

## تحلیل جایگاه اراده‌گرایی دولتی و اراده‌گرایی شرعی؛ نأملی در مبنای اعتبار قاعده حقوقی در نظام حقوق خانواده ایران\*

مصطفی شکاریان

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه

اصفهان

مرتضی طیبی جبلی\*\*

استادیار حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان

مهدی شهابی

دانشیار، حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۲/۹ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۹/۷/۶)

### چکیده

بی‌تردید در حوزه احوال شخصیه، و از جمله حقوق خانواده، اراده شارع مبنای اعتبار هنجارهای حقوقی در نظام حقوقی ایران است. با این حال، متأثر از تحولات اجتماعی و اقتصادی، حوزه خانواده، مصون از دخالت دولت نبوده است. تحلیل ماهیت این مداخله و تأثیر اعتباری آن، مسئله اصلی این پژوهش است. این مداخله می‌تواند بیانی بوده و به این ترتیب، قانون، تنها، ابزار بیان قاعده برآمده از اراده شارع باشد؛ اما، گاه قانون ابزار ایجاد قاعده حقوقی است و در این صورت است که نسبت اراده شارع و اراده دولت، اهمیت زیادی می‌یابد و ایجاد چالش و پرسش می‌کند. برای مثال، قاعده لزوم ثبت نکاح دائم، چه تأثیری بر انعقاد نکاح دارد؟ آیا تأثیر آن صرفاً اثباتی است یا باید ثبوتی تلقی شود؟ این پژوهش تلاش دارد تا با تحلیل نقش‌های چهارگانه دولت در نظام حقوقی، یعنی انتخاب موضوع و تشخیص عناوین ثانویه، انتخاب قاعده حقوقی، نظارت و تضمین و در نهایت تأسیس قواعد ناظر بر رفتار زوجین، به چگونگی انطباق احکام خانواده با واقعیات اجتماعی بپردازد و راه‌حلی را به‌منظور برون‌رفت از برخی چالش‌های حقوقی موجود در این زمینه ارائه دهد.

### واژگان کلیدی

اراده‌گرایی شرعی، حقوق خانواده، دولت، قانون، قاعده.

\* مقاله مستخرج از رساله دکتری با عنوان «تحلیل چگونگی، معیار و میزان تأثیرپذیری احکام شرعی از مفتضیات زمان و مکان در نظام حقوق خانواده ایران» است.

Email: m.tabibi@ase.ui.ac.ir

\*\* نویسنده مسئول

### ۱. مقدمه

در نظام حقوق دینی، مبنای اعتبار احکام اراده شارع بوده و به همین دلیل احکام دارای ماهیت ارزشی‌اند. احکام نظام خانواده نیز از این قاعده مستثنا نیستند، به‌ویژه اینکه بسیاری از این احکام صبغه عبادی به خود گرفته‌اند. همین ویژگی موجب شده است تا این بایدها و نبایدها از شرایط زمان و مکان کم‌ترین تأثیر را بپذیرند و استقلال خود را حفظ کنند (شهابی، ۱۳۹۷: ۱۲۱-۱۲۰). اما در نظام حقوقی ایران پس از تشکیل دولت، مقررات مربوط به حوزه خانواده دستخوش بیشترین تغییرات شده است. اگر بپذیریم که اندیشه دولت با مباحث اجتماعی و حقوق عمومی پیونده خورده، پرسشی که مطرح می‌شود این است که آیا اساساً دولت می‌تواند در احکام شرعی نظام خانواده که جزء خصوصی‌ترین نهادهای حقوقی است، دخالت کند؟ آیا مداخله دولت سبب نمی‌شود که از جنبه قدسی و الهی احکام کاسته شود و به سمت حقوق عرفی سوق پیدا کرده، ما را از مبنای اعتبار قواعد حقوقی دور سازد؟ یا برعکس، آیا می‌توان قائل بود که حضور دولت نه‌تنها ممکن است منفی نباشد، بلکه می‌تواند زمینه انطباق احکام شرعی با واقعیت‌های اجتماعی یا همان هست‌ها را فراهم سازد و کارآمدی نظام فقهی در پاسخگویی به نیازها را ارتقا بخشد. در هر حال، اگر مداخله دولت ضروری و بلکه مثبت ارزیابی می‌شود، پرسش مهم‌تر آن است که دولت با استفاده از چه سازوکارهایی می‌تواند این کار را انجام دهد و از حیث سلسله‌مراتبی چه نسبتی بین اراده دولت و اراده شارع برقرار است؟ این مقاله با روش تحلیلی، ضمن تفکیک میان احکام شرعی که از اراده شارع ناشی می‌شود و قاعده دولتی که محصول اراده دولت است، تلاش دارد تا با تأکید بر چهار نقش دولت در چهار سطح انتخاب موضوع و تشخیص عناوین ثانویه، انتخاب قاعده حقوقی، نظارت و تضمین و در نهایت تأسیس هنجارهای رفتاری به این پرسش‌ها پاسخ دهد.

### ۲. رابطه احکام شرعی و قوانین دولتی در نظام خانواده

از آنجا که قانون، محصول اراده دولت است و احکام شرعی از اراده شارع ناشی می‌شود، مقایسه فقه (مجموعه احکام) و قانون و شناسایی کارکردهای قانون می‌تواند در تبیین نسبت اراده‌گرایی دولتی و شرعی به ما کمک کند. فقه و قانون اگرچه در اینکه هر دو حاوی قواعد ناظر بر رفتارند، مشترک‌اند، با طرح نظریه قانون‌گذاری و ورود اندیشه قانون به نظام حقوقی ایران، بیان نسبت بین این دو همواره محل مناقشه بوده است؛ آیا قرار است از این پس قانون جایگزین احکام شرعی شده و تنها، تبعیت از آن لازم شمرده شود یا مراد از قانون‌گذاری، شکل دادن به احکام فقهی در قالب مواد قانونی بوده و تنها شیوه و عرضه بیان هنجارها تغییر کرده است؟ از اصل دوم قانون اساسی، که تشریح را در صلاحیت انحصاری خداوند متعال قرار داده

است، چنین برداشت می‌شود که رسالت قوه مقننه، ایجاد قواعد حقوقی بنیادین نیست و باید اراده شارع را مبنای اعتبار و منشأ الزام‌آوری قواعد حقوقی دانست. بنابراین، باید قانون را به‌مثابه ظرف و قالبی دانست که محتوای آن را احکام شرعی شکل می‌دهد. به همین دلیل، باید نقش منبع را برای آن قائل شد. به‌عبارت دیگر یکسان‌انگاری فقه و قانون، به مفهوم عبور از پوزیتیویسم شکلی به ماهوی است، تغییر جایگاه قانون از منبع به مبنای و تعارض با اراده شارع را نتیجه خواهد داد (شهابی، ۱۳۹۷: ۴۱۸). با وجود این و علی‌رغم آنچه گفته شد، به‌نظر می‌رسد که نقش عقلانیت انسان‌گرایانه یعنی دولت در فرایند قانونگذاری و در «انتخاب» قاعده حقوقی را نمی‌توان نادیده انگاشت. اینکه کدام حکم شرعی مستنبط از منابع، می‌تواند لباس پوزیتیویسم شکلی را به تن کند، مستلزم پذیرش نوعی از اراده‌گرایی است که نتیجه آن، احتمالاً می‌تواند جلوگیری از تصلب و تأمین انعطاف‌پذیری نظام حقوقی مبتنی بر اراده‌گرایی شرعی باشد (شهابی، ۱۳۹۷: ۴۶۵). البته همان‌گونه که خواهد آمد، نباید نقش پوزیتیویسم دولتی را، به انتخاب و اعلام قواعد حقوقی منحصر کرد، بلکه همین دولت ممکن است در چارچوب مبنای نظام حقوقی، دست به ایجاد قاعده حقوقی نیز بزند.

نکته دیگر در مقایسه این دو اینکه، قانون از آنجا که ابزار دولتی و نماد اراده دولت است، از ضمانت اجرای دولتی برخوردار است. قانون تضمین اجرای عینی قواعد حقوقی را به‌عهده دارد و بدین‌وسیله از ارزش‌ها و قواعد حقوقی منبعث از اراده شارع در یک نظام دینی صیانت و حفاظت می‌کند (شهابی، ۱۳۹۷: ۲۹۵ و ۲۹۳)، درحالی‌که به‌نظر می‌رسد فقه اگر جامعه قانون به تن نکند، از عنصر بیرونی اجبار بی‌بهره است.

قبل از پرداختن به کارکردهای دولت در چهار سطح پیش‌گفته، لازم است به علت ضرورت مداخله دولت در خانواده اشاره شود.

### ۳. ضرورت مداخله دولت در احکام خانواده

از دیرباز حکیمان، امر «تدبیر منزل» و «سیاست مدن» را از هم جدا کرده و برای هر یک جایگاه مستقلی قائل شده‌اند (نصیرالدین طوسی، ۱۴۱۳ق: ۹). در گذشته هر آنچه مربوط به «تدبیر منزل» بود، یعنی محیطی برای تأمین نیازهای فردی و پاسخ به نیازهای زوجین و بقای نوع بشر، بنا به تمایزی که بیان شد، در قلمرو خصوصی افراد قرار داشت و از قلمرو سیاسی یا عمومی قابل تفکیک به‌نظر می‌رسید. اما با گسترش روابط، ظهور دولت و شکل‌گیری مفهوم «جامعه»، نه‌تنها نمی‌توان مرز قدیم بین امر خصوصی و عمومی را از یکدیگر تمییز داد (Arendt, 2006: 61, 64, 150; Habermas, 2003: 14, 16, 23, 25, 66, 76)، بلکه باید گفت قواعد ناظر بر رفتار زوجین ابعاد اجتماعی و عمومی یافته و در نتیجه، تصمیم‌گیری درباره موضوعات آن، از حیطه خصوصی

افراد خارج است. مسائل مربوط به ازدواج، تنظیم جمعیت، فرزندآوری، طلاق و آسیب‌های آن و... نمونه‌هایی است که نشان می‌دهد قواعد رفتاری زوجین، به هیچ روی محدود به سپهر خصوصی و مربوط به خلوت تلقی نمی‌شود، بلکه در جامعه ظهور و بروز عینی داشته، دغدغه‌های عمومی را در پی دارد. همین امر، ضرورت ورود و مداخله دولت‌ها به این عرصه را توجیه کرده، آنها را به سیاستگذاری در این زمینه وادار می‌کند.

#### ۴. سیاست حقوقی دولت در قبال خانواده

سیاست حقوقی دولت در چارچوب مبنای نظام حقوقی قابل تحلیل است. در نظام حقوقی ایران که اراده شارع مبنای الزام‌آوری قواعد حقوقی است، سیاست حقوقی دولت باید به‌گونه‌ای تعریف شود که در طول اراده شارع باشد و با هنجارهای شرعی در تضاد نباشد. شکل‌گیری دولت و قانون به‌عنوان نماد عقلانیت انسان‌گرایانه از نوع دولتی، در نظام حقوقی ما، به معنای تغییر در مبنای قواعد حقوقی و کنار گذاشتن اراده الهی نیست و نقش پوزیتیویسم دولتی را باید به تعامل شکلی و نه ماهوی در تنظیم روابط اجتماعی محدود ساخت (شهابی، ۱۳۹۷: ۴۳۹-۴۳۸).

در نظام خانواده ایران، دو نوع سیاست حقوقی متفاوت و متعارض از سوی قانونگذار مشاهده می‌شود. نخست، سیاست حقوقی قانونگذار در قانون حمایت خانواده سال‌های ۱۳۴۶ و ۱۳۵۳ که مبتنی بر آموزه‌های لیبرالی بوده، با عبور از اراده شارع، به‌دنبال تبدیل حقوق شرعی به حقوق عرفی است (طباطبایی، ۱۳۹۲: ۶۵۹-۶۵۷). البته فضای فرهنگی حاکم بر ساختار دولتی آن روز، نفوذ غرب‌گرایی به ایران و تحریکات جنبش زنان را، نباید در اتخاذ چنین سیاستی کم‌تأثیر جلوه داد. برای نمونه، می‌توان به ماده ۸ قانون ۱۳۴۶ اشاره کرد که اختیار مرد در طلاق را محدود و مقید به علل موجه دانست. قانونگذار در سال ۱۳۵۳ از این فراتر رفت و با حذف عبارت «علاوه‌بر موارد مذکور در قانون مدنی» از صدر ماده ۱۱ قانون ۱۳۴۶، با جایگزینی ماده ۸ به برابری مرد و زن در طلاق جامه عمل پوشاند. مثال دیگر، چندهمسری است که در نگاه قانونگذار دولتی ۱۳۵۳، مبتنی بر نوعی تبعیض جنسیتی است. از همین رو، در ماده ۱۶، اختیارات مرد در داشتن همسر دوم، محدود شد تا از ظلم و بی‌عدالتی نسبت به زنان جلوگیری شود. درحالی‌که از منظر فقه شیعی، حکم اولیه تعدد زوجات، اباحه بوده و علاوه‌بر شرط عدالت و استطاعت مالی مرد، قیودی از این حیث را بر نمی‌تابد. ناگفته نماند که از نظر برخی، با عنایت به اصل کلی عدالت و اوضاع و احوال اجتماعی حاکم بر صدور حکم جزئی تعدد زوجات، محدودیت آن ترجیح دارد (وائل بن حلاق، ۱۳۸۸: ۳۴۳-۳۴۲).

سیاست حقوقی دوم، سیاست حقوقی قانونگذار بعد از پیروزی انقلاب اسلامی و بازگشت به احکام شرعی است. برای مثال تبصره ۲ ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸ بیان می‌دارد: «موارد طلاق همان است که در قانون مدنی و احکام شرعی مقرر گردیده است».

### ۵. نقش دولت در فرایند قاعده‌گذاری

در نظام دینی، احکام (قواعد حقوقی)، در مرتبه تشریح، از اراده الهی نشأت می‌گیرند و فقها با استفاده از روش اجتهاد، احکام را از منابع استخراج می‌کنند. بنابراین، اجتهاد که همان استنباط عقلی احکام شرعی از منابع است، امری متفاوت از تشریح به معنای ایجاد هنجار تنظیم‌کننده رفتار است. ظاهر بر این است که دولت مدرن، به‌عنوان مقام صالحی که قانون تصویب می‌کند، نه در مرحله تشریح و نه در مرحله کشف نقشی ندارد. با این حال، به نظر می‌رسد، تحلیل جایگاه اراده دولت در فرایند قاعده‌گذاری ضرورت دارد تا نسبت آن با اراده الهی به‌عنوان مبنای اعتبار قاعده حقوقی نیز تبیین شود. دولت در نظام حقوقی ایران دارای کارکردهای چهارگانه انتخاب موضوع و تشخیص عناوین ثانویه، انتخاب قاعده حقوقی، نظارت و تضمین و در نهایت تأسیس هنجارهای رفتاری است (شهابی، ۱۳۹۷: ۴۶۲). در موضوعات خانواده که واجد آثار اجتماعی است، تشخیص عناوین ثانویه و انتخاب موضوع که در قالب قاعده حقوقی نیز خواهد بود، و تطبیق آن بر احکام کلی شرعی بر عهده دولت است. پس از تشخیص موضوع، شیوه و کیفیت اجرای حکم نیز در اختیار دولت است. علاوه بر این، دولت به انتخاب فتاوی معتبر و بیان آن در قالب قانون نیز دست می‌یازد. بی‌تردید در این نقش انتخابی، دولت متأثر از نیروهای مختلف اجتماعی دست به انتخاب فتاوی معتبر می‌زند و آن را در قالب قانون بیان می‌کند. به نظر می‌رسد کنار گذاشتن سایر فتاوی و آراستن یک فتوا به لباس قانون، نقشی فراتر از بیان صرف قاعده داشته و به‌نوعی قاعده‌گذاری شباهت دارد. در کارکرد نظارتی و تضمینی، به‌منظور اجرای بهتر احکام شرعی، گاه ضرورت ایجاد می‌کند که دولت، دست به ایجاد قاعده حقوقی بزند و درست به همین دلیل است که بحث تراحم «احکام» و انتخاب حکم اهم پیش می‌آید. در نقش تأسیسی یا ایجاد، دولت با حکمی از قسم احکام ثابت مواجه نیست و در کنار احکام ثابت، حکمی وضع نمی‌کند تا در نتیجه، بحث تراحم مطرح شود، بلکه کارکرد دولت در حوزه منطقه الفراغ و در تشخیص موضوع و ایجاد قاعده، کاملاً انشایی و هنجاری است و نباید صرفاً آن را، محدود به مرحله اجرا یا انتخاب احکام شرعی دانست.

### ۵.۱. انتخاب موضوع و عناوین ثانوی؛ ایجاد غیراستقلالی قاعده حقوقی

در مجموعه احکام اسلامی، عناوین ثانوی مانند مصلحت یا عسر و حرج توسط شارع به رسمیت شناخته شده است و دولت در چارچوب آن قاعده گذاری می کند (هدایت‌نیا، ۱۳۸۸: ۶۶). از همین رو، دخالت دولت در ایجاد قاعده حقوقی به نحو غیراستقلالی است. اصولاً آثار موضوعات و عناوین ثانوی احکام، از بعد فردی فراتر می رود و با کل افراد اجتماع مرتبط می شود، از همین رو، حضور دولت در تشخیص صحیح موضوع و اعمال حکم متناسب احساس می شود. به عبارت دیگر، تشخیص عنوانی ثانوی و وضع قوانین مبتنی بر آن در روابط اجتماعی از حوزه اختیارات فرد خارج بوده، بررسی تحقق آن از وظایف دولت است (هدایت‌نیا، ۱۳۹۲: ۲۵۹-۲۵۸؛ هدایت‌نیا، ۱۳۸۸: ۵۹-۵۸؛ یوسفی، ۱۳۸۳: ۱۵۸). اگرچه احراز عناوین اجتماعی و ثانوی احکام که متأثر از مقتضیات زمان و مکان بوده و از ماهیتی سیال برخوردارند، توسط یک عامل انسانی یعنی دولت، ما را به قانونگذاری عرفی نزدیک می کند، ولی نباید به تغییر تدریجی نظام دینی، عرفی و سکولاریزه شدن آن منتهی شود. عرفی شدن به معنای افول و عدول از ارزش‌های متافیزیکی و انتقال آن به هنجارهای عرفی است (صالح‌پور، ۱۳۷۴: ۱۸)، تا آنجا که به حذف اراده شارع در مبنای ایجاد قواعد حقوقی می انجامد و اراده دولتی را جایگزین آن می سازد (شهابی، ۱۳۹۷: ۲۱۷-۲۱۶). همان‌طور که اشاره شد، دولت در انتخاب موضوع و تشخیص عناوین ثانویه، در حقیقت در مسیر عینی سازی اصول حقوقی گام برمی دارد، بنابراین ایجاد قاعده حقوقی از سوی دولت جنبه استقلاللی ندارد. توجه به این نکته نیز ضرورت دارد که احکام مبتنی بر این عناوین، موقتی است، با منتفی شدن موضوع، دولت قاعده حقوقی را تغییر می دهد. دولت در عین اینکه نماد عقلانیت انسان گرایانه است، در استفاده از ظرفیت عناوینی مانند ضرورت، ضرر، عسر و حرج باید براساس ارزش‌ها و اصول شرعی و نه از نوع انسان گرایانه و مادی آن به انتخاب عنوان و در واقع ایجاد غیر استقلاللی قاعده حقوقی دست بزند و از چارچوب مبانی نظری خارج نشود. اگر قانون که مظهر اراده دولت مدرن است، از حیث محتوا چیزی غیر از اصول شرعی باشد، تعارض در مبنا را در پی دارد و به تقابل اراده دولت و شارع منجر خواهد شد (شهابی، ۱۳۹۷: ۲۱۵). بنابراین اقدام دولت از حیث سلسله مراتب در طول اراده شارع قرار دارد و نه در عرض آن.

یکی از مصادیق عناوین ثانوی که در اصلاحات سال ۱۳۶۱ وارد قانون مدنی شد، بحث طلاق عسر و حرجی بود. فقهای شورای نگهبان که تمایل چندانی به کنار گذاشتن نظر مشهور و پیروی از نظر اقلیت نداشتند و «در عین حال به لحاظ حساسیت موضوع و مطالباتی که در مورد حقوق زنان وجود داشت» (مهرپور، ۱۳۹۱: ۵۹۱) طی نامه‌ای نظر رهبر انقلاب را در این خصوص جویا شدند. برخی اعضای شورای نگهبان با مخالفت نسبت به مصوبه مجلس معتقد

بودند که منشأ حرج لزوم عقد است، بنابراین در صورت پذیرش حکومت ادله حرج در خصوص عقد نکاح، صرفاً لزوم عقد برداشته می‌شود و برای زوجه حق فسخ ایجاد می‌شود؛ اما فسخ در عقد نکاح استثناست، در نتیجه، حق فسخ منتفی خواهد بود. اما، برخی اعضا منشأ حرج را نه لزوم عقد، بلکه انحصار طلاق به دست مرد دانستند، با مراجعه به ادله حرج، معتقد به برداشتن این انحصار با مراجعه به حاکم و اجبار مرد به طلاق بودند. حضرت امام (ره) در پاسخ فرمودند: «طریق احتیاط آن است که زوج را با نصیحت و الا با الزام، وادار به طلاق نمایند و در صورت میسر نشدن، به اذن حاکم شرع طلاق داده شود...». توجه به استدلال دو دیدگاه و جواب حضرت امام (ره) نشان می‌دهد که استناد به این قاعده تا چه اندازه در حل یک مشکل اجتماعی راهگشاست.

## ۵.۲. انتخاب قاعده حقوقی

همان‌گونه که بیان شد، اراده دولت در قالب قانون ظاهر می‌شود. این اراده، در انتخاب و در نتیجه، اعلام قاعده حقوقی چندان هم آزاد نیست و محدود به متغیرهای اجتماعی و سازنده حقوق است. گاه خواست این نیروها، قانونگذار را، در فشار می‌گذارد (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۳) و برای داشتن حمایت دولت رقابت می‌کنند. هنر قانونگذار در این است که در این کارکرد انتخابی خود، بهترین راه‌حل و سودمندترین آنها را برگزیند (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۰).

به‌جز آنچه از تشخیص موضوع و عناوین احکام به شیوه‌ای که در قسمت قبل بیان شد، دولت در گزینش حکم و انتخاب فتوی نقش مهمی دارد. تکرر آرای فقها که همگی از فرایند اجتهاد به‌دست آمده است، نشان از پویایی فقه شیعه دارد و به‌خودی‌خود اشکال ندارد. اما اختلاف نظر فقها و تشتت آرا در جامعه، مغایر با اهداف حکومت (دولت مدرن) برای تأمین عدالت و امنیت قضایی و در تضاد با اصل مهم پیش‌بینی‌پذیر بودن قواعد حقوقی و به‌طور کلی نظام حقوقی است. بنابراین، قانون از این حیث که قالبی روشن، شفاف و کلام واحد تلقی می‌شود، ابزاری مناسب است و به چندصدایی پایان می‌دهد. اگرچه بیان نظر مشهور در فقه، تا حدودی این نقص را برطرف کرده است (شهابی، ۱۳۹۷: ۴۷۴)، اما، سخن این است که کدام فتوا باید معیار قانونگذاری قرار گیرد؛ فتوای مشهور، فتوای فقیه حاکم، فتوای فقیه اعلم و یا...؟ صرف نظر از مبانی و استدلال‌های اصولی این بحث<sup>۱</sup>، به نظر می‌رسد باید فتوایی را برگزید که کارآمدی اجتماعی آن از بقیه بیشتر باشد (رک: علی‌اکبریان، ۱۳۹۲: ۹۸). همان‌طور که اشاره شد، دولت در نقش انتخابی خود، متأثر از نیروهای مختلف اجتماعی، اقتصادی و غیره است و این نکته، بیان دیگری از همان معیار کارآمدی اجتماعی است؛ بنابراین، فتوای معتبر یعنی فتوای کاربردی

۱. برای مطالعه بیشتر رک: (علی‌اکبریان، ۱۳۹۲: ۱۰۰-۱۱۲)

که توان حل یک معضل و چالش اجتماعی، اقتصادی و غیره را دارد و این نکته، بیان دیگری از همان معیار کارآمدی اجتماعی است، هرچند موافق با نظر مشهور نباشد. از این رو مجلس شورای اسلامی می‌تواند هر فتوایی را که از طریق مکانیزم اجتهاد توسط فقها استنباط شده است، گزینش و آن را تصویب کند (هدایت‌نیا، ۱۳۸۸: ۱۰۴). نقش شورای نگهبان در این میان محدود است به بررسی اینکه آیا این فتوا از مجرای صحیح اجتهاد گذشته است یا خیر (شهابی، ۱۳۹۷: ۴۶۵).

فشار عوامل اجتماعی بر دولت، ممکن است به تغییر انتخاب فتوای معیار و در نتیجه قانون منتهی شود. این به مفهوم تبدیل یا تغییر در حکم شرعی نیست و برعکس نشان از نقش ابزاری - انتخاب و بیان قاعده حقوقی - و نه کارکرد ماهوی قانون - که همان ابزار ایجاد قاعده حقوقی بودن است - در نظام حقوقی دارد (شهابی، ۱۳۹۷: ۴۲۳). فتوای کارآمد نیز از اراده شارع نشأت گرفته است؛ بنابراین، نمی‌توان آن را، از دایره شرع بیرون دانست.

در حوزه تحولات حقوق خانواده، شیوه انتخابی، سهم بسزایی دارد و همگام با شرایط زمان و مکان، راهکار مؤثری در حل معضلات نظام خانواده به‌شمار می‌آید. در ادامه به دو مثال در مباحث حقوق خانواده اشاره می‌شود.

### ۵.۲.۱. حق حبس

امروزه به دلایل متعدد فرهنگی، اجتماعی و اقتصادی، استفاده از حق حبس در جامعه رواج پیدا کرده (امامی، ۱۳۹۲: ۱۶) و یکی از چالش‌ها در نظام حقوق خانواده است. در مقررات فعلی، زوجه با استناد به حق حبس خویش تا دریافت کامل مهر می‌تواند از تمکین<sup>۱</sup> خودداری کند و این امر مسقط حق نفقه<sup>۲</sup> او حتی در اثبات اعسار زوج نخواهد بود<sup>۳</sup>. پرداخت مهر به صورت اقساط طولانی مدت<sup>۴</sup> و جدایی زوجین از یکدیگر در واقع، چیزی از خانواده به‌جای نگذاشته است. درحالی‌که در خصوص اصل این حق<sup>۵</sup>، محدوده آن، تفکیک بین وضعیت اعسار یا ایسار زوج

۱. مطابق رأی وحدت رویه شماره ۷۱۸ مورخ ۹۰/۲/۱۳، زوجه می‌تواند از ایفای مطلق وظایف تا دریافت کامل مهر امتناع ورزد.

۲. برخلاف نظر مشهور، برخی (عاملی، ۱۴۱۴: ۱۲۳) در فرض اعمال حق حبس زوجه و اثبات اعسار زوج، حق نفقه زوجه را ساقط می‌دانند. با این استدلال که نفقه در مقابل تمکین است و چون تمکینی از سوی زوجه صورت نمی‌گیرد، حق نفقه هم ساقط است (ر.ک. نجفی، ۱۳۶۲، ج ۳۱: ۴۳).

۳. حتی زوج ممکن است در راستای ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده جدید به حبس محکوم شود، رویکردی که در نظام خانواده نتایج معکوس به‌دنبال دارد.

۴. مطابق رأی وحدت رویه شماره ۷۰۸ مورخ ۸۷/۵/۲۲، تقسیط مهریه مسقط حق حبس زوجه نیست.

۵. برخلاف نظر مشهور (حلی، ۱۴۱۳: ۷۴؛ طباطبایی، ۱۴۱۸: ج ۱۲: ۷۲؛ کرکی، ۱۴۱۴: ۳۵۳). برخی فقها (بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۶۰؛ موسوی، ۱۴۰۵: ۴۲۴) در اصل این حق تشکیک کرده و آن را نپذیرفته‌اند.



زوج در فقه، اختلاف نظر وجود دارد. قانونگذار با گزینش نظری که الزاماً هم موافق مشهور نیست، برای مثال فتوای بحرانی، می‌تواند برای حل این موضوع چاره‌اندیشی کند. امروزه، نگاه معاوضی یا شبه‌معاوضی به ازدواج مورد نکوهش است.

### ۵.۲.۲. ارث زوجه در نکاح منقطع

نقش انتخابی دولت همیشه از سوی قوه مقننه تحقق پیدا نمی‌کند، بلکه گاه نیز می‌تواند از سوی رویه قضایی که به نوعی همان دولت است، تحقق یابد. درست است که قانونگذار در ماده ۹۴۰ قانون مدنی در ظاهر ارث را، تنها در نکاح دائم پذیرفته است، اما به نظر می‌رسد قانونگذار نخواستن با توجه به حساسیت‌های موجود در جامعه و تحولات سریع اجتماعی به ویژه با توجه به اختلافات فقهی در خصوص ارث در نکاح منقطع اظهار نظر مستقیم کند. با این حال بی‌تردید نکاح منقطع به عنوان یکی از اسباب شرعی ایجاد علقه زوجیت پذیرفته شده است. پس سرانجام در خصوص ارث زوجه در نکاح منقطع چه باید کرد؟ می‌دانیم که در فقه امامیه چهار نظر در این خصوص وجود دارد: توارث،<sup>۱</sup> عدم توارث (حلی، ۱۴۱۳ق: ۵۳)، توارث در صورت وجود شرط (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۱: ۳۴۵؛ عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۵: ۲۹۶) و توارث در صورت عدم شرط سقوط (شریف، ۱۴۱۵ق: ۲۷۴). اگر بپذیریم که کارکرد اجتماعی، معیار انتخاب فتوای معتبر است، به نظر می‌رسد با توجه به نیاز اقتصادی زن در ساختار اجتماعی فعلی، همان نیازی که نحله را موجب شده، انتخاب فتوایی که نتیجه آن ارث‌بری زوجه است، پذیرفتنی‌تر باشد. اما انتخاب این فتوا این بار در اختیار رویه قضایی قرار می‌گیرد تا هم معیار کارکرد اجتماعی عینیت بیشتری داشته باشد و هم انطباق با شرایط اجتماعی سریع‌تر اتفاق افتد. روشن است که سازوکار رأی وحدت رویه، سرانجام مانع پراکندگی آرای قضایی خواهد بود.

### ۵.۳. نقش نظارتی دولت

اگرچه اراده تشریحی الهی، مبنای الزام‌آوری بایدها و نبایدهای حقوقی است، نقش دولت مدرن در تضمین اجرای هنجارها را، نباید کم‌اهمیت جلوه داد. در همین زمینه، یکی از فقها، در بحث احکام حکومتی بر این نظر است که اعتبار ولایت (برای فقها) با هدف به رسمیت شناختن ایجاد قاعده حقوقی از سوی ایشان نیست، بلکه به انگیزه تنفیذ ما انزل الله است (منتظری، ۱۴۱۵ق: ۲۹۵). بنابراین، یکی از کارکردهای قانون در اندیشه دینی، نظارت و صیانت از ارزش‌هاست و دولت با استفاده از این ابزار می‌تواند در تحقق اهداف و عملیاتی ساختن اصول

۱. این قول به قاضی ابن‌براج نسبت داده شده است (کرکی، ۱۴۱۴ق: ۳۸).

حقوقی گام مؤثری بردارد. باید توجه داشت که نقش نظارتی دولت محدود به ایجاد قواعد حقوقی شکلی نیست، بلکه قالب قواعد ماهوی نیز به خود می‌گیرد. اصل دهم قانون اساسی به اهداف مهمی در نظام خانواده اشاره دارد. مطابق این اصل، قانون باید از قداست و کیان خانواده حراست کند. اصل حفاظت از خانواده، منبعث از ارزش‌های دینی است. این اصل از «مجموع ادله استحباب مؤکد در ازدواج، مبعوض بودن طلاق، لزوم رفع شقاق میان زوجین ولو با دخالت داوران، نبود انواع خیار معاملات، اقاله و حق فسخ در عقد نکاح مگر در موارد معین» (علاسوند، ۱۳۹۲: ۷۹) قابل اصطیاد است. تحقق عینی و اجرای این اصل نیز جز از مسیر ایجاد قواعد شکلی و ماهوی نمی‌گذرد. در ادامه به مصادیقی از ایفای نقش نظارتی دولت در نظام خانواده به‌منظور حمایت آن پرداخته می‌شود.

#### ۵.۳.۱. لزوم تعیین تکلیف نسبت به حقوق مالی زوجه هنگام طلاق

مطابق ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱، دادگاه باید هنگام صدور رأی طلاق، در خصوص حقوق مالی زوجه تعیین تکلیف کند. براساس این ماده، ثبت طلاق، موکول به تأدیة حقوق مالی زوجه است و طلاق در صورت رضایت زوجه یا صدور حکم قطعی دایر بر اعسار زوج یا تقسیط محکوم‌به نیز ثبت می‌شود. هرچند قانونگذار برای مغایرت نداشتن این ماده با موازین شرعی، «ثبت طلاق» و نه «اجرای صیغه طلاق» را منوط به تأدیة حقوق مالی زوجه کرده است، به هر حال، بهره‌مندی از مزایای ثبت و رهایی از مجازات عدم ثبت طلاق، مشروط به پرداخت حقوق مالی زوجه شده است. قانونگذار با وضع چنین ترتیباتی، سعی داشته تا با پرهزینه کردن طلاق، زوج را منصرف سازد. به‌عبارتی، مقنن پرداخت حقوق مالی زوجه را، در محاسبات زوجی که قصد طلاق همسر خویش را دارد، وارد کرده تا زوج با درنظرگرفتن این هزینه‌ها، تصمیم عاقلانه اتخاذ کند. بنابراین، حکم این ماده را، باید ناظر بر فرضی دانست که زوج، متقاضی طلاق است.<sup>۱</sup> این برداشت با فلسفه و عقلانیت مورد انتظار از دولت یعنی ایجاد مانع در راه طلاق با هدف حمایت از بنیان و استواری خانواده، تأیید می‌شود. درحالی‌که مطابق قواعد عمومی، زوجه برای وصول هریک از حقوق مذکور، باید تشریفات دادرسی را رعایت کند.

به‌منظور کاهش فشار ناشی از این هزینه سنگین مالی که بر عهده زوج است و دفع آسیب‌های مقدر ناشی از عدم ثبت طلاق، عقلانیت انسان‌گرایانه دولتی، در پایان ماده، ثبت طلاق در صورت رضایت زوجه بدون دریافت حقوق مالی یا بدون صدور حکم بر اعسار زوج

۱. بنابراین توسعه آن به موارد الزام زوج به طلاق (ماده ۱۶ آیین‌نامه اجرایی این قانون) قابل انتقاد است.

را تجویز کرده است. به عبارتی، اگرچه توسل به چنین تدابیری می‌تواند تصمیم زوج به جدایی را با تردید یا حداقل تأخیر همراه سازد، مانع جدی در پایان دادن به زندگی مشترک ایجاد نخواهد کرد. حقیقت آن است که زندگی بر پایه اخلاق و معنویت بنا شده و قواعد حقوقی هر اندازه سخت‌گیرانه باشد، باز هم، برای انصراف قطعی مردی که عزم خود را برای طلاق جزم کرده است، کافی نیست. قانونگذار نیز ادامه چنین وضعیتی را که موجب بی‌مهری و بی‌تفاوتی شوهر به همسر، فرزندان و محیط خانواده شده است، به مصلحت ندانسته، به زوج اجازه داده است با اثبات اعمار طلاق را ثبت کند.

### ۵.۳.۲. محدودیت زمانی به منظور اجرای صیغه طلاق

در مواد ۳۳ و ۳۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۹۱، برای حکم طلاق و گواهی عدم امکان سازش، مرور زمان شش و سه ماه تعیین شده و بعد از انقضای این مواعد، حکم و گواهی از درجه اعتبار ساقط است. دولت فرض کرده است که بعد از سپری شدن این مواعد و عدم اجرای صیغه طلاق، ذی‌نفع از حق خویش منصرف شده و همچنان به ادامه زندگی مشترک علاقه‌مند است. عقلانیت انسان‌گرایانه دولتی، استواری خانواده و جلوگیری از وقوع طلاق را هدف قرار داده و نخواسته که دارنده مجوز جدایی، تا مدت طولانی، از این اهرم فشار، برای ایجاد گسست خانواده برخوردار باشد و آن را، دستاویز اغراض شخصی خود، به بهانه تزلزل در بنیان خانواده قرار دهد. اگرچه ممکن است تحدید مدت اجرای صیغه طلاق در فرض صدور حکم طلاق با عنایت به محدود کردن زمان اجرای حکم قاضی، با اصول کلی فقهی<sup>۱</sup> و حقوقی<sup>۲</sup> منطبق نباشد (حبیبی‌نار (ب)، ۱۳۹۵: ۴۰۷).

### ۵.۳.۳. لزوم مراجعه به دادگاه و اخذ گواهی عدم امکان سازش

مطابق ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی، مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون تقاضای طلاق کند. تا پیش از تصویب قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۴۶، مرد «حق» داشت که هر گاه اراده کند، زن خود را طلاق دهد. به تدریج، با سست شدن بنیان‌های اخلاقی، برخی مردان از این حق سوء استفاده کردند و موجب فروپاشی کانون گرم خانواده شدند. امروزه، طلاق پدیده‌ای است اجتماعی که تبعات آن به رابطه زوجین منحصر نمی‌شود، بلکه آثار آن می‌تواند

۱. در متون فقهی از آثار مرتب بر رای قاضی مانند وجوب اطاعت و عدم جواز نقض آن (آشتیانی، ۱۴۲۵ق: ۶۸؛ رشتی، ۱۴۰۱ق: ۶۴) می‌توان اصل عدم توقیفی بودن را استخراج کرد.

۲. مطابق اصول حقوقی، احکام مشمول مرور زمان نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۵۰). ماده ۸ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۲۴ قانون اجرای احکام مدنی چنین استنباطی را تأیید می‌کند.

کل اجتماع را، تحت تأثیر قرار دهد؛ افزایش زنان مطلقه و بروز مشکلات معیشتی، روانی، اجتماعی و اخلاقی آنان، همچنین ورود فرزندان که بعضاً سلامت روانی کافی ندارند و زمینه ارتکاب جرم و بسیاری ناهنجاری‌های اجتماعی مانند اعتیاد، تکدی‌گری در آنها بالاست، از نمونه آسیب‌های اجتماعی ناشی از طلاق محسوب می‌شود. این آثار، تعدیل در تصمیم یکجانبه مرد را ضروری ساخته، مانع از طلاق‌های بی‌مورد و نابجا می‌شود. از همین رو، مداخله دولت امری موجه تلقی می‌شود، اعمال حق زوج توأم با نوعی نظارت خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۶۳). لزوم مراجعه به دادگاه و اخذ گواهی عدم امکان سازش، شیوه نظارتی دولت را بیان می‌کند و تلاش دارد تا با اعمال کنترل در اقدام زوج، از نهاد خانواده حمایت کند.

#### ۵.۳.۴. لزوم اخذ اجازه از دادگاه در تعدد زوجات

توجه به علل و انگیزه‌های گرایش، آثار و تبعات چندهمسری از منظر جامعه‌شناسی و روان‌شناسی نشان می‌دهد که چندهمسری، یک نهاد با ابعاد گوناگون اجتماعی بوده (رفیعی، ۱۳۸۹: ۱۴۲) و حقوق را نیز متأثر از خود ساخته است. نادیده گرفتن شرایط اجتماعی و فرهنگی حاکم بر جامعه می‌تواند آن را، به یک ضد ارزش تبدیل کرده و از کارکردهای مورد انتظار دور سازد. در نظر گرفتن حقوق همسر اول و فرزندان از یک طرف، حق شوهر در برخورداری از همسر دیگر از طرفی و حقوق همسر آینده از بعد دیگر و جمع آنها با هم، دشواری موضوع را دوچندان کرده است.

اگر قانون مدنی به دلیل محذوریت‌های اجتماعی زمان تدوین، در خصوص تعداد و محدوده اختیار شوهر در انتخاب همسران سکوت کرده است، ولی قانون حمایت خانواده ۱۳۴۶، تلاش کرده تا این خلأ را پر کند و با صراحت، سازوکار آن را تعیین کند. قانونگذار، به منظور جلوگیری از اقدامات خودسرانه زوج، مراجعه به دادگاه را ضروری دانسته تا دادگاه، با اعمال نظارت در احراز توانایی مالی شوهر و امکان اجرای عدالت بین همسران، از فروپاشی خانواده جلوگیری کند (ماده ۱۴). چنانچه عدالت جنبه شخصی و خصوصی داشته باشد، تشخیص آن به عهده زوج خواهد بود. اما، ابعاد اجتماعی عدم رعایت عدالت از سوی مرد، علاوه بر انحلال ازدواج و جدایی همسر، شامل فرزندان هم می‌شود و به تبع آن زمینه‌ساز بزهکاری‌ها و آسیب‌های اجتماعی متعددی خواهد بود (رفیعی، ۱۳۸۹: ۲۲). امری که دولت نمی‌تواند در خصوص آن بی‌تفاوت باشد، در نتیجه، دخالت او را ضروری می‌نماید؛ دخالتی که از طریق نظارت دادگاه محقق می‌شود. در واقع اجازه ازدواج مجدد، اقدام مشروعی از طرف دادگاه به زوج برای پیشگیری از انحلال خانواده است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۹۲) به همین دلیل

همسر اول نمی‌تواند تقاضای طلاق کند. مطابق رأی وحدت رویه شماره ۷۱۶ مورخ ۱۳۸۹/۷/۲۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، در صورت اثبات عدم تمکین زوجه و ازدواج مجدد با مجوز دادگاه، شرط ضمن عقد (وکالت زوجه در طلاق) قابل اعمال نیست. به نظر می‌رسد در سایر جهات مندرج در ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳ نیز، باید چنین نظری را پذیرفت تا بر اذن دادگاه اثری مترتب و نظارت محقق شود.

در فقه شیعی، حکم اولی تعدد زوجات، اباحه و مشروط به توانایی مرد از نظر مالی و اجرای عدالت بوده و هیچ فقیهی، تاکنون، انجام ازدواج بعدی را، منوط به اذن قاضی نکرده است. اما برخی نویسندگان فقه عامه به لزوم رسیدگی قضایی در احراز این دو شرط تصریح کرده‌اند (عبده، ۱۴۱۴ق: ۸۶؛ هدایت‌نیا، ۱۳۸۸: ۱۱۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۱۷) و بر همین اساس، برخی کشورهای اسلامی از جمله عراق و سوریه<sup>۱</sup>، اذن قاضی را لازم دانسته‌اند. برقراری چنین ترتیبی به معنای تغییر حکم شرعی اباحه تعدد زوجات نیست (مهرپور، ۱۳۷۹: ۱۰۴). علامه طباطبایی در تفسیر *المیزان* در این خصوص بیان می‌دارند: «فلو كان للاسلام وال امکنه ان يمنع الناس عن هذه المظالم التي یرتکبونها باسم تعدد زوجات و غیر ذالک من غیر ان یتغیر الحکم الالهی باباحته و انما هو عزیمة اجرائیه عامه لمصلحه نظیر عزم الفرد الواحد علی ترک تعدد الزوجات لمصلحه یراها لا لتغییر فی الحکم بل لانه حکم اباحی له ان یعزم علی ترکها» (طباطبایی، ۱۳۹۰، ج ۴: ۱۹۴). معیار علامه برای منع فعل مباح توسط حاکم (دولت)، این است که همان‌گونه که خود فرد در انجام یا ترک آن آزاد است، حکومت نیز چنین اختیاری دارد. این معیار در جایی که حاکم اسلامی بخواهد حکم اباحه را مقید سازد نیز قابل تسری است. بنابراین، منوط کردن ازدواج مجدد به اذن دادگاه که نوعی تقیید محسوب می‌شود، به معنای تغییر حکم شرعی نیست (علی‌اکبریان، ۱۳۹۵: ۱۲۰). نتیجه‌ای که از نظریه منطقه الفراغ شهید صدر در خصوص دخالت حاکم در حوزه مباحات (صدر، ۱۴۱۷ق: ۶۸۹) قابل پیش‌بینی است. تحدید موارد امکان ازدواج مجدد به موارد نه‌گانه مقرر در ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳، در همین جهت قابل ارزیابی است. به‌ویژه آنکه، در اصلاحات بعدی، از جمله قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، در ماده ۵۸ و در فهرست قوانین منسوخ نیامده و شورای نگهبان نیز تاکنون عدم مخالفت آن با موازین شرعی را اعلام نکرده است.

کلام علامه تاب توسعه اختیار حاکم از حکم تکلیفی به حکم وضعی بطلان ازدواج مجددی را که منع یا مقید شده است، ندارد، زیرا معیار ایشان، شامل حکم وضعی نمی‌شود (علی‌اکبریان، ۱۳۹۵: ۱۲۱)؛ دکتترین نیز چنین ازدواجی را صحیح و نافذ می‌دانند (صفایی و امامی، ۱۳۸۴: ۱۰۲)؛ در این خصوص، در ادامه سخن خواهیم گفت.

۱. عراق (بند ۴ ماده ۳ قانون احوال شخصیه مصوب ۱۹۵۹)، سوریه (ماده ۱۷ قانون احوال شخصیه مصوب ۱۹۵۳).

### ۵.۳.۵. ثبت ازدواج، طلاق و سایر موارد انحلال نکاح

دولت (قانونگذار) در مواد ۲۰ و ۲۴ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱ ثبت ازدواج و طلاق را الزامی و در ماده ۴۹ همین قانون، برای عدم ثبت این وقایع، ضمانت اجرای کیفری پیش‌بینی کرده است. پرسش این است که آیا اعمال مقررات کیفری کافی بوده، ضمانت اجرای مؤثر و بازدارنده محسوب می‌شود یا اینکه دولت، برای عینیت بخشیدن به نقش تضمینی خود می‌تواند و باید در حیطة احکام وضعی دخالت کند؟ در صورت ورود، با توجه به اینکه این قیود در احکام شرعی نیامده و دولت آنها را وضع کرده است، آیا این امر به منزله مداخله در حوزه تشریح و مغایر با موازین شرعی نبوده، موجب تقدم اراده دولتی بر اراده شارع نمی‌گردد؟ در پاسخ باید گفت دولت با ابزار قانون که از قدرت مشروع الزام برخوردار است، می‌تواند در تضمین قواعد حقوقی و ارزش‌ها نقش‌آفرین باشد و دست به ایجاد قاعده حقوقی بزند. در نهایت، دولت، در مرحله اجرا، با دو حکم مواجه است که در تراحم با یکدیگر قرار دارند؛ یکی حکم شرعی و دیگری حکمی که خود وضع کرده است. در چنین وضعیتی، براساس قاعده اهم و مهم، حکم مهم کنار گذاشته می‌شود. آیت‌الله جوادی آملی بعد از تأکید بر اینکه، حکم حکومتی، دخالت در قانونگذاری نیست، بلکه مربوط به اجراست، در این زمینه بیان می‌دارد: «اگر اجرای یک قانون منجر به تراحم آن قانون با قوانین دیگر شد، ولی فقیه براساس **مصلحت نظام** و نیز براساس جایگاه هر حکم از نظر اهمیت، حکم برتر و مهم‌تر را مقدم می‌دارد و آن را اجرا می‌کند و حکم مزاحم با آن را، به‌طور موقت و تا زمانی که تراحم وجود دارد، تعطیل می‌نماید و پس از رفع تراحم، بلافاصله حکم تعطیل‌شده را، به اجرا درخواهد آورد» (جوادی آملی، ۱۳۹۰: ۲۴۷). این نظر، در بین باورمندان به ولایت مطلقه فقیه جای دارد که از دیدگاه آنان، ادله ولایت، اطلاق دارد و شامل احکام وضعی نیز می‌شود. امام خمینی (ره) در این خصوص می‌نویسند: «حکومت که شعبه‌ای از ولایت مطلقه رسول‌الله است، یکی از احکام اولیه اسلام و مقدم بر تمام احکام فرعیه حتی نماز و روزه و حج است...؛ حکومت می‌تواند قراردادهای شرعی را که خود با مردم بسته است، در مواقعی که آن قرارداد، مخالف **مصالح** کشور و اسلام باشد، یک‌جانبه لغو کند... این اختیارات حکومت است» (موسوی خمینی، ۱۳۸۹: ۴۵۲-۴۵۱). هر گاه در مقام اجرای احکام اجتماعی، تراحمی بین این احکام و احکام فردی پیش می‌آید، مصلحت‌گزینه‌ای است که می‌تواند در تشخیص و تقدیم مصداق حکم اهم بر مهم نقش ایفا کند. شهید مطهری باب تراحم را، باب جنگ مصلحت‌ها می‌داند که به فقیه اجازه می‌دهد که از یک حکم به‌خاطر حکم دیگر دست بردارد و این هرگز به معنای نسخ نیست (مطهری، ۱۳۹۵: ۵۸). بنابراین، مصلحت جامعه اقتضا می‌کند که ضمانت اجرای عدم رعایت

مقررات مربوط به ثبت نکاح، طلاق و عدم اخذ اجازه از دادگاه، «بطلان» باشد<sup>۱</sup> و نقش مقررات دولتی از شکلی به ماهوی ارتقا یابد. تأثیر عنصر مصلحت به اندازه‌ای است که برخی آن را مهم‌ترین ابزار برای تبدیل نظام فقهی به عرفی می‌دانند (صالح‌پور، ۱۳۷۴: ۲۱). اما باید گفت در اندیشه فقهی شیعه، مصلحت در چارچوب اصول و ارزش‌های الهی و به‌منظور حراست و زمینه‌سازی اجرای احکام شرعی قابل تعریف است و این هرگز به معنای تغییر در مبنا آن‌گونه که در حقوق عرفی آمده نخواهد بود (شهابی، ۱۳۹۷: ۲۱۸-۲۱۷).

#### ۵.۴. نقش تأسیسی دولت؛ استقلال دولت در ایجاد قاعده حقوقی

گاه نقش متغیرهای اجتماعی در روند ایجاد قاعده حقوقی چنان قوی است که در واقع باید آنها را ایجادکننده قاعده حقوقی دانست و ادعا کرد که دولت در این خصوص، نقشی جز اعلان واقعیت‌های موجود با استفاده از قالب قانون ندارد. برای مثال، هر گاه جنبش زنان، دولت را، مجبور به تصویب قانونی در حمایت (مالی) از آنان سازد، دولت در ظاهر ایجادکننده قاعده حقوقی است؛ ولی، در حقیقت آنها قاعده حقوقی را تأسیس کرده‌اند. با این حال رقابت میان نیروهای مختلف درون ساختار اجتماعی، گاه به‌گونه‌ای است که نقش دولت را صرفاً نمی‌توان به اعلان تنزل داد. دولت تمام‌کننده این رقابت است. در هر حال، نکته این است که دولت در این موارد، در چارچوب اصول کلی حقوق شرعی قدم برنمی‌دارد تا نقش او در ایجاد قاعده حقوقی، غیراستقلالی باشد. دولت تحت فشار نیروهای مختلف، اما مستقل از اصول کلی حقوقی شرعی ایجاد قاعده می‌کند. در این قسمت به دو نمونه از ایفای نقش دولت در تأسیس قاعده حقوقی پرداخته می‌شود.

##### ۵.۴.۱. امکان سنجش تأسیسی بودن طلاق توافقی

در مواردی که زوجین به این نتیجه رسیده‌اند که ادامه زندگی مشترک، نه‌تنها گرهی از مشکلات آنان نمی‌گشاید، بلکه هر روز بر آن می‌افزاید، اقدامات قانونگذار در منصرف کردن آنها مؤثر نیست. از همین رو، قانونگذار، با در نظر گرفتن این واقعیت اجتماعی، اجازه داده است که دادگاه، پس از ناامید شدن از اصلاح زوجین، امر به جدایی کند.

نهاد «طلاق توافقی» در قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳ و قوانین بعدی، دارای دو مفهوم متمایز از یکدیگر بوده که خود، متأثر از تفاوت در مبنای حاکم بر نظام حقوق خانواده قبل و

۱. بنابراین تعبیر «اجازه» به‌جای «گواهی عدم امکان سازش» در لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸، از این حیث گویاتر بود.

بعد از پیروزی انقلاب اسلامی است. گفتمان قبل از پیروزی انقلاب، بیشتر تحت تأثیر پارادایم مدرنیته و گفتمان بعد از پیروزی انقلاب متأثر از سنت‌های دینی است.

مطابق بند ۱ ماده ۸ قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳، توافق زوجین از موجبات طلاق بوده و زن و شوهر می‌توانند همان‌گونه که با تراضی، عقد ازدواج را منعقد کنند، با توافق آن را منحل سازند. بنابراین، به نظر می‌رسد طلاق در نظر قانونگذار، ماهیتی قراردادی دارد و بر توافق اراده‌ها استوار است. تأمین اصل آزادی فردی و رعایت برابری و به‌ویژه برابری جنسیتی اقتضا می‌کند که اراده زوجین، نقش اساسی و مبنایی در جدایی آنان ایفا کند. درحالی که در نظام حقوقی مبتنی بر اراده شارع، اولاً، شرط خیار و اقاله در نکاح راه ندارد (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۳۱: ۱۰۶-۱۰۵)، ثانیاً، طلاق ماهیتی ایقاعی دارد و تراضی طرفین در انحلال نکاح زمانی معتبر است که در قالب سازوکارهای مورد قبول شارع (خلع و مبارات) انجام پذیرد. صرف‌نظر از اختلافی که در ماهیت ایقاعی یا عقدی بودن خلع و مبارات به‌عنوان مقدمه اجرای صیغه طلاق وجود دارد (طالب احمدی، ۱۳۹۱: ۱۰۷-۹۷)، هر دو در کراهت زن، بذل مال توسط زن و قبول آن از سوی مرد مشترک‌اند. بنابراین، سؤال این است که آیا برای وقوع طلاق توافقی، اراده طرفین، الزاماً، باید از طریق یکی از این دو قالب صورت گیرد (صفایی و امامی، ۱۳۸۴: ۲۱۳-۲۱۲) یا بدون تحقق هر یک از این مشترکات نیز امکان جدایی وجود دارد؟ در آثار فقها در کنار طلاق خلع و مبارات، از طلاق دیگری، به نام طلاق بعوض نیز نام برده شده است. شهید ثانی برخلاف نظر مشهور (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۳۳: ۱۱) که برای طلاق بعوض و خلع ماهیت یکسان قائل است، عدم لزوم کراهت زن را وجه افتراق این طلاق با خلع می‌داند (عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۶: ۹۰).

قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ از اصطلاح «طلاق توافقی» سخن به میان آورده است، بدون اینکه از ماهیت آن پرده بردارد. مطابق ماده ۲۶ این قانون در صورتی که طلاق توافقی باشد، دادگاه گواهی عدم امکان سازش صادر می‌کند. تمایز مفهوم «گواهی عدم امکان سازش» و «حکم» در این ماده، که اولی ناظر بر زمانی است که مرد اختیار خویش در طلاق را اعمال می‌کند و دومی که در فرض تقاضای زوجه برای طلاق محقق می‌شود، نشان می‌دهد که در طلاق توافقی اراده زوج کارساز است. ماده ۳۶ همین قانون نیز مؤید چنین برداشتی است. اگر طلاق بر مبنای توافق طرفین واقع شود، در زمان اجرای صیغه طلاق، حضور آنان باید الزامی باشد؛ اما، ماده ۳۶ اجرای صیغه طلاق در فرض عدم حضور زوج را منوط به اعطای وکالت بلاعزل به زوجه دانسته است و این دربردارنده معنایی جز ماهیت ایقاعی چنین طلاقی نیست. بنابراین، توافقات طرفین در خصوص طلاق، ناظر بر تعیین نوع و ماهیت آن نیست؛ بلکه ناظر بر تعیین آثار و حقوق متقابل ناشی از وضعیت طلاق نسبت به زوجین و فرزندان مشترک است (حبیبی‌تبار، ۱۳۹۵الف: ۸) و باید آن را مقدمه اعمال اختیار مرد به‌شمار آورد. ماهیت



طلاق (خلعی، بائن یا رجعی بودن) را شرایط حقیقی و خارجی زوجین معین می‌کند و نه اراده آنها. ارزش حقوقی این توافقات نیز منوط به جاری شدن صیغه طلاق است (ماده ۳۴). بنابراین، توافقی بودن طلاق، به معنای دخالت اراده زوجین در انحلال ازدواج نیست و قانونگذار دولتی درصدد تغییر ماهیت ایقاعی طلاق نبوده است. برداشتی به جز این، تعارض در مبنای اعتبار طلاق را به دنبال دارد و به مفهوم عبور از اراده شارع خواهد بود.

#### ۵.۴.۲. نقش تأسیسی دولت در حقوق مالی زوجه

گاه دولت به منظور حمایت مالی از زوجه مقرراتی را تصویب کرده است که سابقه‌ای در متون فقهی ندارد. این مقررات در حوزه احکام متغیر قرار دارند و دولت در چارچوب مبنای می‌تواند دست به ایجاد قاعده حقوقی بزند. به دو نمونه از این موارد اشاره می‌شود.

##### ۵.۴.۲.۱. نخله

حاکمیت اصل استقلال مالی در روابط زوجین، عدم اشتغال اغلب زنان و در نتیجه وابستگی شدید زنان از حیث مالی (هدایت‌نیا، ۱۳۸۸: ۶۵) موجب شد تا قانونگذار با هدف حمایت مالی از زنان مطلقه در بند «ب» تبصره ۶ ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱/۸/۲۸ حقی برای زوجه به نام «نخله» (بخشش) وضع کند که پیش از این سابقه نداشت. برخی وضع این مقرره را بر مبنای عنوان ثانوی مصلحت توجیه کرده‌اند (هدایت‌نیا، ۱۳۸۸: ۶۱). بنا بر این نظر، ایجاد چنین نهادی استقلالی نیست تا مصداق نقش تأسیسی دولت قرار گیرد. درحالی‌که به نظر می‌رسد دولت در راستای تحقق هدفی که بیان شد، درصدد ایجاد قاعده حقوقی مستقل بوده است. در نتیجه مقرره از خصیصه دائمی برخوردار است و جنبه حمایتی موقت (مادام که مصلحت باشد) ندارد.

##### ۵.۴.۲.۲. حقوق وظیفه و مستمری

بند ۱ ماده ۴۸ قانون حمایت خانواده جدید ازدواج مجدد زوجه دائم متوفی را مانع برخورداری از حقوق وظیفه و مستمری همسر ندانسته و در صورت فوت شوهر بعدی و تعلق حقوق او به زوجه، دریافت بیشترین مستمری را ملاک عمل قرار داده است. قانونگذار با اعطای بالاترین مستمری، در راستای حمایت مالی از زوجه و با رفع مانع مذکور در جهت تسهیل ازدواج مجدد زوجه، گام جدیدی در احقاق حقوق زن برداشته است. از آنجا که این مقرره، در محدوده امور عرفی و غیرمنصوص قرار دارد، مجلس می‌توانسته با رعایت شرط عدم مغایرت با موازین شرعی، قانونگذاری کند (نابینی، ۱۳۹۳: ۱۳۶).

## ۶. نتیجه‌گیری

مبنای احکام خانواده در نظام حقوقی ایران اراده شارع است. با این حال حوزه خانواده، متأثر از تحولات اجتماعی و اقتصادی، مصون از دخالت دولت نبوده است. مداخله دولت نه تنها موجب نمی‌شود که از جنبه قدسی و الهی احکام کاسته شود، بلکه می‌تواند زمینه انطباق احکام شرعی با واقعیت‌های اجتماعی را فراهم سازد و کارآمدی نظام فقهی را در پاسخگویی به نیازها ارتقا بخشد. در هر حال، شکل‌گیری دولت در نظام حقوقی ایران، به معنای تغییر در مبنای اعتبار قواعد حقوقی و کنار گذاشتن اراده الهی نیست، البته تبیین نسبت بین اراده شارع و دولت، بدون تعیین کارکردهای چهارگانه دولت (انتخاب موضوع، انتخاب قاعده حقوقی، نظارت و تأسیس) میسر نخواهد بود. دولت به‌عنوان عامل انسانی برخوردار از عقلانیت، متأثر از نیروهای سازنده حقوق و تحولات اجتماعی، نقش بسزایی در فرایند انتقال و تبدیل احکام شرعی مستنبط از منابع به قانون، دارد. همچنین دولت به‌عنوان قدرت مشروع الزام‌آور و با استفاده از ابزار قانون می‌تواند از طریق وضع ضمانت اجراهای مؤثر و کارآمد در صیانت و حفاظت از ارزش‌ها و قواعد حقوقی منبث از اراده شارع و فراهم ساختن زمینه تحقق و اجرای احکام نقش‌آفرین باشد. برای نمونه می‌توان به ورود در حیطه احکام وضعی و تعیین ضمانت اجرای بطلان طلاق یا ازدواج مجددی که بدون اجازه دادگاه واقع می‌شود، در راستای حفظ قداست و جلوگیری از تزلزل خانواده که از مهم‌ترین هنجارهای شارع است، اشاره کرد. گاه تحولات اجتماعی - اقتصادی ایجاب می‌کند دولت دست به ایجاد قاعده حقوقی بزند که در احکام ثابت سابقه‌ای ندارد. اراده دولت در اینجا هم نمی‌تواند و نباید از اراده شارع فراتر رود، بلکه باید در طول آن باشد. در غیر این صورت به عبور و تقابل این دو می‌انجامد، برتری و استعلای نظام ارزشی حقوق دینی را با چالش روبه‌رو ساخته و در نتیجه آن را به نظام‌های حقوق عرفی نزدیک می‌سازد.

## منابع

### الف) فارسی و عربی

۱. آشتیانی، میرزا حسن (۱۴۲۵ق). کتاب الفضا، جلد ۱، قم: زهیر.
۲. امامی، مسعود (۱۳۹۲). پژوهش‌های فقهی در حوزه قانونگذاری، مرکز تحقیقات اسلامی مجلس شورای اسلامی
۳. بحرانی، یوسف (۱۴۰۵)، الحائقی الناظره فی احکام العترة الطاهرة، جلد ۲۴، قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین
۴. حبیبی تبار، جواد (۱۳۹۵الف). «ابعاد حقوقی طلاق توافقی»، روزنامه جمهوری اسلامی، شماره ۱۰۷۷۷، مورخ ۱۳۹۵/۱۰/۱۶.
۵. حبیبی تبار، جواد (۱۳۹۵ب). گام به گام با حقوق خانواده، تهران: میزان.
۶. حلاق، وائل (۱۳۸۸). تاریخ تئوری‌های حقوق اسلامی، ترجمه محمد راسخ، تهران: نی.
۷. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۹۰). ولایت فقیه: ولایت فقاهت و عدالت، قم: اسرا.

۸. حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). *قواعد الاحکام*، جلد ۳، قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.
۹. رفیعی، محمدتقی (۱۳۸۹). «نقد و بررسی ماده ۲۳ لایحه حمایت خانواده مصوب ۸۶»، *مجله مطالعات زن و خانواده*، ش ۴۸، ص ۱۸۲-۱۳۳.
۱۰. رشتی، میرزا حبیب‌الله (۱۴۰۱ق). *کتاب القضا*، جلد ۱، قم: انتشارات دارالقرآن الکریم
۱۱. شریف مرتضی، علی بن حسین (۱۴۱۵ق). *الانتصار فی انفرادات الامامیه*، قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.
۱۲. شهابی، مهدی (۱۳۹۷). *فلسفه حقوق (مبانی نظری تحول نظام حقوقی از حقوق سنتی تا حقوق مدرن)*، قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۱۳. صالح‌پور، جهانگیر (۱۳۷۴). «فرایند عرفی شدن فقه شیعی»، *مجله کیان*، ش ۲۴، ص ۲۳-۱۷.
۱۴. صدر، سید محمدباقر (۱۴۱۷ق). *اقتصادنا*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی شعبه خراسان.
۱۵. صفایی، سید حسین؛ امامی، اسدالله (۱۳۸۴). *مختصر حقوق خانواده*، تهران: میزان.
۱۶. طباطبایی، محمدحسین (۱۳۹۰). *المیزان فی تفسیر القرآن*، جلد ۴، لبنان: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
۱۷. طباطبایی، سید علی (۱۴۱۸ق). *ریاض المسائل*، جلد ۱۱ و ۱۲، قم: مؤسسه آل‌بیت (ع).
۱۸. طباطبایی، جواد (۱۳۹۲). *تأملی درباره ایران*، تهران: مینوی خرد.
۱۹. طالب احمدی، حبیب (۱۳۹۱). «ماهیت حقوقی طلاق خلع»، *مطالعات حقوقی*، ش ۷، ص ۱۱۵-۹۱.
۲۰. غلاسوند، فریبا (۱۳۹۲). «مداخله حکومت اسلامی درباره حقوق خانواده (ظرفیت‌ها و ضرورت‌گاه‌ها)»، *مطالعات راهبردی زنان*، ش ۶۲، ص ۱۰۳-۶۵.
۲۱. علی‌اکبریان، حسنعلی (۱۳۹۲). «فتوی‌ای معیار در قانون‌گذاری»، *فصلنامه تخصصی دین و قانون*، ش ۲، ص ۱۱۶-۹۷.
۲۲. علی‌اکبریان، حسنعلی (۱۳۹۵). «اختیارات حاکم اسلامی در وضع احکام متغیر، با نگاه به احکام زنان از دیدگاه علامه طباطبایی»، *مجله مطالعات جنسیت و خانواده*، ش ۱، ص ۱۳۵-۱۱۷.
۲۳. عاملی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ق). *روضه البیبه فی شرح المعه‌الدمشقیه*، جلد ۵ و ۶، قم: کتابفروشی داوری.
۲۴. عاملی، شمس‌الدین محمد بن مکی (۱۴۱۴ق). *غایه‌المراد فی شرح نکت الارشاد*، جلد ۳، قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۲۵. عبده، محمد (۱۴۱۴ق). *الاعمال الکامله*، تحقیق: محمد عماره، بیروت: الشروق.
۲۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲). *فلسفه حقوق*، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). *حقوق خانواده*، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۸. کرکی، علی بن الحسین (۱۴۱۴ق). *جامع المقاصد*، جلد ۱۳، قم: مؤسسه آل‌بیت (ع).
۲۹. مطهری، مرتضی (۱۳۹۵). *اسلام و نیازهای زمان*، جلد ۲، تهران: صدرا.
۳۰. موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۳۸۹). *صحیفه نور*، جلد ۲۰، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۳۱. موسوی خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵ق). *جامع‌المدارک فی شرح مختصر النافع*، جلد ۴، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۲. مهرپور، حسین (۱۳۷۹). *مباحثی از حقوق زن از منظر حقوق داخلی، مبانی فقهی و موازین بین‌المللی*، تهران: اطلاعات.
۳۳. مهرپور، حسین (۱۳۹۲). «رابطه فقه و قانون در حوزه حقوق اساسی و حقوق خصوصی در نظام جمهوری اسلامی ایران»، *فقه و قانون*، قم: مرکز تحقیقات اسلامی مجلس شورای اسلامی.
۳۴. منتظری، حسینعلی (۱۴۱۵ق). *دراسات فی ولایه‌الفقیه و فقه‌الدوله الاسلامیه*، جلد ۴، تهران: تفکر.
۳۵. نایینی، محمدحسین (۱۳۹۳). *تنبیه‌الامه و تنزیه‌المه*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.
۳۶. نجفی، محمدحسن (۱۳۶۲). *جواهرالکلام*، جلد ۳۱ و ۳۳، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۳۷. نصیرالدین طوسی، محمد بن محمد (۱۴۱۳ق). *اخلاق ناصری*، تهران: علمیه اسلامی.
۳۸. هدایت‌نیا، فرج‌الله (۱۳۸۸). *فلسفه حقوق خانواده نقد و بررسی قوانین خانواده در ایران*، جلد ۳، تهران: شورای فرهنگی-اجتماعی زنان.
۳۹. هدایت‌نیا، فرج‌الله (۱۳۹۲). *عناوین ثانوی و حقوق خانواده*، قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۴۰. یوسفی، احمدعلی (۱۳۸۳). «کشف و اجرای شریعت در روابط اجتماعی»، *مجله قیاسات*، ش ۳۲، ص ۱۸۲-۱۴۷.

**ب) خارجی**

41. Arendt, Hannah (2006). *Condition de l'homme moderne*. Traduit de l'anglais par Georges Fradier. Avec préface de Paul Ricœur. Paris. Pocket. 3<sup>e</sup> édition.
42. Habermas, Jürgen (2003). *L'espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*. Traduit en français par Marc B. de Launay. Paris. Éditions Payot. 6<sup>e</sup> édition.