطه او ارث می برند هر چند خواهر زادگان پسر و برادرزادگان دختر باشند (ماده ۹۲۲ ق.م).

پدر و مادر و شوهر وارثی دیگر نباشد سهم مادر از پدر بیشتر است؛ زیرا نصف مال از آن شوهر است و ثلث مال، مادر به فرض می برد و مابقی به پدر می رسد.

۱- علامه طباطبایی، المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۴، ص ۲۱۸.

۲- سوره نساء، آیه: ۱۲.

تفاوت حکم ارث زن و مرد

همان‌گونه که روشن شد اسلام احکام ارث را تنها بر اساس مرد یا زن بودن وضع نکرده است، بلکه براساس رابطه و موقعیتی است که این دو در خانواده دارند و با ملاحظه مسؤولیتها و تکالیفی است که بر دوش آنان نهاده شده است و در پاره‌ای از موارد زن بیش از مرد سهم می‌برد.

بنابراین سهم ارث متفاوت با نظرگاه کلی اسلام نسبت به خانواده، تقسیم وظایف و مسؤولیتها، سازگار و عادلانه است با این وجود انتقاداتی شده که به مهمترین آنها می‌پردازیم.

۱- آیه شریفه «لِّلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيْنَ» کاشف از نگاه مردانه شریعت به نظام ارث است و حکایت از آن دارد که در شریعت اسلام شخصیت زن نصف شخصیت مرد به حساب می‌آید.^۱

جواب

اول این که اسلام در تمامی مواردی که شخصیت انسانی ملاک قانون‌گذاری بوده است، حقوق یکسانی برای زن و مرد وضع کرده است آزادی در ایمان و عقیده و ثواب، عقاب تعلیم، تربیت، شغل، ازدواج و غیره.

دوم این که قوانین ارث براساس موقعیت اجتماعی و خانوادگی زن و مرد تنظیم شده و ملاک تنها زن یا مرد بودن نیست و این که همیشه زن نصف مرد ارث می‌برد بی‌دقتی در احکام ارث است گاه سهم ارث آن دو مساوی است مانند سهم پدر و مادر وقتی با فرزند جمع باشند که پدر و مادر یکسان ارث می‌برند و یا میت تنها منسوبین به مادر داشته باشد و... و گاه سهم زن بیش از مرد است. همانند جایی

۱- سلوی مخاش، المرأة العربیه، والمجتمع التقليدي المتخلف، ص ۳۱؛

Vellages Richard. T. Anton Papogation and socitey in arab East, Baerg cabriel P. 35

American Ahthropologist V.7, P.67 (conthe modesty of women in Arab muslim.

که همسر با چند برادر و خواهر همراه شود.

سوم این که حکمت تفاوت میراث زن و مرد توسط ائمه (ع):^۱ بیان شده است - این انتقاد سابقه هزار ساله دارد - اندیشمندان مسلمان بارها و بارها به آن اشاره کرده‌اند که در نظام اسلامی به جهت مسؤولیتهایی که برگردن مرد نهاده شده، همانند مهریه، نفقه، شرکت در جهاد، پرداخت دیه از سوی عاقله و امثال آن در پاره‌ای از موارد برای مرد سهمی دوبرابر در نظر گرفته شده که اگر این سهم با آن مسؤولیتهای سنگین‌شده شود این نصیب مرد است که به نصف نصیب زن می‌رسد و این مرد است که فریادش باید بلند شود.^۲

چهارم این که احکام ارث به لحاظ مصلحتهای جامعه اسلامی وضع شده است و در مواردی که مصلحت اقتضا کند یا شخص خود تمایل داشته باشد که بازماندگانش به یک میزان از اموال او بهره‌برند، می‌تواند از حق وصیت خود تا یک سوم اموال برای تعدیل سهام و برابری آن استفاده کند.

پنجم این که ملاک برتری در اسلام کرامتی است که به تقوا به دست می‌آید - برتری به اموال و دارایی نیست - حال اگر مرد از تقوای بیشتر برخوردار باشد از زن برتر است و اگر زن با تقواتر باشد او برتر است و زیادی سهم الارث در اسلام ارزش نیست و نمی‌تواند بیانگر شخصیت زن از دیدگاه اسلام باشد.^۳

۲- جهان همواره رو به تکامل است و اسلام نیز همانند ادیان دیگر باید با زندگی جدید و تمدن حاکم بر جهان همراه گردد تا از قافله تمدن عقب نماند و گرنه اخلاق عمومی، سازمانهای بین‌المللی و حقوق بشر که تخمه فعال بسیاری از نظامهای حقوقی را بر هم زده و دولتها را ناچار به برابر ساختن حقوق زن و مرد نموده‌اند، واکنشهای نامطلوبی به بار می‌آورند. از این رو بر فقها لازم است برای برابری ارث زن و مرد چاره اندیشی کنند و با انجمنهای دفاع از تساوی حقوق زنان

۱- مجلسی بحارالانور، کتاب الاجتماع، ج ۱۰، ص ۲۱۲، و مسائل الشیعه، ج ۱۷، صص ۴۳۷ و ۴۳۶.

۲- شهید مطهری نظام حقوق زن در اسلام و میزان فی تفسیر القرآن، ج ۴، صص ۲۱۸ - ۱۹۹.

۳- میزان فی تفسیر القرآن، ج ۴، صص ۲۱۸-۱۹۹.

دمساز گردند.^۱

جواب

اول آن که هرگز نباید تحولات اقتصادی و رشد علوم تجربی در غرب را دلیلی بر رشد و درک صحیح آنان از علوم انسانی تلقی کرد. همان‌گونه که شهید مطهری بیان کرده‌اند این تحول و تکامل حقوقی در غرب را زنان مدیون نیازهای اقتصادی و صنعتی قرن هیجده و نوزده میلادی هستند نه آن که تحقیقات جامعه‌شناختی سبب این دگرگونی حقوقی شده باشد بنابراین نمی‌توان تحولات حقوقی جدید را ناشی از تطوّر و تکامل جامعه غربی به حساب آورد.^۲

دوم آن که آمارها نشانگر مصایب و مشکلاتی هستند که افراط غربی در این زمینه به دنبال داشته است حتی پاره‌ای از اندیشمندان غربی بر برتری نظام اسلام بر نظامهای حاکم بر غرب اعتراف کرده‌اند و تنها راه نجات غرب را از بحران اخلاقی و رهایی از بی‌بندباری جنسی، پناه آوردن به قوانین اسلامی بر شمرده‌اند.^۳

۳- قوانین ارث زن در اسلام به اقتضای شرایط زمانی و مکانی صدر اسلام تنظیم شده که امروزه آن شرایط کاملاً دگرگون شده است و لازم نیست که اعتقاد به جاودانه بودن همه احکام و قوانین داشته باشیم؛ زیرا با دگرگون شدن شرایط، حکم نیز دگرگون می‌شود به عنوان نمونه در خانواده‌های پرجمعیت پیشین سهم زن به عنوان همسر با خویشان نسبی در تعادل بود در حالی که در خانواده‌های کم جمعیت کنونی سهم زن بسیار اندک است خصوصاً اگر با طبقه سوم همراه شود سهم او ناچیزتر جلوه می‌کند.^۴

۱- محمد اقبال، تجدید تفکر دینی در اسلام، ص ۱۸۶.

۲- شهید مطهری، نظام حقوق زن در اسلام.

۳- محمد اقبال، تجدید تفکر دینی، ص ۱۹۶.

۴- کاتوزیان، ارث، صص ۵۶ و ۵۵، نشر دادگستر.

جواب

اول آن که هیچ شکی نیست که پاره‌ای از احکام تابع مصالح موقت‌اند و به اقتضای شرایط زمانی و مکانی جعل می‌گردند، همانند احکام حکومتی، ولی اتفاق و اجماع مسلمانان بر این است که آیات ارث از آیات محکّمات قرآن است و احکام آن زمان بردار نیست.^۱

دوم آن که احکام مربوط به ارث زن و مرد براساس مسؤولیتهایی است که در نظام اسلامی بر عهده هر یک نهاده شده است و قرابتی است که شخص با میت دارد. به عبارت دیگر حکمتهای مربوط به قوانین ارث زمان‌بردار نیست.

سوم آن که اگر احکام ارث احکام امضایی بود باید همانند احکام دوره جاهلی با اندک تفاوتی جعل می‌شد در حالی که انقلاب حقوقی اسلام در این زمینه در نوع خود بی‌نظیر بوده و به تأیید تمامی مورّخان و مفسران موجب حیرت و اعتراض مردم واقع شده است.^۲ بنابراین نمی‌توان احکام ارث را از احکامی به حساب آورد که شرایط آن زمان اقتضا نموده است.

۴- ما در عصری زندگی می‌کنیم که زنان همانند مردان در اجتماع سهیم هستند و در نان‌آوری و تأمین مایحتاج زندگی و خلاصه اقتصاد خانواده و کشور سهم برجسته‌ای دارند و دیگر موجودی سرّبار و مصرف‌کننده نیستند، بلکه از موقعیت اجتماعی برابر، گاه برتر برخوردارند و زمانی که زن در خانه می‌نشست و از تأمین مایحتاج زندگی معاف بود، به پایان رسیده است؛ در نتیجه می‌توان گفت ملاک و مناط این که مرد دو برابر زن ارث ببرد از میان رفته است و به ناچار باید حکم به تساوی آنان در احکام نمود.^۳

۱- باجوری، المرأة فی الفکر الاسلامی، ج ۲، ص ۱۴۰؛ و کاتوزیان، ارث، ص ۲۰۶، «قواعد مربوط به ارث زن چنان صریح است که رویه قضایی و اندیشه‌های حقوقی توان ایجاد و تحوّل در این زمینه را ندارد».

۲- طبری جامع البیان فی تفسیر القرآن، ج ۴، ص ۱۸۵؛ و علامه طباطبایی، المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۴، ص ۲۱۸.

۳- محمدالبهی انحولی، اسلام والمرأة المعاصرة، صص ۲۰۵-۲۰۱، کاتوزیان، ارث صص ۲۰۶ و ۲۰۵.

جواب

هر چند امروزه به اقتضای شرایط زمانی و نیازهای خانوادگی، زنان پایه پای مردان در خارج از منزل به کار مشغولند و در تأمین اقتصاد خانواده نقش دارند و شراکت آنان در امور مربوط به زنان و مطابق با شأن آنان امری پسندیده است؛ ولی هرگز از نظر اسلام زنان ملزم به تأمین مخارج زندگی خود و خانواده نیستند اضافه بر آن که می‌توانند تمامی درآمد خود را پس انداز کنند و این وظیفه مرد است که زن را تأمین کند گرچه نادار و زن دارا باشد.

البته لازم به ذکر است تنها زنانی که تخصص ویژه‌ای کسب کرده‌اند و جامعه نیاز میرمی به آنان دارد برای اجتماع کنونی مفیدند و در واقع علاوه بر کمک به اقتصاد خانواده در تعالی و پیشرفت جامعه نیز نقش دارند؛ اما زنان دیگر علاوه بر آن که کارشان در خارج از منزل بر مشکل بیکاری کشورها می‌افزاید، مقرون به صرفه نیست و در پاره‌ای از موارد موجب از هم‌پاشیدگی خانواده و انحراف افراد آن می‌گردد؛ در نتیجه حکمت تعیین سهم ارث در نظر اسلام پایرجاست؛ زیرا در صورتی کرامت و عزت زن مسلمان حفظ می‌شود که از لحاظ مالی تأمین باشد و از روی ناچاری به کاری که با کرامت و شرافت او در تضاد است تن در ندهد و این وقتی تضمین می‌شود که ملزم به شراکت در امور اقتصادی خانواده نباشد هر چند در صورتی که توانایی داشته باشد می‌تواند باری از دوش شریک زندگی خود بردارد.

۵- با سست شدن علاقه‌های عشیره‌ای و قبیله‌ای دیگر زن پیوند ناهمگونی از قوم دیگر بر خانواده نیست؛ بیگانه‌ای نیست که با پیوند زناشویی به خانواده اصلی متصل باشد و با مرگ طرف قرارداد، شوهر، از ستون اصلی خانواده جدا شود و آن تعصبات قومی که مانع ارث بردن زن بود از بین رفته است و زن یکی از دو ستون اصلی خانواده نو بنیاد است؛ مرکز عاطفی خانواده، یار، همدل و معاون مرد است و در غالب موارد نگهبان خانواده صدمه دیده، نام مرد و حامی فرزندان او

پس از مرگ است.^۱

جواب

ابراز این گونه نظرها بیشتر ناشی از عدم فهم خانواده در اسلام است. اسلام بیش از تمامی نظامها به خانواده و بقای آن احترام می‌گذارد و هرگز زن را پیوندی ناهمگون بر خانواده شوهر به حساب نمی‌آورد و پیوند میان زن و شوهر را بسیار زیبا بیان می‌کند «هِنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ هُنَّ»^۲ خداوند کریم در جمله‌ای کوتاه بسیار زیبا و رسا علاقه جسمی و روحی زن را بیان داشته است همان گونه که لباس بدن را می‌پوشاند و باید اندازه قامت انسانی باشد نه کوتاه، نه بلند، نه گشاد و نه تنگ، زن و مرد هم، راز یکدیگر را می‌پوشانند و هر کدام در دیگری ذوب می‌شوند بدون کم و زیاد، بدون برتری و تفاخر بنابراین هر دو یک روح اند اندر دو بدن بلکه یک روح و یک جسم‌اند و لذا باید هر کدام حافظ منافع دیگری نگهبان جان و اسرار او باشند و برای هر یک حقوق و تکالیفی است «وَهُنَّ مِثْلُ الذِّی عَلَیْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ»^۳ چنین نگرشی نسبت به خانواده در هیچ یک از ادیان دیگر اعم از الهی و غیر الهی وجود ندارد.^۴

بنابراین اسلام هرگز زنان را سربار، مصرف‌کننده و اجیر به حساب نیاورده، بلکه برای زن شخصیتی همسان با مرد قائل است نقشی که در خانواده ایفاء می‌کند همانند مرد، بلکه بالاتر است. احترام و اکرام او دلیلی بر بزرگی و بزرگواری، اهانت به او دلیل پستی است همواره توصیه به رفتار نیک با زنان شده است. به اندازه‌ای که در اسلام توجه به زن و سفارش زن به مرد شده است یک دهم سفارش مرد به زن نشده است.

هر چند ممکن است این انتقاد به فرهنگهای دیگری وارد باشد؛ ولی

۱- کاتوزیان، ارث، صص ۲۰۵ و ۵۶.

۲- سوره بقره، آیه: ۱۸۷.

۳- سوره بقره، آیه: ۲۲۸.

۴- الاسلام عقیده و شریعت، ص ۱۵۴.

نمی‌تواند به اسلام وارد باشد. شاید غفلت از آیات قرآن کریم و آن همه روایات متواتر سبب بیان این ایراد شده است.

نتیجه آن که زن مسلمان هیچگاه از کمی و کاستی قوانین الهی شکایت ندارد بلکه از بی‌عدالتی‌های موجود در جامعه و از رفتار ناشایست و غیر اسلامی پاره‌ای از مردان شکایت دارد، از عدم اجرای صحیح قوانین و مقررات اسلامی ناراضی است.

اضافه بر آن که تساوی در مسأله ارث، همان‌گونه که از پاره‌ای نظرها نیز به دست آمد، مشارکت در تأمین مخارج زندگی مشترک را به دنبال دارد و اگر این امر تحقق یابد و تأمین مخارج بر زنان نیز لازم شود، لازمه‌اش آن است که زنان برای لقمه‌ای نان و تأمین معاش تن به کاری دهند که با شرافت و کرامت آنان سازگار نباشد و خدا می‌داند چه مفاسد اجتماعی و اخلاقی و خانوادگی به دنبال دارد؛ ولی اگر نظام اسلام رعایت شود لزومی در مشارکت زنان در تأمین معاش نیست مگر آن که خود بخواهند و توانایی کافی داشته باشند و جلوی سوء استفاده از کار زنان بسیاری گرفته می‌شود. بنابراین اخلاق عمومی اقتصاد می‌کند زن از مشارکت در تأمین مایحتاج زندگی معاف باشد تا آن که بنیان خانواده آسیب نبیند و در جوامع اسلامی از واکنشهای نامطلوب جوامع غربی خبری نباشد، البته اگر شرایط و موقعیت پاره‌ای از زنان ایجاب کند که با مرد همراهی کند و شرکت در تأمین معاش داشته باشند احسانی است که از سوی زن به مرد می‌شود.

غفلت و بی‌مبالاتی اندیشمندان، محققان و قانونگذاران جامعه اسلامی نسبت به فهم نظام اسلام و برنامه‌های اجتماعی و حقوقی آن، هرگز بخشوده نیست و بیگمان افراط و تفریطهایی به دنبال خواهد داشت که جوامع غربی دچار آن هستند و نسبت به تساوی حقوق باید گفت:

کلام حق و عدل همانست که خیرالامور اوسطه‌انه تفریط قرنهای پیش غرب و نه افراط قرن حاضر، بلکه نظام متعادل اسلامی بهترین قانون است.^۱

۲- طلاق

مفهوم طلاق

واژه طلاق در پارسی به معنای بیزاری و جدایی کامل است و همراه با فعلهای کمکی افتادن، دادن، خوردن، گرفتن و بستن به کار می‌رود^۱ و در تازی این واژه مصدر فعل مجرد و اسم مصدر فعل مزید است، همانند سلام و کلام و به معنای رهانیدن و گشودن قید و بند است چه این گشایش از قید و بند معنوی باشد مانند «طلقت القوم» یعنی قبیله را رها کردم و چه از قید و بند محسوس همانند «الناقة الطالقة» یعنی شتر رها شده. در لغت عرب واژه تطلیق برای گسست پیوند زناشویی بیشتر به کار می‌رود واژه طلاق برای رها شدن از قیود دیگر به کار گرفته می‌شود.^۲

واژه طلاق در اصطلاح شریعت همان مفهوم عرفی رایج میان عقلا را می‌رساند که شارع مقدس آن را با شرایط خاصی امضا کرده است و به معنای: گشودن پیوند زناشویی با واژه مخصوص طلاق، یا اشاره و نوشته‌ای است که جایگزین آن باشد چه پیوند زناشویی بلافاصله گشوده شود و چه بعد از گذشت زمان معین.^۳

در اصطلاح حقوق نیز طلاق عبارتست از ایقاعی تشریفاتی که به موجب آن مرد به اذن یا حکم دادگاه زنی را که به طور دائم در قید زناشویی اوست، رها می‌سازد. در شریعت گسست پیوند زناشویی به فسخ یا طلاق صورت می‌گیرد (ماده ۱۲۰ ق.م) و هر چند فسخ نیز همانند طلاق ایقاع است و از جهت پاره‌ای از احکام

مآذعن المرأة، نورالدین عتر و نظام الاسره عندالمسلمين والمسيحين، مصطفی رافعی.

۱- فرهنگ جامع فارسی (انندراج)؛ و لغت‌نامه دهخدا، ذیل واژه «طلاق».

۲- ابن منظور، لسان العرب، ماده «طلق».

۳- شیخ طوسی، خلاف، ج ۲، ص ۹۸.

- نظیر حکم عدّه - با آن چندان تفاوتی ندارد با این وجود در امور زیر متفاوتند:
- ۱- فسخ حقی است که با وجود اسباب آن می‌تواند برای زن و مرد ثابت شود و اختصاص به مرد ندارد (ماده ۱۱۲۲ ق.م).
 - ۲- فسخ بعد از ثبوت برای اعمال آن هیچ شرط خاصی نظیر این که زن حیض نباشد و یا تشریفات خاصی همانند حضور دو شاهد عادل لازم نیست (ماده ۴۴۹ ق.م) و (ماده ۱۱۳۲ و ۱۱۴۰ ق.م).
 - ۳- بعد از فسخ حق رجوع در زمان عدّه زن وجود ندارد و به تکرار فسخ حرمتی ایجاد نمی‌شود.
 - ۴- فسخ در نکاح دائم و موقت جاری است؛ ولی طلاق تنها در نکاح دائم است.^۱

تاریخچه

از زمانی که درنفس بشر دوستی و دشمنی، تأثیرگذاری و تأثیرپذیری شکل گرفته و خواسته‌ها و احساسات او در معرض تغییر و تحول قرار گرفته است به حکم فطرت سلیم و به مقتضای غریزه همچنان‌که پیوند زناشویی ممکن بوده، رهاشدن از این پیوند نیز امکان داشته است و همان‌گونه که روابط زناشویی به صورت فعلی نبوده است، رها شدن از آن پیمان نیز تشریفات و شرایط خاصی نداشته است. در تمدنهای ابتدایی بیشتر پیمان زناشویی به صورت موقت صورت می‌گرفته است و آثار آن هنوز در برخی از قبایل آفریقایی و سیاهپوستان آمریکایی و اسکیموها وجود دارد این نوع از پیوند زناشویی پس از گذشت زمان نیازی به تشریفات خاصی برای جدایی زن از شوهر ندارد هر چند در صورت تمایل آن دو قابل تمدید است.^۲

۱- مصطفی رافعی، نظام الاسره عندالمسلمین والمسیحین، دارالکتاب، بیروت، ص ۱۲۲؛ و کاتوزیان، حقوق مدنی (خانواده)، شرکت انتشار، تهران، صص ۲۷۹ و ۲۷۷.

۲- محمود عبدالحمید، حقوق امراه بین‌الاسلام والدیانات الاخری، مکتبه مدبولی، قاهره، ص ۲۰۷.

در تمدن سومریها - چهار هزار سال قبل از میلاد - حق طلاق تنها به دست مرد سپرده شده و هرگاه زن خواهان رهایی از پیمان زناشویی می شد به مجازات غرق شدن در آب - محکوم می گردید.^۱

در تمدن بابل - سه قرن پس از تمدن سومریها - و قوانین حمورابی پیمان زناشویی بر پایه روابط موقت و زودگذر بنا نمی شد و به صورت دائم بسته می شد؛ ولی حق طلاق به مرد سپرده می شد و تنها در صورتی که مرد مرتکب خطایی می شد زن می توانست تقاضای طلاق کند و اگر خطای زن ثابت می شد، خطایی که شرافت مرد را لکه دار می ساخت، به مرگ محکوم می گردید و یا به جهت سوء رفتار و جرأت بر تقاضای طلاق مجازات می شد.^۲

در تمدن یونانی مرد حق داشته است هر وقت بخواهد بدون هیچ عذری زن را رها سازد، یا آن که او را به هر کس که بخواهد ببخشد و یا آن که برای پس از مرگ وصیت کند.^۳

در تمدن هند پیمان زناشویی سه مرحله گذرانده است:

۱- در مرحله اول پیمان زناشویی به صورت جمعی برگزار می شده است جمعی با جمعی دیگر روابط زناشویی داشتند، بدون این که روابط افراد محدود به فرد خاصی باشد.

۲- در مرحله دوم و در عصر مادر سالاری این زن بود که حق طلاق در دست داشت و هر وقت می خواست مرد را رها می ساخت.

۳- در مرحله سوم و دوران پدر سالاری طلاق محدود به مواردی شد که خیانت همسر ثابت می گردید و یا توافق هر دو طرف حاصل می شد.^۴

۱- صبح مسکونی، قانون العراقی القديم، ص ۳۲۰.

۲- حقوق المرأة بین الاسلام والديانات الاخرى، ص ۲۰۷.

۳- احمد کبیبی، فلسفه نظام الاسره، ص ۱۹۳.

۴- زلمی، الطلاق، مطبعه عانی، بغداد، ص ۴۹.

در شریعت یهود

در شریعت یهود به مجرد این‌که مرد از زنش ناراضی باشد می‌تواند او را رها سازد پیوند زناشویی به مجرد نیت قابل گسست است و نیازی به اثبات و ابراز نیست، شرایط و تشریفات خاصی ندارد با این وجود به مردم توصیه شده تنها به هنگام عذر همسر خویش را طلاق دهند.^۱

در دیانت مسیح

در دیانت مسیح برای هیچ یک از زن و مرد حق طلاق وجود ندارد و پیوند زناشویی تنها زمانی قابل گسست است که زن مرتکب زنا شده باشد^۲ شاید عدم مشروعیت طلاق در آیین مسیحیت بدین علت باشد که زن و مرد به حضرت مریم و مسیح اقتداء نکرده و با انعقاد پیمان زناشویی جرم بزرگی را مرتکب شده‌اند بنابراین لازم است به پای این عمل ناروا بسوزند و با این بندی که خود بر خویشان نهاده‌اند عذاب شوند^۳ در نتیجه پیوند زناشویی عملی است نامقدس و تقدس در رهبانیت است و عدم مشروعیت طلاق برای مجازات است و مکافات نه حفظ محیط خانواده.

نظام طلاق در اسلام

پیوند زناشویی در اسلام همانند قراردادهای دیگر بشر نیست آثاری که بر آن بار می‌شود حقوق مادی نیست، بلکه پیوندی مقدس است که برای آرامش روح و روان بشر لازم و ضروری است قرآن کریم در آیات بسیاری به آن فرمان داده است. افراد تنها و بی همسر را ترغیب و تشویق بدان کرده است پیامبر عظیم شأن و ائمه

۱- محمود عبدالحمید، حقوق المرأة بین الاسلام والدیانات الاخری، المدخل للعلوم القانونیه،

سلیمان مرقس، ص ۲۳۸.

۲- مصطفی رافعی، نظام الاسره عندالمسلمین والمسیحیین.

۳- جعفر سبحانی، نظام الطلاق فی الاسلام، ص ۸.

اطهار(ع) نیز بسیار به ازدواج تأکید کرده‌اند و در برانگیختن مسلمانان از هر وسیله ممکن استفاده کرده‌اند پیامبر گرامی در احادیث بسیاری تأکید می‌کنند که خداوند یاور کسانی است که به ازدواج پناه می‌آورند،^۱ افتخار می‌کنند که ازدواج سنت اوست و براءت می‌جویند از کسانی که از ازدواج روی گردانند^۲ و مسلمانان را برحذر می‌دارند از این که به خاطر ترس از فقر و ناداری تن به ازدواج ندهند.^۳

همان گونه که در اسلام ازدواج امری مقدس و پسندیده است و برای ثبات و پایداری آن تأکید فراوان شده، طلاق نیز امری ناپسند و نامقدس است و برای جلوگیری از آن از هر وسیله ممکن استفاده شده و از آن در کلمات شارع مقدس به مبعوض‌ترین حالها تعبیر شده، امری است که خشم خداوند را به دنبال دارد، بدترین خانه نزد خداوند خانه‌ای است که به واسطه طلاق از هم پاشیده باشد، خداوند از کسانی که به طلاق روی می‌آورند بیزار است، و هنگامی که طلاق رخ می‌دهد عرش خداوندی به لرزه در می‌آید.

حکمت مشروعیت طلاق

اسلام به ازدواج امر می‌کند و مسلمانان را به تشکیل زندگی خانوادگی تحریک می‌کند تنها به جهت زندگی سعادت‌مند، آرامش فکری، روحی، اخلاقی و جسمی. هر چند انگیزه‌های تشکیل خانواده بسیار است و می‌تواند عامل درونی و تقاضای فطرت باشد و یا نیاز اقتصادی و ازدیاد نسل؛ ولی هدف از تشکیل زندگی زناشویی سعادت انسان است.

برای رسیدن به این هدف، اسلام برای تشکیل خانواده، پاکی و دین‌داری، پرهیزگاری و سایر صفات نیک انسانی زن و مرد را با توجه بیشتری مد نظر قرار می‌دهد و بی‌دقتی در امر خطیر ازدواج را شایسته زن و مرد نمی‌داند.

۱- وسائل الشیعه، ج ۱۴، باب اول.

۲- حدیث شریف: «النکاح سنتی فمن رغب عن سنتی فلیس منی».

۳- وسائل الشیعه، ج ۱۴، باب دهم.

چرا اسلام طلاق را مشروع می‌داند؟

با این وجود گاه نظر انسان به خطا می‌رود دیده خیانت می‌کند و دل نیرنگ می‌زند و در نتیجه انتخاب نادرست می‌شود و بداقبالی به شخص روی می‌آورد و در اثناء زندگی زناشویی اخلاق و رفتار زن و شوهر با هم جور نمی‌آید، در نتیجه بعد از گذشت زمانی زندگی مشترک به جای آرامش فکری به سوهان روح و به جای سعادت رو به شقاوت می‌برد، دوستی‌ها به دشمنی مبدل می‌شود تا جایی که تحمل زندگی مشترک بر طرفین ناممکن می‌گردد و هر چند طلاق امری ناخوشایند است؛ ولی به جهت تأمین نشدن هدف اصلی از تشکیل خانواده امری لازم و ضروری است به امید آن که هر یک از طرفین در پیوند بعدی سعادت خویش را بیابند «لاتدری لعل الله یحدث بعد ذلک امرأ»^۱.

راههای پیشگیرانه

با آن که طلاق در اسلام در وقت ضرورت مشروع است، ولی شارع مقدس برای آن که زندگی زناشویی زود از هم نپاشد و دامنه این گرداب خطرناک به افراد بیگناه دیگر زیان نرساند، به مجرد این که مردی از همسرش ناخرسند باشد راه طلاق را نشان نمی‌دهد، بلکه او را به بردباری و شکیبایی دعوت می‌کند.

«و غَاثِرٌ وَهْنٌ بِالْمَعْرُوفِ فَان كَرِهْتِمُوهُنَّ فَعَسَىٰ اَنْ تَكْذُوهَا شَيْئًا وَ يَجْعَلَ اللّٰهُ فِيْهِ

خَيْرًا كَثِيْرًا»^۲

چه معلوم است شاید خداوند خیر و صلاح او را در سازش با همان زن قرار داده باشد. اما اگر امر زناشویی از این اندازه گذشت و به سرپیچی و دلزدگی - عدم تمکین - تبدیل شد با زهم قرآن کریم برای بازگشت به صفا و صمیمیت راهکارهایی پیش روی آنان قرار داده است.

۱- سوره طلاق، آیه: ۱.

۲- سوره نساء، آیه: ۱۹.

مرحله اول (پند و اندرز)

«وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ»

قرآن کریم در وهله نخست امر می‌کند که به پند و اندرز روی آورید، چه بسا همین باعث شود که دوباره زندگی زناشویی در مسیر اصلی قرار گیرد و تأمین‌کننده آسایش طرفین شود و بر همسر است که برای پند و اندرز ابتدا از واژه‌های زیبا و دل‌با استفاده کند و شیوه آرامی در پیش گیرد، با همسر خویش به استدلال برخیزد و با عقل و حکمت او را راضی سازد.

گاهی اختلاف در خانواده بیش از این رسوخ کرده و با پند و اندرز، طرفین قانع نمی‌شوند آن وقت نوبت به مرحله دوم می‌رسد.

مرحله دوم (ترک بستر)

همان‌گونه که گفتیم در پاره‌ای از موارد نفرت میان زن و شوهر ریشه دوانده و با پند و اندرز کاری از پیش نمی‌رود در این جا راه حل دوم که ترک گفتن بستر مشترک است برای به راه آمدن طرفین به کار می‌آید ترک نمودن بستر نشانه ناراحتی و نارضایتی شوهر از همسر خویش است و این امر چه بسا سبب گردد که هر یک به فکر افتند و راه صلاح را در پیش گیرند، اضافه بر آن که ترک گفتن بستر سبب خاموشی خشم و به فراموشی سپردن اسباب ناخشنودی می‌گردد.

در این مرحله نیز بر طرفین است که ابتدا این عامل بازدارنده را در خانه خویش و دور از انظار دیگران به کار بندند و نباید به غیر از مکان بستر سرایت دهند. برآنان لازم است در برابر کودکان رفتاری کاملاً مناسب داشته باشند و نباید استفاده از این راهکار بر رفتار آنان با کودکان تأثیر گذارد.

در برابر میهمانان نباید عملی از هر یک از دو همسر سرزند که دیگری را تحقیر و کوچک شمارد. اگر این راهکار مؤثر نشد نوبت به مرحله سوم می‌رسد.

مرحله سوم (واضربوهن)

اگر به کارگیری پند و اندرز و ترک خوابگاه سودی نبخشید، نوبت به تأدیب می‌رسد؛ اما نباید این تأدیب به جهت انتقام و اذیت و آزار طرف دیگر صورت گیرد، بلکه باید با عطف و مهربانی باشد و به جهت اصلاح همسر باشد نباید سبب تحقیر و خواری باشد، بلکه باید همراه با تکریم و ادب اسلامی باشد - این تأدیب هر چند جرم محسوب نمی‌گردد، ولی نسبت به پیامدهای آن، زوج مسؤول است و حتی دیه کوچکترین خراشی را باید به زن پردازد - اگر این امور زندگی زناشویی را در مسیر طبیعی خود قرار داد دیگر جایز نیست که بر به‌کار بستن آنها اصرار ورزید و روا نیست همسر را به جهت کارهای ناشایست قبلی بعد از پشیمانی سرزنش کرد «فان اطعنکم فلا تبغوا علیهنّ سبیلاً»^۱

مرحله چهارم (حکمیت)

هرگاه کار زن و شوهر از ناخشنودی بالا گرفت و به سرپیچی از وظایف و نفرت تبدیل شد و خود نیز از پس اصلاح آن برنیامدند و بر خانواده‌های آنهاست که با داوری و پادرمیانی آنان را به راه راست هدایت کنند و از زیانهای ناشی از سوء رفتارشان آگاه سازند و برداوران است که با مهربانی و رفتاری پسندیده تا حد امکان سعی در صلح و سازش میان زن و شوهر نمایند و اگر توانستند بین آنها صلح و آرامش برقرار نمایند و زندگی دو طرف را به مسیر اصلی خویش بازگردانند خداوند نیز آنان را یار خواهد بود «ان یریدا اصلاحاً یوفق اللّهُ بینهما».

ولی بعد از شکست تمام تلاشها در حفظ پیوند زناشویی، چاره‌ای بردن به جز پناه به طلاق و جدایی نیست؛ با این حال خداوند متعال برای بازگشت به زندگی زناشویی موانعی بر سر راه طلاق قرار داده است:

۱- باید طلاق در زمان پاکی همسر و هنگامی صورت گیرد که عمل زناشویی

صورت نگرفته باشد.

بهترین فرصت برای تصمیم‌گیری صحیح است، تأخیر سبب می‌شود خشم‌ها فرو نشیند، فکرها باز شود و تصمیم‌های ناپایدار و برخواسته از امور پیش پا افتاده از بین رود و همان‌گونه که روان‌شناسان گفته‌اند: فرصت که بهترین علاج برای درمان جدایی است در اختیار دو طرف قرار گیرد.

۲- باید طلاق در برابر دو شاهد عادل انجام گیرد.

مؤمنان همیشه برای اصلاح میان همکیشان خود پیش قدمند چه رسد به هنگامی که از هم پاشیدگی زندگی در میان باشد؛ از این رو این دو نفر نیز از هیچ نوع فداکاری در این زمینه کوتاهی نخواهند کرد اضافه بر آن که یافتن دو شاهد عادل که حاضر به شنیدن ندای باشند وقت زیادی از دو طرف می‌گیرد و زمینه فرو نشستن آتش خشم و کینه می‌شود و ای بسا موقعیت را برای صلح پایدار فراهم آورد. در اسلام پس از انجام تشریفات طلاق نیز راه‌هایی برای بازگشت به زندگی مشترک وجود دارد:

۱- رجوع

بعد از طلاق تا پایان زمان عده - سه ماه و ده روز در طلاق رجعی - برای مرد و زن مدتی است که می‌توانند با تفکر و تدبیر دوباره بدون عقد و تحمّل هزینه‌های آن و پرداخت مهریه از طرف مرد به زندگی مشترک بازگردند، گاهی انسان از کرده خویش پشیمان نمی‌شود مگر آن که خود را در مقابل عمل انجام شده احساس کند و عاقبت رفتار خویش را در برابر چشمان مجسم ببیند.

۲- بقای زن در خانه شوهر

شوهر نمی‌تواند تا پایان زمان عده، همسر خویش را از خانه خویش دور سازد^۱ و این امر عامل دیگری است که می‌تواند طرفین را به راه آورد و زندگی

مشترک را دوباره برقرار نماید.

۳- جواز آرایش برای همسر

در زمان عده زن می‌تواند برای آن‌که شوهر را راضی سازد آرایش نماید^۱ و از هر شیوهٔ ممکن برای به دست آوردن رضایت او استفاده کند. در نتیجه اسلام اضافه بر آن که طلاق را بدترین حلالها معرفی کرده است، از هر وسیله‌ای برای جلوگیری از آن، چه قبل از انجام طلاق و چه در هنگام آن و چه بعد از آن استفاده لازم را کرده است.

- چرا اسلام حق طلاق را به دست مرد سپرده است؟

گاه شنیده می‌شود که می‌گویند: عدالت اسلام کجاست؟ بود یا نبود زن در خانه بخت، به دست مرد سپرده شده؛ او می‌تواند هر وقت که بخواهد پیوند زناشویی را از هم بپاشد، ولی زن مجبور به بردباری و ادامه زندگی رقت بار خویش است.

اینان چشمان خویش را نسبت به واقعیتهای زندگی بسته‌اند. پیوند زناشویی و روابط خانوادگی را نمی‌توان با قانون و مقررات خشک حفظ کرد. آن چه در خانواده باید حاکم باشد اخلاق و رفتار انسانی و اسلامی است. در اسلام بارها و بارها بر رفتار نیکو تأکید شده است. به مرد توصیه شده که به همسر خویش همانند شاخه گلی بنگرد نه آن که او را در شرایط سخت قرار دهد «المرأة ریحانه و لیست بقهرمانه» و پیامبر گرامی فرموده‌اند: «بهترین مردم کسانی هستند که با همسران خویش بهترین رفتار را داشته باشند».

اضافه بر آن که برای قضاوت میان دو همسر نمی‌توان شاهدی یافت و برای یافتن حقیقت و مقصّر اصلی تحقیق نمود، بسیار دشوار است که رفتار و حرکات آنان در کنترل قانون در آید.

- حال اگر زندگی زناشویی دشوار شد چرا حق طلاق به دست زن سپرده نشود؟! اگر حق طلاق را با قوانین دیگر بسنجیم و خصوصیات فطری هر یک از دو همسر را در نظر آوریم معلوم می‌شود:

اول آن که: طلاق برای زن هیچ نوع پیامد مالی به دنبال ندارد و این مرد است که باید هنگام طلاق در بیشتر موارد مهریه را بپردازد، هزینه زندگی زمان عده را بدهد، مسکن آن مدت را تهیه کند و زندگی فرزندان را تا زمان بلوغ و رشد، تأمین کند. اضافه بر آن، این که اجرت حضانت کودکان و هزینه ازدواج مجدد نیز بر دوش او گذاشته می‌شود؛ بنابراین از عدل و انصاف خارج است که ناخواسته شخصی را به پیامدهای عمل دیگری کیفر کنیم.

دوم آن که: زن به حسب فطرت خویش و به جهت وظایفی که خداوند بر دوش او نهاده است، از احساسات و عواطف بالایی برخوردار است و زود از خود عکس‌العمل نشان می‌دهد و آمار نشان می‌دهد که هرگاه امر طلاق به زن واگذار شده است - همانند روم قدیم، برخی از قبایل عرب و برخی از کشورهای غربی -^۱ شمار فروپاشی خانواده به سرعت رو به فزونی نهاده است.

سوم آن که: در اسلام زن می‌تواند اگر بخواهد از قید زناشویی رها شود، در حالی که همسر خواهان ادامه زندگی است به گونه‌ای رضایت او را جلب کند و از او طلاق خلع بگیرد. اضافه بر آن که می‌تواند در عقد زناشویی وکالت در طلاق شرط کند.

- چرا عقد زناشویی همانند عقود دیگر تنها با رضایت دو طرف قرارداد منحل نشود؟ اول آن که: رضایت دو طرف قرارداد در امر طلاق نادر است و همانند معاملات دیگر نیست. اضافه بر آن که در بیشتر موارد یکی به قصد ضربه زدن به دیگری از انحلال عقد زناشویی خودداری می‌کند و در نتیجه این راه امکان عادی ندارد.

۱- زلمی، الطلاق، صص ۱۰۴ و ۱۴؛ نورالدین عتر، ماذا عن المرأة، صص ۱۶۴ و ۱۶۰.

دوم آن که: اسلام هرگاه دو طرف پیمان زناشویی موافق با طلاق باشند طلاق را جایز شمرده و این نوع طلاق «طلاق مبارات» نامیده می‌شود و چون هر دو به طلاق راضی هستند از هزینه‌هایی که بر مرد معمولاً لازم می‌شود کاسته می‌شود، ولی نمی‌تواند بیش از مهریه از زن مالی بخواهد.^۱

- چرا عقد زناشویی به وسیله محاکم قضایی پایان داده نشود؟

از آن جا که روابط خانوادگی پر از رمز و راز است و راهی برای ثبوت ادعای هیچ یک از طرفین غالباً وجود ندارد، لذا حوزه اختیارات دادگاه بیرون است. در نتیجه این کار پیامدهای زیر را به دنبال دارد:

- ۱- اسرار خانواده فاش می‌گردد و بیشتر سبب و خاست اوضاع می‌گردد.
- ۲- آینده زن و شوهر معمولاً به سبب تهمتهایی که برای رسیدن به مقصود گفته می‌شود، خراب می‌گردد.
- ۳- درگیریهای یک خانواده به خانواده‌های دیگر سرایت می‌کند؛ در نتیجه دشمنیها و کینه‌های قومی را به دنبال دارد.
- ۴- در بیشتر موارد موجبات نارضایتی زن و مرد امور باطنی است که نمی‌توان با اماره و بینه ثابت نمود و دادگاه در این زمینه کاری از پیش نمی‌برد. با این وجود حاکم اسلامی می‌تواند بر طبق مصالح و شرایط زمانی و مکانی طلاق را تنها از طریق محاکم قضایی اجازه دهد.

نتیجه آن که:

- ۱- بهترین راه همان است که اسلام پیموده و طلاق را به دست کسی سپرده که بیشترین تاوان را باید بدهد؛ اضافه بر آن که در مواقع ضرورت زن نیز می‌تواند بدان دست یابد.

۱- در باره ماهیت طلاق خلع و مبارات و عقد یا ایقاع بودن آن، رک: کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، ج

۲- هر چند طلاق به دست مرد سپرده شده، ولی چنان که پنداشته می‌شود او را در اعمال این حق آزاد نشمرده است، اضافه بر سفارشهای اخلاقی و وضع حدود و مقررات شکلی بر آن، پیشگیریهای لازم را نموده و از هر عامل بازدارنده‌ای نیز استفاده کرده است.

۳- بی‌انصافی است که سوء استفاده‌های ناجوانمردانه را که از قوانین صورت می‌گیرد - در تمام نظامها نیز این امر ممکن است، چون قانون برای همه است و نه موارد استثنا و نادر - به حساب نظام اسلام بگذاریم؛ همان‌گونه که گفتیم زن مسلمان از آن شکایت دارد که با او طبق قوانین و مقررات اسلامی رفتار نمی‌شود نه آن که قوانین خلل داشته باشد، بلکه آن‌گونه که شایسته جامعه اسلامی است، قوانین و مقررات اسلامی به‌طور صحیح در محاکم قضایی به کار گرفته نمی‌شود.

۴- این که امروزه طلاق ظلمی در حق زن به‌شمار می‌آید و عواقب اقتصادی واقعاً دردناکی به‌دنبال دارد، همه و همه به جهت آن است که رفتار ما در جامعه بر حسب تشریح قرآنی نیست، احکام اسلام پیاده نمی‌شود و اگر نظام ما و جامعه ما کاملاً اسلامی باشد هیچ یک از این عواقب نخواهد بود.

۳- حق حضانت

۱- واژه‌شناسی «حق»

کلمه «حق» در فرهنگ اسلامی دارای جایگاه ویژه‌ای است. این توجه ناشی از استعمال وسیع آن در کلام الله مجید است. در قرآن کریم حدود ۲۶۰ مرتبه از واژه «الحق» و بیش از پنجاه بار از مشتقات آن استفاده شده است. در کلام وحی، خداوند خود را به «الحق» توصیف می‌کند.^۱ ارسال رسل،^۲ نزول کتاب،^۳ خلقت زمین و

۱- «فذلکم لله ربکم الحق»، سوره یونس، آیه: ۳۲.

۲- «انا ارسلناک بالحق»، سوره بقره، آیه: ۱۱۹.

۳- «نزل الكتاب بالحق»، سوره بقره، آیه: ۱۷۶.

آسمان،^۱ وعده او،^۲ دعوت او،^۳ قولش^۴ و سرانجام میزان سنجش همه اعمال^۵ «الحق» و «بالحق» است.

حق در این موارد معنای لغوی خود را دارد و به مفهوم نقیض باطل، ثابت و واجب است. در فقه اسلامی «حق» دارای معنای اصطلاحی خاصی است. گاه آن را در مقابل «عین» و «منفعت» به کار می‌برند و زمانی کلمه حق را در برابر «حکم» به کار می‌گیرند.

اموری که در قانون پیش‌بینی شده اگر افراد مجاز باشند که به قصد خود برخی از آنها را تغییر دهند، این امور قابل تغییر را «حق» گویند. حق در این معنی مقابل حکم به کار می‌رود.^۶ همچنین حق نوعی از مال است که در این صورت مقابل عین، دین، منفعت و انتفاع به کار می‌رود.^۷ البته باید توجه داشت، کلمه حق و معنای آن در هر دو تعبیر فوق یکی است، و تنها به دو وجه به آن توجه شده است. ماهیت آن را بعضی ملکیت ضعیف پنداشته‌اند و^۸ عده‌ای دیگر بر این باورند که حقیقت نوعی سلطه است، گروهی نیز آن را در دایره احکام جای می‌دهند.^۹ امام خمینی (ره) در کتاب بیع، برای حق، ماهیت و جعل مستقل قائلند و دلیل آن را شواهد عقلایی، عرفی و چگونگی استعمال آن می‌دانند.^{۱۰}

۱- «هو الذی خلق السموات والأرض بالحق»، سوره انعام، آیه: ۷۳.

۲- «ان وعد الله حق»، سوره یونس، آیه: ۵۵.

۳- «له دعوة الحق»، سوره رعد، آیه: ۱۴.

۴- «والله یقول الحق»، سوره احزاب، آیه: ۴.

۵- «والوزن یومئذ الحق»، سوره اعراف، آیه: ۷.

۶- محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ماده حق.

۷- سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، حاشیه بر مکاسب، قسمت خیارات، ص ۰۱ چاپ سنگی.

۸- سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، همان جا.

۹- سید ابوالقاسم خویی، مصباح الفقاهة.

۱۰- امام خمینی (ره)، کتاب بیع.

البته صرف نظر از اختلاف بر سر حقیقتِ حق، این که حق دارای آثاری است و به اعتبار همین آثار از دیگر تأسیسات فقهی متمایز می‌شود، جای اشکال نیست. حق در بسیاری از موارد قابل نقل و انتقال است. بر اثر موت صاحب آن به ورثه منتقل می‌شود و یا بر اثر قرارداد قابل نقل به دیگری است. همچنین «حق» را می‌توان اسقاط نمود. حال اگر در موردی هیچ یک از این آثار وجود نداشته باشد، نامگذاری به «حق» بی‌فایده است و آن را باید در زمره احکام جای داد؛ زیرا احکام به صورت جواز با اراده طرف آن قابل اسقاط نیست. مثلاً جواز در معاملات جایز را اگر صدبار هم طرف معامله بگوید اسقاط کردم، ساقط نمی‌شود و حکم جواز باقی است. قابلیت اسقاط آخرین اثری است که اگر موردی فاقد آن باشد موضوع را از حق بودن خارج می‌کند.

اما دیگر آثار آن را می‌توان محدود نمود. توضیح این که در هر حق سه طرف قابل تصور است: «ذوالحق»، «من علیه الحق» و «مورد حق». حال اگر شخص صاحب حق یا عنوان وی عنصر اساسی و مقوم حق باشد، نقل و انتقال آن به شخص دیگر و یا فردی از عنوان دیگر امکان ندارد.^۱ هر چند انتقال آن به «من علیه الحق» متصور است که نتیجه آن اسقاط حق است، و یا این که ابتدا صاحب حق، آن را اسقاط کند.

حق در فرهنگ غربی

حق در زبان انگلیسی مرادف «Right» است. در حالت وصفی به معنای راست، درست، صحیح، خوب، شایسته، اخلاقی و ذی حق است. در معنای اسمی و اصطلاحی گاهی به معنای «قدرت، امتیاز، اجازه، اختیار و تقاضای ذاتی در یک شخص می‌باشد که مربوط به شخص دیگر است». و در معنای مضیق به مفهوم «منفعت و مالکیت در اموال» است.^۲

۱- سید محمد کاظم یزدی، حاشیه بر مکاسب، قسمت بیع، ص ۵۶.

پیرامون ماهیت آن دانشمندان و مکاتب مختلف نظرات گوناگونی ابراز کرده‌اند. عده‌ای مانند لئون دوگی (*Lieon dugit*)، حقوقدان فرانسوی، بر آنند که تعریف شایسته و بایسته که بتواند پرده از چهره حق بردارد ممکن نیست.

مکتب شخصی یا مکتب اراده (*La doctrimne de la volante*) از مکاتب پیشتاز در تعریف حق است که وینشاید و ساوینی دو حقوقدان بزرگ از پیشوایان آن هستند. اینان حق را به «قدرت یا نیروی ارادی که قانون به یکی از اشخاص در چارچوب معین می‌دهد» معنی می‌کنند.

در مقابل چنین برداشتی افرادی چون ایرینگ اشکال گرفته‌اند و چنین مفهومی را نارسا دانسته‌اند. اینان می‌گویند قوانین برای کسانی که اراده‌دارند نیز حقوقی در نظر می‌گیرد. مانند صغیر، دیوانه و یا اشخاص حقوقی. این افراد بر اساس «مکتب موضوعی» حق را «سود یا منفعتی می‌دانند که قانون از آن پشتیبانی می‌کند». این نگرش با آن که بعدها در نظریه پردازیهای دیگر با انتقاد و خرده‌بینی روبه‌رو شد، ولی نسبت به نظریه شخصی هواداران بیشتری پیدا کرد. در این مکتب هدف حق، منفعت و سود است. نقدی که بر این تعریف وارد است، عبارت است از این‌که: هر چند بپذیریم معیار حق سود باشد؛ ولی هر سود و منفعتی حق نیست. بدین خاطر مکتب دیگری که به هر دو مدرسه فوق توجه داشت حق را به قدرت و سود حمایت شده از طرف قانون تعریف نمود.^۱

در همین جهت دابن حق را امتیازی می‌داند که قانون به شخص می‌دهد و از رهگذر قانون از آن حمایت می‌کند.

۲- تبعیض

تبعیض هر چند در لغت به معنای جزء جزء کردن، جدا کردن، برخی را به برخی دیگر ترجیح دادن است و از جهت ارزشی کلمه‌ای است خنثی؛ اما در عرف دارای معنای منفی و ترجیح بلامرجح شده است که در فرهنگ اسلامی نوعی ظلم

محسوب می‌شود. در حقوق انگلیس تبعیض معادل «*Discrimination*» است. اصطلاح نامه *Black's* آن را به معنای «عدم رفتار مساوی در جایی که تمایز عقلایی بین افراد بهره‌مند و افراد محروم نباشد» می‌داند. در تعبیری دیگر آن را به معنای «رفتار ناعادلانه یا انکار امتیازاتی به اشخاص به خاطر نژاد، سن، جنس، ملیت و مذهب» معنا می‌کند.

«کنوانسیون حذف همه اشکال تبعیض علیه زنان ۱۹۷۹»^۱ در ماده یک، تبعیض را بسیار وسیع به کار می‌برد. در این کنوانسیون در ماده یک می‌خوانیم:

«تبعیض عبارت است از هرگونه تمایز (*Distinction*)، استثناء (*Exclusion*) و یا محدودیت (*Restriction*) بر اساس جنسیت که نتیجه یا هدف آن خدشه‌دار کردن (*Impairing*) و یا لغو (*Nullifying*) شناسایی، بهره‌مندی، و یا اجرای حقوق بشر و آزادیهای اساسی در زمینه‌های سیاسی، اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و مدنی و هر زمینه دیگر در مورد زنان بدون توجه به وضعیت تأهل و براساس تساوی زن و مرد است».

۳- حضانت

«حَضْن»، «حُضُون»، «حُضَان» و «حُضَانَت» به معنای «تربیت»، «حفظ» و «صیانت» است و این که در کتب لغت آن را به معنای «زیربال گرفتن پرنده، تخمهای خود را، برای این که جوجه در آید»، گرفته‌اند، نیز به همان معنا بر می‌گردد؛ زیرا این عمل پرنده، نوعی حفظ و صیانت محسوب می‌شود و اگر از «زیر بغل تا پهلو» حُضْن گویند، نیز به همین خاطر است که حفاظت توسط این قسمت بدن به عمل می‌آید.

حضانت در اصطلاح فقهی

مسالك و قواعد الاحكام حضانت را چنین تعريف کرده‌اند:

«ولاية و سلطنة على تربية الطفل و ما يتعلق بها من مصلحة حفظه و جعله»

1. Convention on the Elimination of all forms of Discrimination against women 1979.

فی سریره و کحلّه و تنظیفه و غسل خرقه و ثیابه و نحو ذلک»^۱؛ یعنی «حضانة عبارت است از ولایت و سلطنت بر تربیت طفل و امور متعلّق به آن، مانند نگهداری، خوابانیدن، سرمه به چشم او کشیدن، نظافت، شستن لباس و غیره».

همان طور که از تعریف پیدا است «حضانة» با «ولایت بر کودک» که مربوط به اموال و حقوق مالی است، فرق دارد. همچنین حضانة، شیردادن به طفل توسط مادر را نیز شامل نمی شود. همچنین از تعریف استفاده می شود آنچه که بیشتر مورد توجه است مصالح کودک و تربیت و حفظ او است. این توجه به امور کودک منحصر در حقوق اسلامی نیست، بلکه دانشمندان غیر مسلمان نیز بدان اذعان دارند. کانت، فیلسوف بزرگ آلمانی، فقط کودک را صاحب حق می داند، وی می گوید:

«کودک انسانی است که بدون اراده خود به دنیا می آید، پس در برابر تمام کسانی که زندگی را بر وی تحمیل کرده اند حق دارد».^۲
و یا توماس هابز بر این اعتقاد است که تسلط والدین بر کودک ناشی از تکالیف آنان در برابر فرزند است. او در این باره می نویسد:

«قدرت و تسلطی که پدر و مادر بر کودک خود دارند، ناشی از تکالیفی است که بر عهده آنهاست که تا کودک ضعیف و ناتوان است از وی پرستاری و نگهداری کنند. تکلیف پدر و مادر و حق طفل است تا عقل او به بلوغ نرسیده او را از خوب و بد آگاه سازند. در کارهایش راهنمای او باشند؛ زیرا خداوند به بشر عقل داده است تا رهبر اعمال او باشد و آزادی بدو داده است تا از عقل پیروی کند، اما چون کودک عقل کافی ندارد که راهنمای او باشد اراده ای هم از خود نخواهد داشت. آن کس که از جانب او می اندیشد باید از جانب او اراده هم کند».^۳

در فقه نیز اگر به جوانب مختلف حضانة توجه کنیم در می یابیم احکام حضانة در جهت مصالح کودک است؛ در این جا گوشه ای از آن را بیان می کنیم.

۱- جواهرالکلام، ج ۳۱، ص ۳۸۲.

۲- ناصر کاتوزیان، حقوق خانواده، ج ۲، ص ۱۲۷؛ نقل از کابونیه، ج ۱، ش ۲۱۴.

۳- همان جا، ص ۱۲۹.

الف) توجه به تغذیه

مادر در مدّت شیرخواری طفل در حضانت وی اولویّت دارد.^۱ این نظر بین فقیهان اجماعی است.^۲ و روایاتی نیز بر آن دلالت دارد.^۳ البته گفتنی است که حکم حضانت و شیردادن یکی نیست. حضانت در مدت شیردادن حق مادر است چه خود او طفل را شیر دهد و یا نه. همچنین داشتن حق حضانت مادر در مدّت شیرخواری منافاتی با گرفتن اجرت بر شیردادن نیز ندارد.

ب) توجه به اخلاق و عقیده کودک

زمان طفولیت کودک، دوره حساسی است که وی با عقاید و اخلاق آشنا می‌شود. اولین رفتاری که در ذهن وی نقش می‌بندد، رفتار والدین او است. در این دوره او خود را برای حضور در جامعه آماده می‌کند. بدین خاطر به جنبه‌های عقیدتی و اخلاقی وی توجه شده است.

اگر کودک از پدر و مادری که یکی مسلمان و دیگر غیر مسلمان است، زاده شود، حق حضانت وی با فرد مسلمان است. در این حکم بین پدر و مادر تفاوتی نیست. یعنی اگر مادر کافر باشد پدر احقّ است و اگر پدر کافر باشد مادر احقّ است. همچنین توجه به مسایل تربیتی کودک در تعیین صاحب حق حضانت مؤثر است. وابستگی دختر به مادر بیشتر و مادر به اصول تربیتی دختر آشناتر است. به همین جهت فقیهان با استناد به دلایل روایی اتفاق دارند که دوره حضانت مادر نسبت به دختر، بیشتر از پسر است. نکته دیگری که در تربیت طفل مورد توجه عده‌ای از فقیهان قرار گرفته است اخلاق و رفتار والدین است، بدین جهت یکی از شرایط حضانت را عدم فسق دانسته‌اند. صاحب جواهر هر چند این شرط را خلاف

۱- جواهرالکلام، ج ۳۱، ص ۲۸۵.

۲- همان‌جا.

۳- وسایل الشیعه، احکام اولاد.

ادله می‌داند؛ ولی ائتمان و امین بودن پدر و مادر را شرط می‌داند. وی معتقد است ادله حضانت موردی را که پدر یا مادر امین بر طفل نیستند شامل نمی‌شود.^۱ براین اساس اگر پدر و یا مادر در مورد طفل رفتار غیر متعارف داشته باشند و نسبت به پرورش و تربیت وی تعدی و یا تفریط کنند، حق آنان ساقط و طرف دیگر دارای حق خواهد شد.

قانون مدنی نیز به این مهم توجه داشته است و در ماده ۱۱۷۲ مقرر می‌دارد: «هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت او است صحّت جسمانی و یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد محکمه می‌تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای مدعی العموم هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند، اتخاذ کند».

حتی عده‌ای دیگر پا را از این فراتر نهاده و گفته‌اند:

اگر پدر به مسافرت رود حق حضانت به مادر منتقل می‌شود و اگر مادر به مسافرت رود، اگر از روستا به شهر باشد در حق حضانت احقّ است و اگر از شهر به روستا مهاجرت کند پدر احقّ است؛ زیرا در روستا امکانات تعلیم کمتر است و این امر موجب ضرر و زیان به طفل است.

البته هر چند این سخن با اطلاق روایات سازگاری ندارد.^۲ اما نشان دهنده توجه به مسایل تعلیم و تربیت طفل است.

ج) توجه به سلامت جسمانی کودک

در حضانت باید سلامت جسمانی طفل را در نظر گرفت و نباید اجرای حضانت موجب صدمه به سلامت جسمانی کودک شود. بدین خاطر بعضی از فقیهان یکی از شرایط تحقیق حق حضانت را نداشتن امراض مسری قرار داده‌اند.^۳

۱- جواهرالکلام، ج ۳۱، ص ۲۸۹.

۲- همان جا، ص ۲۸۸.

۳- همان جا.

اما در این جا باید به نکته‌ای توجه کرد و آن فرق و تمایز بین «داشتن حق» و «اجرای حق» است. بدین خاطر با داشتن امراض مسری، که موجب ضرر رسیدن به طفل می‌شود، وظیفه پدر و مادر در مورد حضانت ساقط نمی‌شود، بلکه اجرای آن موجب ضرر است که در این صورت پدر یا مادر مباشرت خود را در حضانت از دست داده‌اند؛ ولی اختیار خود را از دست نمی‌دهند. آنان برای اجرای وظیفه خود می‌توانند از کمک دیگری استفاده کنند.

د) توجه به توان سرپرست

اجرای تکلیف مستلزم داشتن توان مناسب تکلیف است. بنابراین سرپرست کودک باید قادر به انجام وظایف خود باشد. بدین سبب شخص دیوانه چه پدر باشد و یا مادر دارای حق حضانت نیست.

هر چند گفته شده است جنون مانع اجرای حضانت است؛ ولی به هر حال این سخن که دیوانه نمی‌تواند به صورت مباشرت امر حفظ و تربیت را دارا باشد، پسندیده است. همچنین در صورتی که پدر و یا مادر دارای بیماری مزمنی باشند که از عهده انجام وظیفه خویش بر نیایند، این احتمال که دارای حق حضانت نباشند داده شده است. با این که در این صورت نیز با توجه به اطلاق ادله حق حضانت ثابت و مرحله اجرای آن را می‌توان به دیگری واگذار کرد.

ماهیت حقوقی حضانت

جهت تحلیل ماهیت حقوقی حضانت در حقوق اسلامی، توجه به آثار و احکام آن لازم است. همان‌طور که قبلاً گفتیم حق آثاری دارد که عبارتند از: قابلیت نقل و انتقال و اسقاط. حال باید دید آیا حضانت چنین آثاری دارد یا نه؟ این مسأله هر چند به‌طور دقیق طرح نشده است، ولی صاحب جواهر کلماتی را در این زمینه بیان می‌دارد. ایشان در مورد حضانت مادر می‌نویسد:

«وی می‌تواند حضانت خود را اسقاط کند و یا اجرت مطالبه کند، اما اگر پدر

هم بخواهد حق خود را اسقاط کند چنین اختیاری ندارد و بر آن اجبار می‌شود.^۱ مسأله دیگری هم در کتب فقهی^۲ مذکور است که می‌تواند به عنوان تأیید حق بودن حضانت مورد استناد قرار گیرد. در طلاق خلع فقیهان و به تبع آنها قانون مدنی بر این اعتقادند که:

«زن به واسطه کراهتی که از شوهر دارد در مقابل مالی که به شوهر می‌دهد طلاق بگیرد اعم از این که مال مزبور عین مهر یا معادل آن و یا بیشتر و یا کمتر از مهر باشد.»^۳

با این بیان روشن می‌شود قابل نقل نیز می‌باشد. البته همین جا باید به نکته دیگری نیز توجه کرد و آن این که افراد چگونه به حضانت نگاه می‌کنند. حضانت گاه چهره منفی به خود می‌گیرد و گاه چهره مثبت؛ بنابراین زن می‌تواند به عنوان مال در طلاق خلع حضانت خود را به شوهر دهد و گاه چهره منفی دارد، مانند این که به عنوان مال در طلاق خلع حضانت را قبول کند. پس حضانت دارای دو چهره است: هم می‌تواند امتیاز باشد و هم مشقت و زحمت.

با این وجود این احکام دلیل بر «حق» بودن حضانت نیست؛ زیرا تکلیف و احکام که در مقابل حق قرار دارند و می‌بایست توسط شخص انجام شده و قابل نقل و انتقال و اسقاط نیستند، به دو قسم تقسیم می‌شوند. دسته‌ای از آنها باید به صورت مباشرت از طرف مکلف انجام شوند؛ مانند بسیاری از عبارات که غرض از آنها کمال شخصی فرد است. دسته‌ای دیگر از آنها می‌توانند به صورت «تسبیب» و «غیر مستقیم» هم انجام گیرند. آنها افعالی هستند که غرض از آنها تحقق آنهاست. در کتب فقهی این مسأله را در جاهای مختلف مانند وکالت، حج، جهاد، طهارت، ... بیان داشته‌اند و بحث مفصل آن در کتب وکالت تحت عنوان امور قابل نیابت آمده است. با توجه به دو عنوان فوق باید گفت، در حضانت آنچه اهمیت دارد این است

۱- جواهرالکلام، ج ۳۱، ص ۲۸۴.

۲- جواهرالکلام، ج ۲۳، ص ۳۰؛ و محمدجواد مغنیه، الفقه علی مذاهب الخمسه، ص ۳۸۲.

۳- قانون مدنی، ماده ۱۱۴۶.

که مصالح طفل محقق شود و این وظیفه پدر و مادر است؛ اما این عمل قابل نیابت است و آنان می‌توانند این امر را به دیگری واگذار کنند تا تحت نظر آنها امور طفل را سامان دهد.

بنابر این اگر پدر حضانت را در مقابل مالی به مادر واگذار کند و یا بالعکس، اینها دلیل بر انتقال نیست، بلکه با توجه به نیابت و انجام غیر مستقیم عمل هم قابل توجیه است. قانون مدنی در ماده ۱۱۷۲ با صراحت بیشتری حکم بودن آن را اعلام می‌دارد. در این ماده می‌خوانیم:

«هیچ‌یک از ابویین حق ندارد در مدتی که حضانت طفل به عهده آنهاست از نگاهداری او امتناع کند. در صورت امتناع یکی از ابویین حاکم باید به تقاضای دیگری یا تقاضای قیم یا یکی از اقربا و یا به تقاضای مدعی العموم نگاهداری طفل را به هر یک از ابویین که حضانت به عهده او است الزام کند و در صورتی که الزام ممکن یا مؤثر نباشد حضانت را به خرج پدر و هرگاه پدر فوت شده باشد به خرج مادر تأمین کند.»

با این وجود در ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی به نکته دیگر برخورد می‌کنیم و آن این است:

«نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابویین است.»

این ماده در ظاهر ماهیت حضانت را اختلاط بین حق و تکلیف می‌داند؛ اما حقوقدانان در این جا اشاره کرده‌اند که کلمه حق در قانون گاه در معنای «قدرتی که از طرف قانون به شخصی داده شده»^۱ نیز به کار می‌رود. در فقه در همین معنا کلمه «سلطه» به کار می‌رود.^۲

آقای دکتر کاتوزیان نیز به همین مطلب اشاره داشته، می‌نویسند:

«این که در تعبیر ماده ۱۱۶۸ ق.م.ا اعلام می‌کند «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابویین است»، نباید چنین پنداشت که نویسندگان آن دچار تردید و

۱- محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ماده «حق».

۲- همان جا.

تناقص‌گویی شده‌اند. نگهداری از کودک در زمره تکالیف پدر و مادر است؛ ولی چون اجرای هر تکلیف مستلزم داشتن اختیار است پدر و مادر حق دارند تا آنچه را به عهده دارند انجام دهند و از کودک و سایرین بخواهند مانع اجرای وظیفه آنان نشوند و به لوازم آن گردن نهند.^۱

این تفسیر از حضانت قابل تطبیق با مفاهیم «حق» که در مکاتب مختلف گفتیم نیست. براساس مکتب اراده یا شخصی (La doctrine de la volenté) حضانت قدرت و نیروی ارادی نیست، زیرا از خصوصیات عمل ارادی ترک آن است و حال آن که گفتیم حضانت قابل ترک نیست. در مکتب موضوعی نیز نمی‌توان حضانت را حق نامید؛ زیرا اساس و پایه این مکتب در شناخت حق، داشتن سود است و حال آن که حضانت همیشه این‌گونه نیست و در موارد زیادی حتی چهره منفی به خود می‌گیرد و مشققات و مسؤولیتهای آن نمایان می‌شود. همین توجیه در مکتب مختلط نیز وجود دارد و نمی‌توان حضانت را براساس آن مکتب نیز به طور مطلق «حق» قلمداد کرد. همچنین بنا به دیدگاه دابن نیز که «حق را امتیازی می‌داند که قانون به شخص می‌دهد و از رهگذر قانون از آن حمایت می‌کند»، قابل تطبیق بر حضانت نیست؛ زیرا حضانت هر چند مطابق با عاطفه پدر و مادر است، و اعطای آن در مقابل دیگری در نگاه اول ممکن است امتیاز تلقی شود، اما مسؤولیتها و مشققات آن را نیز نباید از نظر دور داشت و در این حالت ممکن است سلب آن، امتیاز محسوب شود. این همان نکته‌ای است که فقها در طلاق خلع به آن توجه داشته‌اند.

نتیجه این که در حضانت آنچه مورد توجه است، مصالح و منافع کودک است و اگر بخواهیم در این میان کسی را صاحب امتیاز بدانیم، این شخص در درجه اول کودک است. این همان نکته‌ای است که در کنوانسیونهای بین‌المللی نیز مورد توجه قرار گرفته است. مانند «اعلامیه حقوق کودک» مصوب ۱۹۵۹ مجمع عمومی سازمان ملل متحد، «اعلامیه حقوق روانی کودک» تدوین یافته توسط «انجمن

بین‌المللی روان‌شناسان آموزشگاهی» و «پیمان جهانی حقوق کودک» مصوب ۱۹۸۹، در همه اینها شوون مختلف حضانت در زمره «حقوق کودک» قلمداد شده‌است.

مدت و نقش والدین در حضانت

همان‌طور که تاکنون گفته‌ایم، حضانت توجه به امور کودک و وظیفه‌ای سنگینی در مقابل او است. مقررات و قوانین اسلامی جهت حسن اجرای آن به همه جوانب مسأله توجه کرده‌است؛ نه این که فقط یک جنبه آن را لحاظ کرده باشد. اگر در این جا اختلاف در حکمی پیدا می‌شود به خاطر بی‌توجهی و کم ارزش دادن نقش پدر و یا مادر نیست.

اگر در جایی از زبان زنان این چنین عنوان شود که «زنان می‌گفتند: مگر نمی‌گویید اسلام دین فطرت است؟ مگر خودتان در فضیلت مقام مادر این همه وعظ و خطابه نمی‌خوانید و شأن و منزلت زن را فرزند آوری و پرورش دختران و پسران شایسته نمی‌دانید. این خودتان هستید که این همه از زن می‌گویید و عطوفت و مهر مادر را ضرب‌المثل ساخته‌اید. پس چرا به وقت جدایی همه را از او دریغ می‌دارید؟ مادران دلسوخته چه می‌خواستند؟ مهرورزی به فرزند. انجام وظیفه‌ای که شما به دوش او گذاشته‌اید، مادران فقط حضانت فرزند خود را می‌خواستند»^۱ این همان یک‌سونگری و توجه به عاطفه تنها است. شاید فراموش شده است که این جا سخن از حق فرزند است نه ارضای عاطفه تنها؛ اگر چه اسلام و روایات منقول از معصومین (ع) این جنبه را نیز توجه کرده‌اند و در تمام مذاهب اسلامی حق حضانت تا دو سالگی را از آن مادر دانسته‌اند. هر چند در این که اگر مادر در قید حیات نباشد میان مذاهب چهارگانه اهل سنت و شیعه اختلاف است؛ مذاهب عامه بر این اعتقادند که در این مرحله حضانت به عهده مادرِ مادر است^۲

۱- سعید محسن‌زاده، جامعه سالم، شماره ۳۰، ص ۶۲.

۲- عبدالرحمن الجزیری، الفقه علی مذاهب الاربعه، ج ۴، صص ۵۹۶ و ۲۹۳.

ولی فقهای شیعه بر این باورند که حضانت به عهده پدر است.^۱ این حکم که مستقداً از روایات ارزشمند منقول از پیامبر اکرم (ص) و ائمه معصومین (ع) است هم با مصالح کودک سازگار می‌باشد و هم موافق با حسن عاطفی مادر است.

سخن دیگر بر سر مدّت حضانت است. حنفیان پایان دوره حضانت را در دختران، هفت سال و در پسران، نه سال می‌دانند. پیروان مکتب شافعی برای دوره سرپرستی مدّتی معین نمی‌کنند و انتهای آن را سن تمییز فرزند دانسته‌اند و بعد خود او به هر کدام خواست ملحق می‌شود. مالکیان پایان حضانت را برای پسر و دختر هفت سال می‌دانند. بعد از آن فرزند مخیر است به هر کدام خواست ملحق شود.^۲ فقهای شیعه نیز به گونه‌ای دیگر بر سر مدت حضانت مادر و پدر اختلاف دارند؟ آنان ضمن اتفاق بر این که در مدت دو سال مادر نسبت به دختر و پسر احق است، پیرامون زاید بر آن نظرات گوناگونی داده‌اند:

قول اول: شیخ در نهاییه و ابن ادریس و ابن براج و عده‌ای دیگر بر این باورند که بعد از دو سال حق حضانت پسر با پدر و حق حضانت دختر تا هفت سالگی با مادر است.^۳ این همان نظری است که قانون مدنی در ماده ۱۱۶۹ قبول نموده است.

قول دوم: شیخ مفید و سلار، حق حضانت مادر را تا نه سالگی می‌دانند.^۴ قول سوم: مادر تا وقتی ازدواج نکرده است احقّ به ولد است. این سخن دیدگاه شیخ مفید است.^۵

قول چهارم: مادر نسبت به دختر احقّ است تا وقتی ازدواج نکرده است. در مورد پسر تا هفت سالگی حق با مادر است. این نظر مربوط به ابن جنید و شیخ در

۱- جواهرالکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۳.

۲- الفقه علی مذاهب الاربعه، ج ۴، ص ۵۹۹.

۳- حدائق الناظره، ج ۲۵، ص ۸۸.

۴- همان جا.

۵- همان جا.

خلاف است.^۱

قول پنجم: بعد از طلاق اگر پیرامون حضانت بین والدین اختلاف باشد، پدر احق است و اگر اختلاف نباشد مادر تا هفت سالگی بر دختر و پسر حق حضانت دارد.^۲

علت اصلی اختلاف انظار، روایات متعددی است که پیرامون حضانت وارد شده است و هر گروه بین این روایات به گونه‌ای جمع کرده است.

البته نکته‌ای که نباید از نظر دور داشت این است که نظریه دوم که از شیخ مفید نقل شده است و مادر را تا نه سالگی احق دانسته است، به گفته صاحب حدائق، اخبار شناس بزرگ، در حدیثی وارد نشده است و احتمال می‌دهد روایتی در دست ایشان بوده است که به دست ما نرسیده.^۳

البته احتمال دیگر این است که روایاتی که در مورد هفت سالگی وارد شده است، به خاطر شباهت کلمه «سبع» و «تسع» با هم اشتباه شده باشد.

اما قول چهارم که مادر نسبت به دختر احق است، تا وقتی که ازدواج نکرده و نسبت به پسر تا هفت سالگی حق حضانت دارد نیز دلیل کافی ندارد و ابن ادریس در رد آن به گونه‌ای شدید سخن می‌گوید که صاحب حدائق با این که نظر علمی وی را می‌پذیرد؛ ولی از نحوه بیان او انتقاد می‌کند.^۴

نظر دیگر، دیدگاه صدوق (ره) است مبنی بر این که مادر تا ازدواج نکرده است حق حضانت دارد. اما این دیدگاه با دیگر روایات وارد در این مسأله تعارض دارد. و باید شیوه‌ای در جمع آنها جستجو کرد. روایات در این مورد در باب ۸۱ از ابواب احکام اولاد کتاب وسائل الشیعه ذکر شده است. در تعدادی از این روایات حضانت تا دو سال را مربوط به مادر دانسته است. در دسته دیگر حق حضانت تا

۱- همان جا.

۲- همان جا.

۳- همان جا.

۴- همان جا.

هفت سال در اختیار مادر است و در دسته سوم حق حضانت پسر به پدر داده شده است.

دو نظر در جمع بین روایات آمده است: مشهور فقها و قانون مدنی ایران: حضانت پسر بعد از دو سال و حضانت دختر بعد از هفت سال را به عهده پدر قرار داده‌اند. جمع دیگر، روش صاحب حدایق است؛ ایشان بر این باور است که اگر نزاع بین پدر و مادر نباشد، حضانت فرزند اعم از پسر و دختر به عهده مادر است و اگر نزاع باشد، حضانت بعد از دو سال به عهده پدر است.^۱ اما با توجه به روایات شاهد قوی بر این جمع وجود ندارد.

خلاصه این که بهترین نظر همان نظر مشهور است که قانون مدنی نیز از آن تبعیت کرده است. در این جا به نکته‌ای دیگر برخورد می‌نمایم و آن مسأله تبعیض در حکم است. همچنان که در ابتدای این مقاله هم گفتیم «کنوانسیون حذف همه اشکال تبعیض علیه زنان» خواستار همانند سازی تمام احکام، تکالیف و حقوق زن و مرد شده است. تفسیر کنوانسیون از تبعیض نیز عبارت از هرگونه تمایز (Distinction)، استثناء (Eclusion) و یا محدودیت (Restrictiuon) است و اختلاف حکم در حضانت بنا بر تعریف کنوانسیون از مصادیق تمایز است.

در تحلیل این مسأله، ابتدا باید به این نکته توجه داشت که کنوانسیون، هرگونه تبعیض را منفی می‌داند و حال آن که باید گفت هر اختلاف در حکمی به معنای تبعیض نامشروع نیست، و همان طور که قبلاً نیز گفتیم، آنچه در اسلام ظلم تلقی شود ناشایست است. در تطبیق ظلم بر اختلاف در حکم، به دو گونه احکام دست می‌یابیم: بعضی از اختلافها ظلم تلقی می‌شود و بعضی اختلافهای دیگر عین عدل است. اسلام با توجه به مصالح مختلف، توان افراد و پیوستگی تأسیسات خود، احکامی را بیان می‌کند. در همین مسأله حضانت آنچه از دوش زنان برداشته شده است و وظایف و مشقّات تعلیم، تربیت، حفاظت و مسؤولیتهای ناشی از آن است، و الاّ از جهت عاطفی همه فقها معتقدند که فرزند حق ملاقات و در کنار مادر

بودن را داراست. همچنین این تأسیس فقهی با سایر تأسیسات نیز همخوانی دارد. یکی از آنها تأسیس «طلاق» است. همان طور که می دانیم اختیار طلاق در نهایت به دست زوج است. دادن حضانت فرزندان و مسؤولیت سنگین حفظ و نگهداری آنان یکی از راههای محدود کردن از تأسیس طلاق است؛ زیرا اگر زوجی مطمئن شود که بعد از طلاق وظیفه نگهداری و مسؤولیتهای ناشی از آن به راحتی به عهده مادر قرار می گیرد و او بار دیگر به ایام مجردی و آزادی از قیود مسؤولیت بر می گردد، به راحتی می تواند پیرامون انحلال نکاح تصمیم گیرد. اما اگر وظایف سنگینی به عهده وی باشد و قانون نیز در موارد لازم وی را اجبار به انجام وظایف کند، به ثبات خانواده کمتر لطمه می خورد.

نکته دیگری که باید به آن توجه داشت، توجه به موارد سقوط و شاید به عبارت بهتر شرایط تحقق «حق حضانت» برای هر یک از پدر و مادر است. همان طور که گفتیم، اسلام آنچه را که در این تأسیس پی ریزی کرده است، توجه به زندگی کودک است و لذا برای صاحبان حق شرایط و قیودی را قرار داده است که اگر از آنها تخلف شود حق ساقط می شود.

البته احراز این شرایط و قیود باید برای دادگاه مسلم شود تا بتواند حکمی صادر کند، لذا بیان پرونده های دادگاه در روزنامه ها و مجلات بدون تحلیل حقوقی دقیق در جهت بهره برداری تبلیغاتی کاملاً ناصحیح است.

تذکر دیگر این که سوء استفاده از حق و برداشت ناصحیح از آن و به کارگیری انجام تکلیف به منظور اضرار به دیگری در هر تأسیس حقوقی وجود دارد. آنچه در این جهت مهم است، تبیین روشن و اجرای خوب است که می تواند از سوء استفاده ها جلوگیری کند و نه تغییر در احکام. آخرین بحثی که لازم است فقط اشاره ای به آن بکنیم، مسؤولیت مدنی مسؤولان حضانت است.

مسؤولیت مدنی مسؤولان حضانت

همان طور که قبلاً توضیح دادیم، حق حضانت، بیشتر دارای بار مسؤولیت است تا حق. اکنون به این بحث می پردازیم که اگر از ناحیه کودک ضرری به غیر وارد

شود، چه کسی باید خسارت وارده را جبران کند؟ ماده ۱۲۱۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هرگاه صغیر یا مجنون یا غیر رشید باعث ضرر شود ضامن است».

این حکم مستفاد از قاعده اتلاف (من اتلف مال الغير فهو له ضامن) است و صغیر، مجنون و غیر رشید را شامل می‌شود.^۱

اما در ماده هفت قانون مسؤولیت مدنی مصوب ۱۷ اردیبهشت ۱۳۳۹

می‌خوانیم:

«کسی که نگاهداری یا مواظبت مجنون یا صغیر قانوناً یا برحسب قرارداد به عهده او می‌باشد، در صورت تقصیر در نگاهداری یا مواظبت مسؤول زیان وارده از ناحیه مجنون یا صغیر می‌باشد و در صورتی که استطاعت جبران تمام یا قسمتی از زیان وارده را نداشته باشد، از مال مجنون یا صغیر زیان جبران خواهد شد و در هر صورت جبران زیان باید به نحوی صورت گیرد که موجب عسرت و تنگدستی جبران‌کننده زیان نباشد».

هر چند بین دو ماده فوق تعارض وجود دارد، ولی در رفع آن می‌توان گفت ماده هفت مسؤولیت مدنی ناظر به صورتی است که شخص دارای حق حضانت در نگاهداری تقصیر نموده باشد، به طوری که تلف مستند به وی شود؛ در این حالت از باب اقوی بودن سبب از مباشر باید حکم به مسؤولیت وی نمود. این سخن تعارض صدر ماده هفت را با ماده ۱۲۱۶ قانون مدنی حل خواهد کرد؛ اما ذیل ماده هفت مطالبی بیان می‌کند که با این جمع چندان سازگاری ندارد.

۱- در این که روایت یاد شده، روایت باشد یا برداشتی از روایات متعدد، اختلاف است، ولی هیچ تأثیری در استدلال ندارد؛ زیرا قاعده اتلاف ادله بسیاری دارد و اضافه بر آیات قرآن کریم، اجماع مسلمانان و سیره عقلا بر ارزش و اعتبار آن، به بیش از ده طائفه از اخبار استدلال شده است. (رک: قواعد الفقهی، محمد تقی فقیه، ج ۱، ص ۱۴۲؛ قواعد الفقهی، ناصر مکارم شیرازی، ج ۲، ص ۱۹۳؛ و نیز وسائل الشیعه، الحرالعاملی، ج ۱۹، ابواب موجبات ضمان).

