



مطالعات راهبردی زنان

نشریه‌ی علمی شورای فرهنگی - اجتماعی زنان و خانواده

Women's Strategic Studies

The Quarterly journal of Women and Family Socio

Cultural Council

Print ISSN: 2008-2827

Online ISSN: 2538-404X

—:~:~:~: صاحب امتیاز: شورای فرهنگی اجتماعی زنان و خانواده ~:~:~:—

☆ مدیر مسئول: کبری خزعلی

☆ سر دبیر: محمدجواد جاوید

☆ معاون سردبیر و مدیر اجرایی: شهربانو پاپی نژاد

ویراستار: سیده فاطمه محبی

صفحه آرا: طاهره توکلی

حروف نگار: فرنگیس رئیس میرزایی جمکرانی

ناشر: روابط عمومی شورای فرهنگی - اجتماعی زنان و خانواده

www.jwss.ir

ketabezanan@gmail.com

www.shorayezanan.ir

info@shorayezanan.ir

آدرس: تهران، خیابان انقلاب اسلامی، خیابان فلسطین شمالی، شماره ۳۰۹،
دبیرخانه شورای عالی انقلاب فرهنگی، شورای فرهنگی - اجتماعی زنان و خانواده
کد پستی ۱۵۸۳۹۱۷۶۵۴ صندوق پستی: ۱۴۱۸۵/۶۱۸
تلفن: ۶۶۴۶۸۲۷۱-۵

چاپ زیتون

آدرس چاپخانه: قم، خیابان امام خمینی، خیابان شهید زین الدین،

چهل و پنج متری مدرس، سینای جنوبی

تلفن: ۶۶۶۲۰۵

❖ فصلنامه «مطالعات راهبردی زنان» (کتاب زنان سابق) براساس نامه شماره ۳/۴۴۱۱ مورخ ۸۷/۶/۵ از کمیسیون نشریات علمی کشور، وزارت علوم، تحقیقات و فناوری درجه علمی - پژوهشی دریافت نموده است.

❖ حق رد یا قبول و ویراستاری مقالات برای فصلنامه محفوظ است.

❖ استفاده از مطالب فصلنامه با ذکر مأخذ مجاز می باشد.

❖ مقالات منتشره لزوماً بیان کننده دیدگاه های شورای فرهنگی - اجتماعی زنان و خانواده نیست.

❖ این نشریه در پایگاه استنادی علوم جهان اسلام به نشانی www.isc.gov.ir، بانک اطلاعات نشریات کشور به نشانی www.magiran.com، پایگاه مجلات تخصصی نور به نشانی www.noormags.com و پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی به نشانی www.SID.ir نمایه می شود.

✦ هیئت تحریریه

سوسن آل رسول

(استاد دانشگاه آزاد اسلامی)

علی اکبر ایزدی فر

(استاد دانشگاه مازندران)

شهلا باقری میاب

(دانشیار دانشگاه خوارزمی)

اسماعیل بلالی

(دانشیار دانشگاه بوعلی سینا)

محمد حسین پناهی

(استاد دانشگاه علامه طباطبایی)

احمد حاجی ده آبادی

(دانشیار دانشگاه تهران)

فریبا حاجعلی

(دانشیار دانشگاه الزهراء)

محمد سعید ذکایی

(استاد دانشگاه علامه طباطبایی)

عبدالحسین شیروی خوزانی

(استاد دانشگاه تهران)

سعیدرضا عاملی رنانی

(استاد دانشگاه تهران)

محمد رحیم عیوضی

(استاد دانشگاه شاهد)

محمد باقر علیزاده اقدام

(استاد دانشگاه تبریز)

فتحیه فتاحی زاده

(استاد دانشگاه الزهراء)

محمد تقی کریمی قهی

(دانشیار دانشگاه علامه طباطبایی)

مجید معارف

(استاد دانشگاه تهران)

- هدف مقالات فصلنامه واکاوی مسائل، مطالبات، شبهات و مشکلات در حوزه مسائل زنان به منظور ارائه پاسخ و راهکار است.
- مقالات ناظر به یافته‌های جدید پژوهشی، نظریه یا روش جدید در حل مسائل (اعم از پژوهش‌های بنیادی، کاربردی و...) باشد.
- مقالات قبلاً در نشریه یا مجموعه مقالات سمینارها چاپ نشده یا در دست بررسی و چاپ نباشد.
- مقاله در قالب حداکثر ۷ هزار کلمه و در محیط word تنظیم شده باشد.
- چکیده فارسی، انگلیسی و عربی حداکثر در ۱۸۰ کلمه و شامل موضوع مقاله، روش تحقیق و مهمترین نتایج همراه با واژگان کلیدی (۸-۵ کلمه) تنظیم شود.
- معادل لاتین اسامی، مفاهیم و اصطلاحات مهم در پانوشت هر صفحه درج شود.
- ویراستاری مقالات به عهده‌ی مؤلف بوده و لازم است به جدیدترین روش، ویراستاری شود.
- برای ارجاع به منابع در داخل متن به صورت (نام مؤلف، سال انتشار: شماره صفحه) عمل شود.
- فهرست منابع در آخر مقاله برحسب حروف الفبایی نام خانوادگی نویسنده به صورت ذیل تنظیم شود:
- کتاب: نام خانوادگی، نام، (سال انتشار). عنوان کتاب (با قلم ایتالیک)، نام و نام خانوادگی مترجم، محل نشر: ناشر.
- مقاله: نام خانوادگی، نام، (سال). «عنوان مقاله»، نام نشریه (با قلم ایتالیک)، شماره مجله.
- پایان‌نامه: نام خانوادگی، نام، (سال)، عنوان پایان‌نامه (مقطع پایان‌نامه و رشته تحصیلی)، به راهنمایی (نام استاد راهنما)، شهر، نام دانشگاه، نام دانشکده.
- منابع اینترنتی: نام خانوادگی، نام، (سال). «عنوان». نشانی کامل سایت.
- چاپ مقاله در فصلنامه منوط به تأیید داوران بوده و فصلنامه در ویرایش مطالب آزاد است.

فهرست مطالب

- ۷ ✧ درمان ناباروری با استفاده از سلول‌های بنیادی زنان؛ پردازش فقهی
حمید ستوده، سید عبدالحسین موسوی نیا
- ۲۷ ✧ قلمرو و مبانی جرم اهمال در حضانت در نظم حقوق کیفری ایران
داوود سیفی قره‌یتاق، قاسم اسلامی نیا
- ۶۱ ✧ واکاوی ابعاد فقهی، شرعی و پزشکی سقط جنین درمانی
اسماء هلیسائی، محمد اسحاقی، سید محمد حسینی
- ۸۳ ✧ ارزیابی استحقاق زوجه به نفقه و کیفر ترک نفقه در فرض عدم تمکین مجاز
احسان شهسوار، رضا حق پناه، محمد امامی
- ۱۱۱ ✧ عدالت جنسیتی و گفتمان عدم تغییر در احکام فقهی زنان
مهدی شجریان
- ۱۳۳ ✧ مطالعه تطبیقی حق بر شیردهی و تغذیه با شیر مادر
سید مهدی کاظمی، زهرا مشایخی
- ۱۵۷ ✧ ارزیابی انگاره‌ی تراحم قوامیت مرد با کرامت اخلاقی زن
محمد مهدی ولی‌زاده

درمان ناباروری با استفاده از سلول‌های بنیادی زنان؛ پردازش فقهی

حمید ستوده*، سید عبدالحسین موسوی نیا**

چکیده

امروزه با گسترش دانش و فن‌آوری‌های نوین پزشکی، چالش‌های بسیاری فراروی فقه قرار گرفته است. یکی از این نوع مسائل، استفاده از سلول‌های بنیادی بافت تخمدانی برای استحصال تخمک ژنتیکی از زنان نازا جهت باروری پزشکی است. سلول‌های بنیادی، سلول‌های اولیه و مادر همه سلول‌ها هستند که توانایی تبدیل شدن به تمام یاخته‌های بدن را دارند و می‌توانند در ترمیم بافت‌های مختلف و جایگزین شدن با سلول‌های آسیب‌دیده مؤثر باشند. با کشت سلول‌های بنیادی که در یک بافت تخمدانی وجود دارد، می‌توان به تخمک بالغ رسید و با استفاده از تکنیک IVF می‌توان برای درمان ناباروری به افرادی که ذخیره تخمک آن‌ها پایین آمده، کمک نمود. در این پژوهش، از منظر فقهی و با روش تحلیلی و اجتهادی به بررسی استفاده از این سلول‌ها، برای استحصال تخمک ساختگی از بافت تخمدانی و دلایل شرعی آن پرداخته می‌شود. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد با توجه به ضعف بودن دلالت ادله‌ای که بر حرمت استفاده از سلول‌های بنیادی اقامه شده، می‌توان به جواز این عمل با وجود برخی شرایط، حکم نمود و حتی این روش، نسبت به برخی روش‌های دیگر درمانی همانند اهدای گامت و جنین از اجنبی، که از نظر نسب و فروعات آن، مورد تأمل و چالش است، از اولویت بیشتری برخوردار خواهد بود.

واژگان کلیدی

درمان ناباروری، سلول‌های بنیادی، تکنیک کمک باروری (IVF)، حکم فقهی، فناوری نوین پزشکی، تخمک

*. استادیار گروه معارف اسلامی، دانشگاه علوم پزشکی ایران، تهران، ایران (نویسنده‌ی مسئول) (sotudeh.h@iums.ac.ir)

** دانش آموخته سطح ۴ حوزه علمیه قم و پژوهشگر مرکز فقهی ائمه اطهار (ع) قم، ایران (mosavih899@gmail.com)

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۲۰

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۸

۱- مقدمه و بیان مسئله

یکی از موضوعات مهم در رابطه با مسائل پزشکی در فقه معاصر، استفاده از روش‌های نوین ژنتیکی در بهبود ناباروری است و با توجه به رشد فن آوری‌های نوین، افق‌های گسترده‌ای در حوزه سلول‌های بنیادی^۱ گشوده شده است. سلول‌های بنیادی، سلول‌های اولیه و مادر تمام سلول‌ها دیگر می‌باشند که توانایی تبدیل به سایر سلول‌های بدن را دارند و می‌توانند در ترمیم بافت‌های مختلف بدن یا جایگزین شدن با سلول‌های آسیب‌دیده مؤثر باشند. این سلول‌ها، شامل سلول‌های همه توان،^۲ پرتوان،^۳ چند توان^۴ و تک توان^۵ می‌باشند و به دو قسم جنینی^۶ و بالغ^۷ تقسیم می‌شوند (گلدوزیان و پورابراهیم، ۱۳۹۷: ۴۷-۴۶).

با کشت سلول‌های بنیادی موجود در یک بافت تخمدانی، می‌توان به تخمک بالغ رسید و با استفاده از تکنیک IVF^۸ در درمان ناباروری به افرادی با ذخیره تخمک پایین، کمک نمود (Takahashi Yamanaka, 2006:11).

تکنیک IVF^۹ با سابقه‌ترین روش کمک باروری (ART) است. در این تکنیک، در ابتدا تخمدان‌ها تحریک می‌شوند و پس از تخمک‌گذاری، تخمک‌ها و اسپرم در آزمایشگاه دریافت می‌شوند و پس از لقاح در خارج از رحم و تشکیل جنین در محیط آزمایشگاه، جنین به داخل رحم منتقل می‌شود. بنابراین تکنیک IVF همان لقاح در خارج از بدن است که سلول‌های تخمک در زن القا شده و پس از به دست آمدن تعداد مناسبی تخمک بالغ شده، با اسپرم مناسب بارور شده و یک یا چند سلول تخم به دست می‌آید و پس از چند مرحله تقسیم سلولی «۸ سلولی» یا «جنین ۵ روزه»، در رحم قرار داده می‌شود تا رشد جنین به نحو طبیعی ادامه پیدا نماید. البته در صورتی که تلقیح اسپرم مناسب، به داخل تخمک توسط میکرواینجکشن انجام شود، این تکنیک، تزریق داخل سیتوپلاسمی اسپرم،^{۱۰} نامیده و به اختصار ایکسی (ICSI) گفته می‌شود (رودسری و دیگران، ۱۳۸۸: ۴۳). سلول‌های بنیادی پرتوان را می‌توان مستقیماً تولید کرد و نوع جنینی (ES) این توانایی

1. Stem cell
2. Totipotent
3. Pluripotent
4. Multipotent
5. Unipotent
6. Embryonic Stem Cell
7. Adult Stemcell

۸. لقاح خارج رحمی

9. In vitro fertilization
10. Intracytoplasmic sperm injection

را دارد که برای درمان بسیاری از بیماری‌ها استفاده شود؛ همچنان که محتویات هسته‌ای آن‌ها می‌تواند به تخمک تبدیل شود (Takahashi, Yamanaka, 2006, p663).

استفاده از سلول‌های بنیادی بافت تخمدانی برای استحصال تخمک ژنتیکی از زنان نازا و به خصوص دست‌یابی به تخمک بالغ از طریق سلول‌های بنیادی، به عنوان جهشی عظیم در عرصه درمان ناباروری به ویژه برای درمان ناباروری زنان حائز اهمیت است (Khangpang, 2021: 366). نوشتار حاضر با روش استنباطی، به واکاوی حکم فقهی باروری زن با استفاده از سلول‌های بنیادی می‌پردازد و به این پرسش پاسخ می‌دهد که آیا استفاده از سلول‌های بنیادی برای استحصال تخمک ساختگی از بافت تخمدانی جایز است؟

در این نوشتار شرایطی مدنظر است که سلول بنیادی، متعلق به زن (همسر) است و اسپرم شوهر با تخمک استحصال شده از طریق سلول‌های بنیادی، لقاح خارج رحمی شده و با تکنیک IVF، جنین به رحم زن (همسر) منتقل می‌شود.

در بررسی ابتدایی به نظر می‌رسد این عمل از نظر شرع، منعی ندارد، زیرا حرمت لمس و نظر به نامحرم، مطرح نمی‌باشد و فرض بر این است که زن و شوهر در تلقیح مصنوعی عهده‌دار این امر می‌شوند. اما در سایر موارد نیز در فرض اضطرار یا ضرورت، لمس و نظر به نامحرم انجام می‌شود و در هر صورت، مشروعیت این عمل، نیازمند مذاقه در آیات مربوط به حفظ فرج و احکام آن است. احکام حفظ فرج اغلب به طور ضمنی و در ابواب فقهی مانند نکاح مورد بحث قرار گرفته است، مانند «کتاب النکاح» از آیت‌الله شبیری زنجانی (شبیری زنجانی؛ ۱۴۱۹، ج ۱: ۲۲۳). هر چند در زمینه استفاده از سلول‌های بنیادی مقالات متعددی (جاور و موسوی واعظ، ۱۴۰۰: ۵-۱؛ لاریجانی و زاهدی؛ ۱۳۸۳: ۱۰۴-۳۹؛ رضایی و همکاران، ۱۳۹۶: ۹۶-۷۸) به رشته تحریر درآمده، لیکن بیشتر مقالات، فاقد رویکرد فقهی به این مسئله بوده است. هر چند در یک مطالعه فقهی (طباطبایی و شاهرخی شاهرخ‌آبادی، ۱۳۹۷: ۸۹-۷۷) استفاده از سلول‌های بنیادی بند ناف بررسی شده، اما مسئله استحصال تخمک از سلول‌های بنیادی در این نوشتار مطرح نشده است، لذا انجام یک پژوهش مستقل فقهی در خصوص درمان ناباروری با استفاده از سلول‌های بنیادی زنان ضروری است. از سوی دیگر به جهت مسئله کاهش جمعیت، امروزه در کشور و به خصوص در سطح وزارت بهداشت به ساماندهی روش‌های درمان ناباروری مطابق ماده ۴۲ قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت (مصوب ۱۴۰۱) توجه شده و از این رو، طرح این موضوع پژوهشی حائز اهمیت است. در این پژوهش جهت تبیین فقهی مسئله فوق‌الذکر، ادله حرمت و سپس ادله جواز استفاده از سلول‌های بنیادی بررسی خواهد شد.

۲- نقد و بررسی دلایل حرمت استفاده از سلول‌های بنیادی

به‌طور کلی در بررسی شبهات بدویه تحریمیه، اصل اولی، اباحه و برائت است، لیکن چنانچه ظهور ادله‌ای بر حرمت عمل دلالت کند، قهراً حرمت بر اباحه مقدم خواهد بود. در ادامه موضوع حرمت عمل مذکور با استناد به برخی اصول از نظر فقهی بررسی شده است:

۲-۱- اصل احتیاط در فروج

هرچند در شبهات بدویه تحریمیه، اصل اولی بر اباحه است، ولی در امور مربوط به فروج و نکاح، اصل اولی، بر احتیاط است. علامه حلی (ره) در این خصوص می‌گوید: «و الفروج تجب الاحتیاط فیها» (حلی، ۱۳۸۸: ۵۹۷). برای این ادعا، می‌توان به چهار روایت تمسک نمود که در آن‌ها حکم به «احتیاط وجوبی» شده است.

اولین روایت صحیحه شعیب بن حداد^۱ است که نقل می‌کند به امام صادق (ع) گفتم: مردی از دوستداران شما، به شما سلام می‌رساند، او اراده نموده که با زنی ازدواج نماید، که موافقت او را جلب نموده و برخی از امور آن زن، مایه شگفتی او شده و برای این زن، زوجی بوده که بر خلاف سنت او را طلاق داده است (او را سه طلاقه کرده است) از این رو، این دوستدار شما، رضایت نداده تا برای ازدواج با آن زن، پیش قدم شود، مگر بعد از این که از شما کسب تکلیف نماید، آیا شما به او اجازه می‌دهید؟ امام صادق (ع) فرمود: این، بحث فرج است و مسئله فرج اهمیت زیادی دارد و از آن است که فرزند به وجود می‌آید. ما اهل بیت، در این مسئله احتیاط می‌کنیم. بنابراین با آن زن ازدواج نکند.

امام (ع) در این روایت می‌فرماید: «موضوع فرج زنان خطیر است و باید احتیاط نمود و نباید با آن زن ازدواج کرد». از نظر سندی، همه راویان این روایت یعنی: احمد بن محمد بن عیسی الاشعری (طوسی، ۱۴۲۷: ۳۵۱)، حسین بن سعید (الاهوازی) (همان: ۱۵۰)، سعید بن النضر (الصیرفی) (همان، ۱۴۲۷: ۳۴۵) محمد بن ابی حمزه (کشی، ۱۴۹۰: ۲۰۳) و شعیب بن حداد (نجاشی، ۱۴۰۴: ۱۹۵)، توثیق شده‌اند.

از منظر دلالت این روایت نیز هرچند که بدواً چنین می‌نماید که روایت اطلاق دارد و شامل هرگونه تصرفی در امر فرج می‌شود؛ ولی به نظر می‌رسد که دلالت آن بر موضوع بحث، محل تأمل است، یعنی روایت در مقام بیان یک حکم ارشادی است؛ ارشاد به اینکه چون بحث بر سر

۱. قال: قلت لأبي عبد الله - عليه السلام - رجل من موالیک یقرنک السلام و قد أراد أن یتزوج امرأة و قد وافقته و أعجبه بعض شأنها و قد کان لها زوج فطلقها علی غیر السنّة و قد کره أن یقدم علی تزویجها حتی یستأمرک فتکون أنت تأمره؟ فقال أبو عبد الله - عليه السلام - «هو الفرج و أمر الفرج شدید و منه یکون الولد و نحن نحتاط فلا یتزوجها» (کلبینی، ۱۴۰۷، ج ۵: ۲۲۴).

فرزند و نسل است، شایسته می‌نماید در این امر احتیاط شود؛ زیرا موضوع بحث یعنی طلاق در این روایت یا باطل است، و محل احتیاط نیست و یا طبق نظر اهل سنت صحیح است که در این صورت نیز جایی برای احتیاط نیست. از این‌رو، دلیلی بر دلالت بر حرمت نسبت به استحصال تخمک از بافت تخمدانی نخواهد بود.

روایت دوم از صحیح‌ه علاء بن سیبیه است (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶: ۲۱۴). امام (ع) در این حدیث می‌فرماید: «ان النکاح أحرى أن یحتاط فیه و هو فرج و منه یکون الولد» یعنی سزاوارتر است که در نکاح احتیاط شود و آن بحث فرج است و ولد از آن است. از این تعبیر می‌توان، وجوب شرعی احتیاط را دریافت. روایت از جهت نقل «من لا یحضر» صحیح‌ه است (قمی، ۱۴۱۳، ج ۳: ۸۴ و ۸۵). اما از جهت دلالتی مانند روایت قبل، محل اشکال است؛ زیرا کلمه «أحرى»، ظهور در احتیاط وجوبی ندارد و باید بر ارشادی بودن حمل شود (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۸: ۴۲). بنابراین دلیل فوق؛ مانعی برای درمان ناباروری با روش‌های نوین از جمله درمان از طریق سلول‌های بنیادی نخواهد بود. روایت دیگر صحیح‌ه ابی بصیر اسدی^۱ است.

ابی بصیر گوید: «از ابا جعفر (ع) سؤال نمودم از مردی که زنی را به تزویج خویش در آورده و سپس آن زن گفته است: من باردارم و من خواهر رضاعی تو هستم و هنوز عده‌ام به پایان نرسیده است. امام فرمود: اگر مرد با زن مواجهه نموده، نباید او را تصدیق کند و اگر هنوز دخول نکرده و آمیزش نکرده است، اگر از قبل نسبت به او شناخت نداشته است، باید تحقیق و سؤال نماید.» این روایت در مورد مردی است که با زنی ازدواج نموده، سپس زن ادعای بارداری می‌کند یا ادعا می‌کند که خواهر رضاعی آن مرد است، امام (ع) در فرضی که مواجهه رخ داده است، حکم به عدم تصدیق زن می‌کند، اما در فرضی که با آن زن نزدیکی نشده است، امام (ع) حکم به احتیاط نموده است؛ بنابراین در فرض عدم دخول، حکم به اختیار شده است و به برائت حکم نشده است، پس روایت بر وجوب احتیاط در موارد شک در جواز نکاح دلالت دارد و از این حکم می‌توان به سایر موارد مربوط به فروج تعدی نمود. در نتیجه، اصل بر امور مربوط به فروج بر وجوب احتیاط است (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۸: ۴۶)؛ لکن اثبات این ادعا مشکل است، چون این سؤال مطرح است که چه فرقی بین قبل و بعد مواجهه است؛ بنابراین می‌توان این مطلب را قرینه‌ای بر ارشادی بودن حکم به احتیاط دانست. همچنین حکم به اختیار، قرینه دیگری بر ارشادی بودن این روایت است

۱. محمد بن علی بن محبوب عن احمد بن محمد عن الحسن بن محبوب عن هشام بن سالم عن أبي بصير قال سألت أبا جعفر عن رجل تزوج امرأة فقالت انا حلی و انا اختک من الرضاعة و انا علی غیر عده قال فقال ان کان دخل بها و واقعها لم یصدقها و ان کان لم یدخل بها و لم یواقعها فلیتحر و لیسال اذا لم یکن عرفها قبل ذلک (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵: ۵۶۱)

(فاضل لنکرانی، ۱۳۷۸: ۴۸). بنابراین اگرچه تمام راویان این روایت یعنی محمد بن علی بن محبوب (نجاشی، ۱۴۰۴: ۳۴۹) و احمد بن محمد (طوسی، ۱۴۲۷: ۳۵۱) و حسن بن محبوب (همان: ۳۳۴) و هشام بن سالم (نجاشی، ۱۴۰۴: ۴۳۴) و ابی بصیر (همان: ۴۴۱) توثیق شده‌اند، اما دو قرینه مذکور، دلالت این روایت را ناتمام می‌گذارد.^۱

روایت چهارم از مسعده بن زیاد است که از جهت سندی، صحیحه محسوب می‌شود، چون همه افراد سند یعنی: محمد بن احمد بن یحیی بن عمران الاشعری (طوسی، بی تا: ۴۱۰) و هارون بن مسلم (سعدان) (نجاشی، ۱۴۰۴: ۴۳۸) و مسعده بن زیاد (همان: ۴۱۵) توثیق شده‌اند. در این روایت به این حکم شده که در شبهه، «جماع نکنید» و یا در نکاح بر شبهه «جمع نشوید» و سپس امام جعفر صادق (ع) از ازدواج در شبهه در فرض شک به خواهر رضاعی بودن، نهی و حکم به احتیاط می‌کند. امر، در این روایت، ظهور در وجوب احتیاط دارد (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷: ۴۷۴). کلمه «شبهه» عام و شامل تمام شبهات حکمیه و موضوعیه می‌شود، پس در امور مربوط به نکاح، حکم به احتیاط وجوبی شده است (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۸: ۵۱).

ولی باید دقت کرد که در این روایت نیز قرینه وجود دارد که مراد، احتیاط وجوبی نیست، زیرا لفظ «خیر» ظهور در وجوب ندارد. همچنین عبارت «وقفوا عند الشبهة» در نسخه‌های فعلی تهذیب وجود ندارد و در نتیجه موجب اجمال در بیان روایت می‌شود (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۸: ۵۲). بنابراین، با عنایت به عدم تمامیت این روایات و همچنین توجه به روایات دیگری که در آنها حکم به احتیاط نشده است (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۲: ۷۶) می‌توان بیان نمود: اصل احتیاط در فروج فاقد دلیل است، بنابراین در بحث باروری با سلول‌های بنیادی، اصل بر برائت و اباحه است. در نهایت، اگر فرض تمامیت ادله احتیاط هم تمام باشد لیکن با توجه به جنبه درمانی استفاده از سلول‌های بنیادی و به خصوص با عنایت به اینکه این سلول‌ها از خود زن گرفته می‌شود و شبهه اختلال در نسب وجود ندارد، می‌توان ادله احتیاط را منصرف از موضوع بحث دانست.

۲-۲- حرمت دگرگونی در خلقت الهی

دلیل دیگری که ممکن است در ممنوعیت باروری زن با سلول‌های بنیادی مورد استناد قرار بگیرد، تغییر در خلقت الهی و غیرمجاز بودن آن است؛ خلاصه این استدلال آن است که با

۱. یعنی با توجه به این دو قرینه که اولاً فرقی بین قبل و بعد از واقعه وجود ندارد و ثانیاً، امام (ع) نیز در صورتی که فرد، آن زن را از قبل نمی‌شناخته، حکم به اختیار کرده‌اند و در نتیجه ادعای زن تصدیق نشده، نشان از ارشادی بودن حکم به احتیاط است.

استناد به آیه ۱۱۹ سوره مبارکه نساء و آیه ۱۶۹ سوره مبارکه بقره، می‌توان باروری زن با تخمک‌ساختگی و مستحصل از سلول‌های بنیادی را از مصادیق اوامر شیطانی دانست.

توضیح این دلیل آن است که در آیه ۱۱۹ سوره نساء، در مورد شیطان مطرح شده است: «خداوند شیطان را از درگاه رحمت خود به دلیل مجادله با خدا دور کرده است و شیطان گفت: من از بندگان تو، قسمتی را زیر بار طاعت خود خواهم کشید، سخت گمراهشان کنم و به آرزوهای باطل و دور و دراز درافکنم و به آن‌ها دستور دهم تا گوش حیوانات را ببرند و امر کنم تا خلقت خدا را تغییر دهند. ای بندگان بدانید هر کس شیطان را دوست گیرد و نه خدا را، سخت زیان کرده، زبانی که آشکار است».

مطابق تفسیر این آیه شریفه، شیطان ضمن گمراهی و ایجاد آروزها، به تغییر در خلقت و آفرینش الهی فرمان می‌دهد. لذا تغییر در مخلوقات خداوند، کاری ناپسند، عمل و خواسته شیطان و افساد پس از اصلاح است و اقدام به آن، نشانه پیروی از شیطان به شمار می‌رود. یکی از مصادیق این تغییر در آیه شریفه، شکافتن گوش دام‌ها بیان شده که از رسوم عرب جاهلی بوده است که از طریق آن گوش دام را بر خود حرام می‌کردند؛ از سوی دیگر با توجه به آیه ۱۶۹ سوره بقره: «شیطان شما را فقط به بدی و زشتی فرمان می‌دهد و شما را وادار می‌دارد تا بر خدا چیزی را که نمی‌دانید، بربندید». روشن می‌شود که شیطان تنها به حرام امر می‌کند.

بنابراین، طبق آیه ۱۱۹ سوره نساء، شیطان به تغییر در مخلوقات امر می‌کند و طبق آیه دوم، شیطان جز به اموری که شرعاً مجاز نیست، امر نمی‌کند. بر اساس دو مقدمه فوق و به انضمام آیه ۳۰ از سوره روم که فرموده است: «لا تبدل لخلق الله»، نوعی محدودیت برای تصرفات انسان در عالم تکوین مطرح است؛ به طوری که تغییر و تبدیل در خلقت الهی، ممنوع است؛ و به بیان دیگر، هر چیزی که انسان را از مسیر اصلی و طبیعی خود خارج کند، مشمول تغییر در خلقت است و انجام آن، عملی حرامی خواهد بود. از این رو، برخی به اصالت حرمت تغییر، مگر در موارد ترخیص مانند ختان، تقلیم اظفار (ناخن گرفتن) و ... اعتقاد دارند (طبسی، بی‌تا: ۳۱)؛ طبری نیز در تفسیر خود، اخته کردن چارپایان، خال کوبی، مثله کردن و برخی امور دیگر را از مصادیق تغییر در خلقت خداوند و مورد نهی دانسته است (طبری، بی‌تا: ۹: ۲۱۵).

۱. «و لا ضلنهم و لا منینهم و لا مرئهم فلیتکن آذان الانعام و لا مرئهم فلیغیرن خلق الله و من یتخذ الشیطان ولیاً من دون الله فقد خسر خسراناً مبیناً»
۲. «إنما یأمرکم بالسوء و الفحشاء و ان تقولوا علی الله ما لا تعلمون»

بنابراین، با توجه به نمونه‌های فوق که به‌عنوان مصداقی از تغییر در ظاهر مخلوقات آمده است، انتقال مسیر خلقت از لقاح طبیعی به باروری مصنوعی به‌طریق‌اولی، مصداق تغییر سنت الهی و بلکه تغییر در اصل شیوه خلقت به حساب می‌آید و لذا، از نظر شرعی، استفاده از سلول‌های بنیادی در باروری زن، مشمول اطلاق این آیات شریفه بوده و عملی غیرمجاز است؛ به‌عبارت‌دیگر، جایگزینی تخمک مصنوعی و ساخته‌شده از بافت تخمدانی، به‌جای استفاده از تخمک واقعی، موجب خارج نمودن مسیر خلقت از روند طبیعی و در واقع سبب تغییر در خلقت الهی است؛ ولی همان‌طور که بیان خواهد شد باید گفت زمانی که این امر رواج یافته و رویه متداول شود، نهی شده است و امر شیطانی شمرده می‌شود ولی در موارد محدود و اضطراری نمی‌تواند چنین تلقی شود.

۲-۲-۱- نقد و بررسی حرمت دگرگونی در خلقت الهی

همان‌طور که اشاره شد به نظر می‌رسد این استدلال صحیح نیست؛ زیرا آیه اول در مقام سرزنش آن چیزی است که مشرکان می‌خوانند و درصدد بیان دشمنی شیطان و سرکشی اوست که منجر به شرک و نشر بدعت‌های حرام می‌شود. وانگهی، اگر هرگونه تغییر و تصرف در طبیعت را عمل شیطانی و حرام بدانیم ناگزیر باید نسبت به بسیاری از دستاوردهای علمی بشری بی تفاوت باشیم و اختراعات و اکتشافات سودمند را نادیده بگیریم؛ چرا که در بیشتر موارد، بهره‌وری از مخلوقات، با تغییر و تبدیل‌های فراوانی همراه است و استفاده از این پدیده‌ها بدون ایجاد تغییرات در آن‌ها دشوار است؛ و این توجیه که موارد مذکور را جزء مخصصات یا مرخصات حکم حرمت بدانیم، مصداق روشنی از تخصیص اکثر قبیح است که شأن شارع مقدس و حکیم نیست.

در بیان دیگر، اگر آیه شریفه را دلیل بر تحریم تغییر بدانیم و بخواهیم به اطلاق آن عمل کنیم با توجه به اینکه این دلیل (تغییر خلقت) شامل همه مخلوقات می‌شود و دلیلی بر اختصاص آن به انسان نیست، باید هرگونه دستکاری و تغییری را در هستی، حرام بدانیم؛ درحالی‌که حرمت آن، سبب ایجاد عسر و حرج در زندگی مردم خواهد بود و هیچ فقیهی به این نتیجه ملتزم نیست. پس اگر بگوییم این موارد از عموم حکم حرمت تغییر، استثنا شده است، لازمه آن، تخصیص اکثر و مستهجن خواهد بود.

بنابراین، استلزام تخصیص اکثر، خود نشانگر آن است که این ادله عام و مطلق، از روز نخست و زمان صدور، همراه قرائنی بوده است که دارای چنان عمومیت و اطلاقی نبوده و چنان استهجانی را به دنبال نداشته است؛ به ویژه آنکه تصرف معقول و متعارف در طبیعت، با دلالت آیاتی که نشان از مقام خلیفه بودن انسان در روی زمین دارد، سازگار است؛ زیرا به اقتضای برخی از آیات

قرآنی، انسان، اشرف مخلوقات است و آفریده‌های هستی در تسخیر و سیطره او نهاده شده‌اند؛ (بقره: ۲۹) تسخیر طبیعت نیز دارای مراتبی است که یکی از آن مراتب، گزینش علتی از علل در فرآیند مداخلات ژنتیکی است.

در نتیجه، به نظر می‌رسد آیه مورد بحث، ناظر به این امور نیست؛ بلکه در صدد بیان حرمت تغییرات ناشی از گمراه کردن شیطان است که منجر به امور خلاف فطرت توحیدی از قبیل شرک و بدعت‌های حرام و نوعی معارضه و رویارویی فعل شیطان با جریان خلقت است.

از این رو، شاید اشاره آیه شریفه «و لأمرنهم فلیغیرن خلق الله» (نساء: ۱۱۹-۱۱۸). به این نکته باشد که خداوند در نهاد اولی انسان، یکتاپرستی و صفات پسندیده را قرار داده است؛ ولی وسوسه‌های شیطانی و هوی و هوس‌ها، انسان را از این مسیر صحیح منحرف می‌سازد و او را به بیراهه‌ها می‌کشاند. شاهد این سخن همان آیه ۳۰ سوره از روم است که خداوند متعال می‌فرماید: «روی خود را متوجه آئین خالص توحید کن، همان سرشتی که خداوند از آغاز، مردم را بر آن قرار داده و این آفرینشی است که نباید تبدیل گردد. این است «دین صاف و مستقیم» یعنی خداوند متعال، فطرت و سرشت انسان را از روز ازل و در عالم ذر، بر اساس ایمان به ربوبیت خودش آفریده است و نباید تبدیل و تغییر یابد؛ پس هر کسی که کفر بورزد و غیر از خداوند، مانند خورشید و ماه را عبادت کند، فطرت الهی را که خداوند انسان را آن‌گونه آفریده، تغییر داده است. شیخ طوسی در التبیان می‌نویسد:

و قوله تعالی: و لامرهم فلیغیرن خلق الله ... و أقوى الأقوال من قال: «فلیغیرن خلق الله» به معنی دین الله بدلاله قوله: «فطرت الله التي فطر الناس عليها لا تبدیل لخلق الله ذلك الدین القیم»؛ (طوسی، بی‌تا، ج ۳: ۳۳۴).

قوی‌ترین دیدگاه در میان همه این اقوال، سخنی است که مراد از خلق الله را به قرینه قول خداوند که در آیه ۳۰ سوره روم، فطرت الله فرموده، همان دین الهی می‌داند.

در تفسیر عیاشی به نقل از امام صادق (ع) روایت شده است که آن حضرت فرمود: «فلیغیرن خلق الله»، یعنی تغییر فرمان الهی، به آنچه فرمان داده است (عیاشی، ۱۳۸۰، ج ۱: ۲۷۶). طبرسی نیز در تفسیر آیه شریفه قمی «فلیغیرن خلق الله» همین روایت را از امام صادق (ع) نقل کرده است (طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۳: ۱۷۳). علی بن ابراهیم نیز در تفسیر قمی می‌نویسد: «تغییر خلق خدا یعنی تغییر امر خدا» (قمی، ۱۳۶۳، ج ۱: ۱۵۳).

علامه طباطبائی در تفسیر شریف المیزان، آیه ۳۰ سوره روم را تفسیر آیه ۱۱۹ سوره نساء دانسته (طباطبائی، ۱۴۲۵، ج ۵: ۸۵-۸۴) و فرموده: در این آیه شریفه از شیطان حکایت شده که گفته است من انسان‌ها را با سرگرم کردنشان به پرستش غیر خدا و ارتکاب گناهان، گمراه خواهم کرد و آنان را با اشتغال به آمل و آرزوهایی که از اشتغال به امور مهم زندگیشان باز بدارد، فریب می‌دهم تا آنچه را که برایشان مهم و حیاتی است به خاطر آنچه موهوم و خالی از واقعیت است، رها کنند و دستورشان می‌دهم که گوش چهار پایان خود را بشکافند و (با این‌گونه عقاید خرافی و موهوم) حلال خدا را بر خود حرام سازند و نیز دستورشان می‌دهم که خلقت خدا را تغییر دهند و مثلاً مردان را که مرد خلق شده‌اند و استعداد زن گرفتن دارند اخته نموده و این استعداد را در آن‌ها بکشند یا مانند انواع مثله - بریدن اعضاء- را باب کنند یا مردان با یکدیگر لواط و زنان با یکدیگر مساحقه کنند؛ و بعید نیست که مراد خدای تعالی از واژه تغییر خلقت، خروج از حکم فطرت و ترک دین حنیف باشد آن دینی که خدای تعالی درباره‌اش فرمود: «فاقم وجهک للدين حنیفا فطرت الله التي فطر الناس علیها لا تبدیل لخلق الله ذلک الدین القیم» (روم: ۳۰). مراعی، نیز در کتاب ارزشمند العناوین الفقهیه همین معنا را برای تغییر در خلقت ذکر کرده و آن را به معنای تغییر دین الهی دانسته است. او چنین می‌گوید: «قوله تعالی «فطرت الله التي فطر الناس علیها» مع ما فی تفسیره من آن‌ها فطره الدین و الإسلام و الایمان، فیکون مقتضاه أن کل فرد من الناس فطرته فطره اسلام و من کفر فقد غیر فطرته؛ و ثانیها: قوله تعالی «فلیغیرن خلق الله» فی ذم الکفار، فان ظاهره ان خلق الله علی الاسلام و من کفر فقد غیر ما خلقه الله علیه.» (مراعی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۷۳۳).

بنابراین، با بررسی این دیدگاه‌ها، می‌توان دریافت که مراد آیه شریفه این است که شیطان مشرکان را وسوسه می‌کند و آنان را به تغییر پاره‌ای از کارها که خداوند منع کرده یا ترک بعضی کارها که به آن فرمان داده، دعوت کرده و از این رهگذر به ایجاد تغییر در دین خدا فرامی‌خواند؛ تغییر دین خدا نیز به مفهوم عصیان خداوند، با ارتکاب منهیات و ترک واجبات است.

البته به نظر می‌رسد که صرف وحدت تعبیر در دو آیه شریفه، موجب تعیین اراده این معنا نخواهد بود و نمی‌توان خلق الله را فقط به یک معنا دانست و به‌ویژه آنچه در آیه ۳۰ سوره روم آمده از باب اطلاق سبب بر مسبب است؛ یعنی خصوصیت و ویژگی خلقت انسان است که او را سوی تمسک به دین الهی دعوت می‌کند و لذا، بهتر است که کلام مفسران را در تفسیر خلق الله به دین الله، به‌عنوان مصداق و تطبیق بدانیم؛ نه تفسیری که معنای انحصاری از آن فهمیده می‌شود؛ به‌ویژه آنکه استعمال خلق الله به‌جای دین الله، توجیه عرفی و لغوی نیز ندارد.

مرحوم آیت‌الله سید عبدالاعلی سبزواری در تفسیر شریف مواهب الرحمن فی تفسیر القرآن معتقد است که آیه شریفه «فلیغیرن خلق الله» دلالت بر این دارد که تغییر در خلقت خداوند، کار ناپسند و منهی است و اساساً تغییر در خلقت و تصرف در موجودات از شئون و اختصاصات خداوند متعال است و این حق، بالاصاله برای غیر از خداوند وجود ندارد؛ اما باید به این نکته توجه کرد که آیه فوق شامل هر نوع تغییر و تبدیل نمی‌شود و هر تغییر و تبدیل خلقت، حرام نیست، مخصوصاً آن تغییراتی که از سوی شارع مقدس اذن و اجازه وجود دارد، مانند ختنه کردن، کوتاه کردن ناخن، خضاب نمودن و قطع عضو زائد و فاسد؛ و از جهت فقهی نیز، تغییر بر دو قسم است: ۱- تغییراتی که در حرمت آن شکی وجود ندارد، چه این که از ناحیه‌ی شارع مقدس، نهی صریح وارد شده است، مانند خواجه ساختن انسان، ریش تراشی و کارهای دیگری که نهی شرعی دارد. ۲- تغییراتی که نهی صریح و بالخصوص ندارد، مانند تبدیل حیوان پیر به حیوان جوان، جراحی‌های پلاستیک و زیبایی‌سازی که بر دو قسم است: الف. تغییراتی که همراه با غرض عقلایی است؛ نظیر تغییراتی که برای دفع ضرر یا تأمین سلامتی صورت می‌پذیرد. در این حالت، این تغییرات جایز بوده و حرام نیست. ب. تغییراتی که هیچ‌گونه غرض عقلایی و انگیزه معقول ندارد که از نظر حرمت دو وجه دارد: وجه اول: بر اساس مقتضای عمومات و اطلاقات (غیر آیه فوق الذکر) که غیرقابل تقیید است و این کار حرام است؛ نظیر تغییر یک حیوان و تبدیل آن به حیوان دیگر حرام است. وجه دوم: بر اساس مناط و ملاکی که از «خلق‌الله» به دست می‌آید، این است که حرمت تغییر، در صورتی است که از طریق ایجاد خلقت جدید، با خلق و آفرینش الهی مقابله کند. پس در این حالت، حرمت وجود دارد؛ بنابراین، هر نوع تغییر، چه در انسان، چه در حیوان و چه در گیاهان، مادامی که به‌عنوان معارض و ضدیت با آفرینش الهی محسوب نشود، حرام نیست. البته این مطلب در صورتی است که در تغییر، عناوینی مانند اذیت، آزار رسانی و اسراف وجود نداشته باشد، وگرنه حکم آن (حرمت) واضح است (سبزواری، ۱۴۰۹، ج ۹: ۳۰۵-۲۸۹). بنابراین، اگر به طور مثال بریدن و شکافتن گوش دام‌ها به‌عنوان «علامت تحریم» یا به‌عنوان «عبادت بت‌ها» باشد همان‌طور که در عصر جاهلیت، به‌عنوان تشریح و برای حرمت سوارشدن و استفاده از گوشت شتران چنین می‌کردند، کاری حرام و عملی شیطانی خواهد بود.

نتیجه‌نهایی آنکه در تفسیر این آیه شریفه باید میان تغییراتی که در گستره بهره‌وری و تسخیر عالم برای انتفاع از منافع موجودات، صورت می‌گیرد با آنچه در گستره خلقت و هدف از خلقت تغییر صورت می‌پذیرد تفاوت قائل شد؛ چراکه ایجاد تغییرات در پدیده‌ها لازمه ضروری تسخیر و بهره‌بری انسان است؛ و خداوند متعال در آیات بسیاری، آفرینش را در تسخیر و اختیار

انسان قرار داده است؛ به‌عنوان نمونه خداوند در قرآن مجید می‌فرماید: «هو أنشأكم من الارض و استعمرکم فیها»؛ (هود: ۶۱) اوست که شما را از زمین آفرید و آبادی آن را به شما واگذاشت. همچنین، می‌فرماید: «و بواکم فی الارض تتخذون من سهلها قصورا و تحتون الجبال بیوتا»؛ (اعراف: ۷۴؛ نیز رک: لقمان: ۲۰). شما را در زمین مستقر ساخت که در دشت‌هایش، قصرها برای خود بنا می‌کنید و در کوه‌ها، برای خود خانه‌ها بتراشید؛ بنابراین، انسان به‌عنوان موجودی مختار و خلیفه خداوند با اذن الهی می‌تواند در چهار چوب نظام اسباب و مسببات عالم، در طول اراده خداوند با استفاده از ظرفیت اختیار و خلافت و تسخیر، نقش‌آفرینی کند. لیکن ورود به گستره جعل تکوینی الهی و ستیز با آن، تغییر خلقتی است که یک نوع حرکت ارتجاعی را بر مخلوقات حاکم می‌کند؛ حرکتی که با چینش اولیه مخلوقات در تعارض است و آن‌ها را از مسیر حرکت به‌سوی هدفشان باز می‌دارد و از این‌رو، مخالفت با اغراض شریعت و تغییر دین خداوند که منافی توحید تشریحی است و نیز مخالفت با غایات فعل تکوینی خداوند می‌باشد، جایز نخواهد بود.

بنابراین، منظور از تغییر در خلق خدا، تغییر کاربری مخلوقات است؛ نه آن چیزی که در استدلال به این‌آیه بیان شد. تغییر کاربری نیز به این معناست که انسان‌ها به‌جای اینکه از خورشید، ماه، حیوانات و غیره استفاده کند (که طبق آیات قرآن همگی مسخر او هستند)، در راستای دستور شیطان، آن‌ها را بپرستند یا در غیر طریق صحیح خود استفاده نماید. از این‌رو، اگر فناوری سلول‌های بنیادی به‌قصد تغییرات منفی در نهاد انسان و خدشه‌دار کردن استعدادها، فطری او انجام شود؛ قطعاً، عملی نامشروع خواهد بود، ولی اگر تغییر خلق متوجه به رفع نقائص و تبدیل به احسن باشد، مانعی ندارد.

در مجموع صدق تغییر در خلق‌الله شامل مواردی است که تغییرات به‌صورت تنقیصی و تغییر مسیر خلقت اصلی مانند از بین بردن محیط‌زیست و انقراض گونه‌های حیوانی و انسان باشد که در این وضعیت، موجب حرمت عمل انجام‌شده خواهد بود. از این‌رو در استفتائی که از آیت‌الله مکارم شیرازی نقل شده است، ایشان اقداماتی که موجب پیدایش تغییرات مثبت در ساختمان انسان‌ها یا غیر انسان‌ها می‌گردد را جایز دانسته است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۹: ۵۰).

ضمن اینکه در موضوع درمان ناباروری با این روش، نه‌تنها تغییر خلق‌الله رخ نمی‌دهد، بلکه بازگشت به اصل خلقت و طبیعت اولی است که به معنای قابلیت باروری در انسان سالم است و در مقابل، این ناباروری است که تغییر خلق‌الله محسوب می‌شود.

۲-۳- آیات دال بر وجوب حفظ فرج

آیاتی از قرآن دلالت بر وجوب حفظ فرج دارند مانند آیات ۵ تا ۷ سوره مؤمنون: «والذین هم لفروجهم حافظون الا علی ازواجهم او ما ملکت ایمانهم فانهم غیر ملومین فمن ابتغی وراء ذلک فاولئک هم العادون». «و آنان که فرج‌های خود را حفظ می‌دارند، مگر بر همسران یا کنیزان خویش، که در مباشرت با آنان مورد ملامت قرار نمی‌گیرند؛ پس کسانی که غیر از این را طلب نمایند، تجاوزکار هستند.» استدلال به آیه پنجم سوره مؤمنون، مبتنی بر این است که حذف متعلق مفید عموم باشد، چون متعلق حفظ محذوف است (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۸: ۸۹).

بنابراین طبق این آیه شریفه، زنان باید فرج خود را حفظ کنند و چون متعلق حفظ، ذکر نشده، مفید عموم است، لذا زنان باید به صورت مطلق، در همه موارد فرج خود را حفظ کنند که یکی از مصادیق حفظ فرج، عدم استفاده از تکنیک IVF و سلول‌های بنیادی است. همچنین می‌توان به آیه هفتم سوره مؤمنون یعنی عبارت «فمن ابتغی وراء ذلک» برای عدم مشروعیت باروری با سلول‌های بنیادی استدلال نمود. مراد از «ذلک» این است که هر نوع انتفاع و استمتاع، غیر از دو راهی که در آیه ششم ذکر گردیده است، به نوعی تجاوز و (ابتغاء) محسوب می‌شود؛ زیرا «وراء ذلک» در آیه اطلاق دارد و تمام انتفاعات را شامل می‌شود (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۸: ۹۷).

بنابراین چون تنها راه استیلا، همان است که در آیه ششم سوره مؤمنون ذکر شده است، انتفاع از فرج زوجه به هر نحوی، از جمله تلقیح اسپرم و یا تخمک حاصل از سلول‌های بنیادی جایز نیست.

۲-۳-۱- نقد و بررسی

در بررسی این موضوع لازم به ذکر است آیاتی که دلالت بر وجوب حفظ فرج دارند، چند دسته هستند: دسته اول آیاتی که مفاد آنها بحث زنا و حرمت آن است، مانند آیات ۵ تا ۷ سوره المومنون و همچنین آیات ۲۹ تا ۳۱ سوره المعارج «والذین هم لفروجهم حافظون الا علی ازواجهم او ما ملکت ایمانهم فانهم غیر ملومین فمن ابتغی وراء ذلک فاولئک هم العادون».

مفاد آیات مذکور این است که مرد باید تحفظ بر «فرج» داشته باشد، از این رو بیش از حرمت روابط نامشروع قابل استفاده نیست. مرد باید «فرج» خود را حفظ کند، مگر از همسر خود. عمل جنسی در غیر محدوده زن مشروع یا مملوکه، ممنوع است. حال در این بحث، تلقیح با نطفه یا تخمک حاصل از سلول بنیادی، از شئون حفظ «فرج» در مرد نیست، بلکه از شئون حفظ «فرج» در زن است (قائمی، ۱۴۲۴، ج ۱: ۳۷۹). در نتیجه این دسته از آیات از محل بحث خارج هستند.

دسته دوم آیاتی مانند آیه ۳۵ سوره احزاب است.^۱ این آیات نیز دلالتی بر الزام ندارند، چون در مقام بیان صفات خوب مؤمنین هستند. البته ممکن است ادعا شود که این طائفه نیز دلالت بر منع دارند، به این بیان که اگرچه آیه متضمن بعضی صفات مدح مؤمنین و مؤمنات است و این امور الزامی نیستند، اما حفظ فرج، حکم الزامی است، پس مطلق حفظ فرج لازم است (همان). در نتیجه تلقیح با نطفه یا تخمک حاصل از سلول بنیادی جایز نیست.

دسته سوم آیه ۳۱ سوره نور است: «و قل للمؤمنات یغضضن من ابصارهن و یحفظن فروجهن». می‌توان با طائفه سوم بر عدم مشروعیت تمکین زن از نطفه حاصل از سلول بنیادی استدلال نمود. زیرا که حفظ فرج مختص استمتاع نیست، بلکه مراد حفظ فرج از مطلق هر آن چیزی است که با امر «فرج» مناسبت دارد و تلقیح با نطفه یا تخمک حاصل از سلول بنیادی، نیز مشمول این حکم است (همان).

آیه شریفه اطلاق دارد و شامل همه موارد از روابط نامشروع می‌شود، همچنین امر به تحفظ از «فرج»، به معنای حفظ آن نسبت به سایر مواردی است که به نوعی با کارکرد آن نیز مناسبت داشته باشد؛ مانند استیلاد، و لذا حتی آیه شریفه، تحفظ از بارداری نسبت به غیر زوج را هم شامل می‌شود، و فقط مقید به جواز بارداری از همسر خواهد بود.

شاید بتوان گفت مهم‌ترین استدلالی که مانع تمسک به این آیه برای ممنوعیت بارداری با سلول‌های بنیادی است، این ادعا باشد که دلالت آیه بر معنای اعم که شامل حفظ عضو از تلقیح با تخمک حاصل از سلول‌های بنیادی هم گردد، با اجمال روبروست و اقتصار بر قدر متیقن، متعین خواهد بود، به‌ویژه آن‌که هر چند متعلق حفظ در آیه شریفه محذوف است، ولی به قرینه مناسبت حکم و موضوع، دلالت بر لزوم حفظ و ستر دارد نه حفظ از هر چیزی. از این رو، هیچ دلالتی بر مطلق حفظ حتی نسبت به تلقیح با تخمک حاصل از سلول‌های بنیادی ندارد، خصوصاً که از جهت عرفی، امکان تعدی از مورد آیه به بحث مذکور، حتی با الغای خصوصیت هم وجود ندارد؛ به خصوص آن‌که روایات متعددی در مقام تبیین این آیه شریفه نیز وارد شده که آن را فقط منحصر به نگاه به نامحرم دانسته است (قاسمی، ۱۳۹۹: ۲۳۷).

۱. «ان المسلمین و المسلمات و المؤمنین و المؤمنات و القانتین و القانتات و الصادقین و الصادقات و الصابیرین و الصابرات و الخاشعین و الخاشعات و المتصدقین و المتصدقات و الصائمین و الصائمات و الحافظین و فروعهم و الحافظات و الذاکرین الله کثیرا و الذاکرات اعد الله لهم مغفرة و اجرا عظیما»

به‌عنوان نمونه می‌توان به معتبره ابی بصیر از ابی‌عبدالله (ع) (قمی، ۱۴۱۳، ج ۱: ۱۱۴). اشاره نمود. در این روایت چنین آمده: «کل ما كان في كتاب الله تعالى من ذكر حفظ الفرج فهو من الزنا الا في هذا الموضع فانه للحفظ من ان ينظر اليه» یعنی تمام آیاتی که در رابطه با حفظ فرج در قرآن ذکر شده است، مربوط به حفظ فرج از زنا هستند مگر این آیه که مربوط به حفظ فرج از نگاه است. گویا روایت در مقام حصر دلالت آیه بر وجوب حفظ فرج از «نگاه» دیگران است و اینکه آیات دیگر مربوط به منع از زناست؛ بنابراین می‌توان گفت آیات حفظ فرج نمی‌توانند دلیلی بر منع بارداری با تخمک حاصل از سلول‌های بنیادی همسر باشند.

۳- دلایل جواز

۳-۱- اصل اباحه

اصل اولی یک قاعده فقهی است، که هنگام بحث از هر مسئله‌ای که حکم آن روشن نیست، به‌عنوان اصل عملی به آن مراجعه می‌شود (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۱: ۱۱۱). در هر بحث باید توجه نمود که مقتضای اصل عملی در آن چیست تا در صورت عدم نتیجه از ادله خاصه، به این اصل مراجعه شود. اگر ادله خاصه مقتضی حکمی غیر از اصل عملی باشند، مقتضای ادله خاصه بر مقتضای اصل عملی مقدم خواهند شد.

اصل عملی در بحث باروری با سلول‌های بنیادی، برائت است. در تمام شبهات حکمیة تحریمیة، اصل اولی برائت است، بنابراین، مورد مسئله یعنی باروری زن با تخمک تولیدشده از سلول بنیادی، محل اجرای اصل برائت است، زیرا که فرض این است که حکم حرمت مسئله روشن نیست و دلیلی در مقام عمل برای آن وجود ندارد، بنابراین در مقام عمل، حکم ظاهری قضیه، مقتضی اباحه است.

۳-۲- ادله مشروعیت درمان

با توجه به نقش سلول‌های بنیادی که دارای قدرت خود تکثیری بوده، قابلیت تمایز و تبدیل به انواع رده‌های سلولی را دارند، تنها در فرضی می‌توان از این سلول‌ها استفاده نمود که امری مثبت و درمانی تلقی شود؛ مانند کاربرد سلول‌های بنیادی در حفظ باروری زنان از طریق پیوند بافت فریز شده تخمدانی، یا کاربرد سلول‌های بنیادی رحم در درمان اختلالات تولید مثلی زنان. در این زمینه می‌توان به استفتائی که از برخی مراجع معظم تقلید گرفته شده، استناد نمود. در این استفتاء اقداماتی که موجب پیدایش تغییرات مثبت در ساختمان انسان‌ها و یا غیر انسان‌ها می‌گردد، مورد قبول واقع شده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۹: ۵۰)؛ بنابراین استفاده از سلول‌های بنیادی در صورتی مجاز است که امری مثبت تلقی شود و می‌تواند تحت اطلاق ادله مشروعیت درمان قرار

گیرد؛ ادله و روایاتی که از نظر صاحب جواهر دلالت بر مشروعیت درمان و معالجه توسط پزشک دارد (نجفی، بی تا، ج ۴۳: ۵۰).

روایات زیادی در رابطه با مشروعیت درمان از ائمه (ع) نقل شده است، به نحوی که می توان ادعای تواتر معنوی نمود. بعضی از آن ها از جهت سندی و دلالتی تمام هستند. چند روایت در این زمینه به عنوان نمونه ذکر می شود:

در روایتی آمده است که راوی می گوید به امام صادق (ع) عرض کردم که مردی عرب هستم و از طب اطلاعاتی دارم و طب من، طب عربی است و برای آن پول نمی گیرم. امام (ع) فرمود اشکالی ندارد. عرض کردم زخم ایجاد می کنیم و با آتش داغ می کنیم، حضرت فرمود: اشکالی ندارد، گفتم از زهرهای اسمحیقون و غاریقون (به بیماران) می دهیم، امام (ع) فرمود اشکالی ندارد. گفتم چه بسا بیمار بمیرد، حضرت فرمود: اگر چه بیمار بمیرد. گفتم: به بیمار نبیذ می دهیم، حضرت فرمود: در حرام شفا نیست (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۳: ۲۰).

همچنین روایت دیگری از حسین بسطام در طب الاثمه (ع) نقل شده: مرد با آتش داغ می کند و چه بسا کشته شود و چه بسا نجات پیدا می کند؟ حضرت فرمود در زمان رسول خدا (ص) مردی داغ نمود، و حضرت شاهد آن بودند (و از آن ردع نکردند) (همان: ۲۱).

روایت دیگر در رابطه با مشروعیت درمان، روایت محمد بن مسلم است: از ابا جعفر (ع) سؤال کردم آیا معالجه می نمائی؟ حضرت فرمود: بله خدا در دواء، برکت و شفا و خیر کثیر قرار داده است و چه اشکالی دارد مرد خود را معالجه نماید، پس داغ نمودن اشکالی ندارد (همان: ۲۲).

همچنین روایات دیگری در این زمینه وارد شده اند که همگی دلالت بر مشروعیت درمان دارند؛ و در بحث مورد نظر، عمل مذکور نوعی درمان محسوب می شود، بنابراین تحت ادله جواز و مشروعیت درمان قرار می گیرند. البته روایاتی وجود دارند که صبر را بر درمان ترجیح می دهند و در این زمینه بابتی ذکر شده است به نام «باب استحباب ترک المداواه مهما امکن الصبر مع عدم الخطر» اما این روایات منافاتی با مشروعیت درمان ندارند؛ و فقط دلالت بر استحباب صبر دارند. در روایت ابی الحسن (ع) می فرماید: هیچ دارویی نیست، مگر اینکه آن دارو، خود یک بیماری جدید را دامن می زند و برای بدن چیزی نافع تر از پرهیز و خوردن غذا در حد نیاز بدن نیست (همان: ۲۴).

در روایت دیگر ابی عبدالله (ع) می فرماید: از دوا پرهیز کن تا جایی که بدن تو بیماری را تحمل می کند (همان: ۲۵). اگر چه ظهور این دو روایت در وجوب اجتناب از دواء است، اما با توجه به ادله و روایات دیگر آن را باید بر استحباب حمل نمود.

نتیجه‌گیری

یکی از روش‌های مهم و جدید در درمان ناباروری، استفاده از سلول‌های بنیادی بافت تخمدانی خود زن برای استحصال تخمک و لقاح خارج رحمی می‌باشد. این موضوع با توجه به اینکه شبهات مطرح در استفاده از گامت‌های فرد اجنبی برای درمان ناباروری را ندارد مزیت دارد. از این رو، به بررسی حکم تکلیفی این مسئله از منظر فقهی پرداختیم و در مجموع دو دسته ادله درباره حکم این موضوع بررسی شد. در مرحله اول به بررسی ادله‌ای پرداختیم که دلالت بر حرمت استفاده از این روش دارد، و روشن شد که این دلایل از موضوع بحث منصرف است؛ چرا که ادله باب احتیاط در نکاح، ارشادی بود و با دقت در دلالت ادله دال بر تغییر در خلقت الهی نیز روشن شد که ظهوری در حرمت نسبت به ممنوعیت باروری زن با سلول‌های بنیادی خودش ندارند؛ به ویژه آنکه این گونه از تصرفات ژنتیکی در مسیر تخریب نسل و حرث و نقض اغراض تکوینی خداوند در عالم قرار ندارد تا عملی شیطانی محسوب گردد و دلالت آیات دال بر حفظ فرج نیز نسبت به تلقیح با تخمک حاصل از سلول‌های بنیادی با اجمال روبروست. از سوی دیگر، استفاده از سلول‌های بنیادی که توانایی ایجاد سلول‌های تمایز یافته را دارند، نه تنها مقتضای اصل اباحه و مجرای قاعده قبح عقاب بلا بیان قرار می‌گیرد، و محکوم به حلیت است، بلکه چون امری مثبت و به عنوان عمل درمانی برای ناباروری تلقی می‌شود، می‌تواند تحت اطلاقات ادله مشروعیت درمان قرار گیرد و مجاز باشد؛ همانطور که از برخی مراجع معظم تقلید نیز بیان شد که اقداماتی که موجب پیدایش تغییرات مثبت در ساختمان خلقت انسان‌ها می‌گردد، مورد قبول واقع شده است.

تشکر و قدردانی

از هیئت تحریریه‌ی محترم در فصلنامه مطالعات راهبردی زنان که بستر ارائه مقالات میان رشته‌ای مرتبط با فقه، سلامت خانواده را فراهم آورده‌اند، کمال تشکر را داریم.

منابع

- ◀ قرآن کریم
- ◀ جاور، حسین و سید رضا موسوی واعظ، (۱۴۰۰). «بررسی استفاده منجر به تلف از سلول‌های بنیادی جنین در مطالعات پیشگیرانه و درمان ناتوانی»، *مطالعات ناتوانی*، س ۱۱، ش ۱.
- ◀ حلی، شیخ نجم‌الدین ابی‌القاسم جعفر بن الحسن بن یحیی بن سعید الهذلی [المحقق الحلی] (بی‌تا)، *معارج الاصول*، مؤسسه آل‌البتیت علیهم‌السلام لإحياء التراث - قم.
- ◀ خمینی، سید روح‌الله موسوی، (۱۴۲۱ ق.). *کتاب البیع (الامام خمینی)*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
- ◀ رضایی، نازنین و همکاران، (۱۳۹۶). «کاربرد سلول‌های بنیادی در درمان اختلالات تولید مثلی مردان و زنان»، *زنان، مامایی و نازایی ایران*، د ۲۰، ویژه نامه.
- ◀ زنجانی، سید موسی شبیری، کتاب نکاح (زنجانی)، (۱۴۱۹ ق.). مؤسسه پژوهشی رأی پرداز، قم - ایران، اول.
- ◀ سبزواری، سید عبدالاعلی، (۱۴۰۹ ق.). *مواهب الرحمن فی تفسیر القرآن*، چاپ اول، دفتر معظم له، قم.
- ◀ طباطبایی، سیده فاطمه و بتول شاهرخی شاهرخ آبادی، (۱۳۹۷). تبیین فقهی استفاده از سلول‌های بنیادی بند ناف و آثار وضعی آن، *فقه پزشکی*، د ۱۰، ش ۳۶ و ۳۷.
- ◀ طباطبایی، سید محمد حسین، (۱۴۲۵ ق.). *المیزان فی تفسیر القرآن*، قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ◀ طبرسی، احمد بن علی، الاحتجاج، (۱۴۰۳ ق.). چاپ اول، نشر مرتضی، مشهد.
- ◀ طبرسی، فضل بن حسن، (۱۳۷۲). *مجمع‌البیان فی تفسیر القرآن*، تحقیق محمدجواد بلاغی، چاپ سوم، انتشارات ناصرخسرو، تهران.
- ◀ طبری، محمد بن جریر (بی‌تا)، *جامع‌البیان عن تأویل القرآن*، دار‌المعرف، قاهره، عیاشی.
- ◀ طبسی، محمد رضا (بی‌تا)، *المنیه فی حکم‌الشارب واللحیه*، محمد کاظمی قزوینی، چاپ اول، بی‌نا، قم.
- ◀ طوسی، محمد بن حسن، (بی‌تا). *التبیین فی تفسیر القرآن*، تحقیق احمد قیصر عاملی، چاپ اول، دار احیاء التراث العربی، بیروت.
- ◀ طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، (۱۳۹۰ ق.). *الاستبصار فیما اختلف من الاخبار*، تهران: دار الکتب الإسلامیه.
- ◀ طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، (۱۴۰۷ ق.). *تهذیب الاحکام*، تهران: دار الکتب الإسلامیه.
- ◀ طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، (۱۴۲۷ ق.). *رجال‌الشیخ‌الطوسی - الابواب*، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران.
- ◀ طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، (بی‌تا). *الفهرست (للشیخ‌الطوسی)*، المکتبه الرضویه، نجف اشرف - عراق.

- ◀ عاملی، حر، محمد بن حسن، (۱۴۰۹ ق). *وسائل الشیعه*، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام.
- ◀ عیاشی، ابن مسعود، محمد، (۱۳۸۰ ق). کتاب التفسیر العیاشی، تحقیق سید هاشم رسولی محلاتی، چاپ اول، چاپخانه علمیه، تهران.
- ◀ فاضل لنکرانی، محمد جواد، (۱۳۷۸). *بررسی فقهی تلقیح مصنوعی*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم‌السلام.
- ◀ قاسمی، محمد علی، (۱۳۹۹). *آیات فقه پزشکی*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- ◀ قائنی، محمد، (۱۴۲۴ ق). *المبسوط فی فقه المسائل المعاصره (المسائل الطبیه)*، قم - ایران، مرکز فقه الائمه الاطهار (علیهم‌السلام).
- ◀ قمی، صدوق، محمد بن علی بن بابویه، (۱۴۱۳ ق). *من لا یحضره الفقیه*، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران.
- ◀ قمی، علی بن ابراهیم، (۱۳۳۳). *تفسیر القمی*، تحقیق طیب موسوی جزایری، چاپ سوم، دارالکتاب، قم.
- ◀ کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷ ق). *الکافی*. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
- ◀ کیدری، قطب‌الدین، محمد بن حسین، (۱۴۱۶ ق). *اصباح الشیعه بمصباح الشریعه*. مؤسسه امام صادق علیه‌السلام.
- ◀ گلدوزیان ایرج و احمد، پور ابراهیم، (۱۳۹۷). *گفتارهایی ناظر بر سلول‌های بنیادی*. تهران: انتشارات مجد.
- ◀ لاریجانی، باقر و فرزانه زاهدی، (۱۳۸۳). «مسائل اخلاقی در همانند سازی و پژوهش‌های سلول‌های بنیادی»، *دیابت و متابولیسم ایران*، س ۴، ش ۴.
- ◀ محسنی، محمد آصف، (۱۳۸۲). *الفقه و مسائل طبیه*. قم: بوستان کتاب قم (انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم).
- ◀ مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی حسینی، (۱۴۱۷ ق). *العناوین الفقهیه*، چاپ اول، انتشارات اسلامی، قم.
- ◀ مصطفوی، حسن، (بی تا). *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*. بیروت-قاهره-لندن.
- ◀ معین، محمد، (۱۳۸۱). *فرهنگ معین*، تهران، ایران: انتشارات ادنا.
- ◀ مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۹ ق). *احکام پزشکی (مکارم)*، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه‌السلام.
- ◀ مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۷۳). *ترجمه قرآن (مکارم)*. قم: دار القرآن الکریم (دفتر مطالعات تاریخ و معارف اسلامی).
- ◀ منتظری نجف‌آبادی، حسین علی، (۱۴۰۹ ق). *مبانی فقهی حکومت اسلامی (مترجم: صلواتی، محمود و شکوری، ابو‌الفضل)*، قم: مؤسسه کیهان.

◀ نجاشی، ابوالحسن، احمد بن علی، (۱۴۰۷ ق). رجال النجاشی - فهرست اسماء مصنفی الشیعه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.

◀ وحید رودسری، فاطمه و همکاران (۱۳۸۸). نتایج باروری به دنبال IVF و عوامل مؤثر بر آن. مجله علمی دانشگاه علوم پزشکی گرگان، د ۱۱، ش ۳، ۴۲.

► Sujittra Khampang, Ph.D. In Ki Cho, Ph.D.a,c,d Kanchana Punyawai, Ph.D.a Brittany Gill, B.S.c,d Jacqueline N. Langmo, B.S.c,d Shivangi Nath, Ph.D.g Katherine W. Greeson, B.S.c,d Krista M. Symosko, B.S.c,d Kristen L. Fowler, M.S.c,d Siran Tian, B.S.a John P. Statz, B.S.f,h Alyse N. Steves, Ph.D.a,d Rangsun Parnpai, Ph.D.b Michael A. White, Ph.D.g Jon D. Hennebold, Ph.D.f,h Kyle E. Orwig, Ph.D.e Calvin R. Simerly, Ph.D.e Gerald Schatten, Ph.D.e and Charles A. Easley IV, Ph.D.a,c, Blastocyst development after fertilization with in vitro spermatids derived from nonhuman primate embryonic stem cells, Fertil Steril Sci® Vol. 2, No. 4, 2666-335X, 365-375. (November 2021)

► Takahashi K, Yamanaka S Induction of pluripotent stem cells from mouse embryonic and adult fibroblast cultures by defined factors. Cell.126(4), 663-676. (2006 Aug).

قلمرو و مبانی جرم اهمال در حضانت

در نظم حقوق کیفری ایران

داوود سیفی قره‌یتاق^۱، قاسم اسلامی‌نیا^۲*

چکیده

قانون خانواده مصوب ۱۳۹۱ موضوع خودداری از انجام وظایف حضانت را وصف کیفری داده است. اصطلاح «خودداری از انجام تکالیف» واجد اشکال اساسی است زیرا معنای متبادر از خودداری، ترک کامل حضانت و رها کردن طفل است. در حالی که آن چیزی که نوعاً و غالباً در عمل واقع می‌گردد اهمال در حضانت و یا انجام ناقص تکالیف است لذا باید از اصطلاح فراگیرتر اهمال در حضانت استفاده نمود. علاوه بر مسئله مبانی و ابهامات در عناصر جرم، ارزیابی کارآمدی کیفرهای مقرر نیز اهمیت اساسی دارد که در این نوشتار با روش تحلیلی-توصیفی به آن پرداخته می‌شود. یافته‌ها نشان داد هرچند مقنن در قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ در زمینه جرم‌انگاری اهمال در حضانت گام‌های برداشته است اما وافی به مقصود نبوده و تمام ابعاد و مصادیق رفتاری آن را در برنمی‌گیرد. ثانیاً گستره حضانت با توجه به مقتضیات زمانی و مکانی و حتی وسعت و امکانات حاضن، موضوعی پرحاشیه و نسبی است و لازم است مصادیق «سوء حضانت» با استفاده از منابع شرعی و عرفی استخراج گردد ثالثاً با توجه به تنوع سرپرستی اطفال لازم است «حاضن مجرم» در وضعیت‌های مختلف (تلقیح مصنوعی، نامشروع بودن طفل، سرپرستی قانونی و...) مشخص گردد که به نظر می‌رسد با لحاظ مصلحت کودک و تعهدات قراردادی در بسیاری از اشکال، تقاضای و گیرنده طفل مسئولیت کیفری دارد. به‌طور کلی استقرا در قوانین نشان می‌دهد سیاست کیفری قانون‌گذار در موضوع حضانت، تفکیک برخی از مصادیق مهم و جرم‌انگاری آن‌ها با کیفرهای متنوع شدید در قانون مجازات اسلامی و قانون خاص حمایت از اطفال است و در مرحله بعدی با جرم‌انگاری عام در ماده ۵۴ قانون حمایت خانواده با اتخاذ رویکرد سرکوبگرانه از کیفر جزای نقدی درجه هشت بهره‌جسته است که نه تنها تناسبی با ماهیت حضانت ندارد؛ بلکه به جهت معیار انتخابی، بازدارندگی مطلوبی هم ایجاد نمی‌کند؛ از این‌رو ضروری است قانون‌گذار با اقتباس از نظام‌های حقوقی خارجی در اصلاح قانون از مجازات کارا تر و اجتماعی استفاده کند.

واژگان کلیدی

جرم‌انگاری، اهمال در حضانت، قانون حمایت خانواده، بد حضانتی، حقوق کیفری، حقوق اطفال.

*. استادیار حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه زابل، زابل، ایران (نویسنده‌ی مسئول) (dseify@uoz.ac.ir)

** استادیار حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه زابل، زابل، ایران (geslaminia@gmail.com)

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۸/۰۷ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۱۸

۱- مقدمه و بیان مسئله

مراقبت و نگهداری مطلوب و شایسته از فرزندان صغیر توسط والدین یا دیگران در قالب نهاد حقوقی به نام «حضانة» تعریف شده که در زمان طلاق، تعیین وضعیت حضانة فرزندان اهمیت اساسی پیدا می کند و یکی از اهداف جعل این تأسیس حقوقی، صیانت طفل و تبیین وظایف حاضن (حضانة کننده) در مورد او است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۷: ۳۸۷). البته بنیان خانواده و به ویژه تربیت و نگهداری فرزندان در درجه اول، مبتنی بر مودت و معاشرت اخلاقی و پرهیز از قهر و عدم تمسک به حربه های حقوقی و کیفری است. تا زمانی که رشته مودت و مهربانی و تعامل بین زوجین برقرار است و والدین به وظایف خود در برابر فرزندان اشراف دارند؛ اطفال به عنوان اساسی ترین رکن خانواده از امنیت کامل و همه جانبه برخوردارند.

گاهی به دلایل مختلفی ممکن است که زوجین بنا را بر ناسازگاری گذاشته و یکی از آنها یا هر دو تصمیم به جدایی بگیرند (مهاجری و موسوی، ۱۴۰۱: ۱۳۴). در زمان اختلاف و مشاجره شدید زوجین و عدم حل اختلاف آنها و اتخاذ راه حل طلاق جهت برون رفت از شرایط، موضوع حضانة طفل و حقوق و تکالیف مرتبط با آن، در مقایسه با زمان سازگاری و تعامل زوجین اهمیت افزون تری می یابد. بی تردید واقعه طلاق ضربه هولناک و فراموش نشدنی برای اطفال محسوب می شود و آنها را وارد شرایطی می نماید که در معرض انواع آسیب ها و انحرافات و ناسازگاری های اجتماعی قرار می گیرند که برای آینده اطفال و جامعه خطرناک است؛ لذا قانون گذار اولاً: برای حمایت از حقوق اطفال به عنوان قشر ضعیفی که نیازمند حمایت هستند و توانایی تشخیص مصالح و مفاسد خود را ندارند و ثانیاً: در راستای حمایت از حقوق جامعه ای که به علت موقعیت آسیب زای طفل در معرض خطر است؛ مداخله و تکالیفی را برای حاضن یا حاضنه تعیین می نماید که تخطی از آن با ضمانت اجراهای مختلفی مواجه است. قبل از تصویب قانون حضانة در سال ... فقط نقض برخی از مصادیق حضانة، واجد جنبه کیفری بود، لذا ضرورتی بر تبیین و تعریف دقیق مفهوم موارد قانونی وجود نداشت؛ لیکن با اعطاء وصف کیفری به موضوع «خودداری از انجام وظایف در حضانة» و به جهت رعایت اصل قانونی بودن جرم و مجازات و لزوم آگاهی شهروندان از محدوده قوانین کیفری و فقدان تحقیق مستقل در این زمینه، نوشتار حاضر به تعریف و تبیین این مفهوم و مفاهیم مرتبط با آن پرداخته و تلاش نموده است با واکاوی حقوقی و اصطلاحی پیشنهادات اصلاحی مقتضی ارائه نماید. از جمله اصطلاحات مرتبط، اصطلاح «اهمال در حضانة» است که در معرفی موضوع حضانة دارای جامعیت بیشتری بوده و با مصالح اطفال و همچنین منابع شرعی مرتبط همخوانی بیشتری دارد؛ این مطالعه در صدد پاسخگویی به سؤالات ذیل است:

۱- موضوع عدم اجرای مفاد قانون حضانت از سوی حاضن تا چه حد مورد توجه قرار گرفته و آیا از منظر ترمینولوژی حقوقی این اصطلاح جامع و مانع شرایط تخطی حاضن از مفاد قانون می‌باشد؟

۲- اصطلاحات مرتبط با جرائم نقض قانون حضانت از جمله اهمال در حضانت در مورد انواع سنخ‌های حاضن (سرپرستی، فرزندخواندگی، تلقیح مصنوعی ...) می‌تواند مورد استثنا قرار گیرد؟

۳- جرم‌انگاری در تخطی از قانون حضانت با جرم‌انگاری مندرج در قانون حمایت از اطفال و نوجوانان - مصوب ۱۳۹۹ - دارای چه نکات همپوشان و معارض می‌باشد؟

لذا قسمت مهمی از این نوشتار به تبیین مفهومی «اهمال در حضانت» و مصادیق عرفی و شرعی آن اختصاص پیدا کرده است. از طرفی تشخیص حاضر به عنوان مرتکب جرم در وضعیت‌های مختلف همانند واگذاری حضانت به اشخاص ثالث، طفل ناشی از تلقیح مصنوعی و یا اهداء جنین به زوجین ناباور و اطفال ناشی از رابطه نامشروع و ... دارای اهمیت حقوقی است که موضوع بعدی این نوشتار را تشکیل می‌دهد. نکته آخر آن که، قانون‌گذار بار دیگر به منظور حمایت کیفری بیشتر از اطفال محضون، جرم‌انگاری گسترده‌ای در قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ به عمل آورد که برخی از مواد آن بر جرم اهمال در حضانت تأثیر می‌گذارد و بایستی در انطباق با مواد ۹ و ۱۰ و ۸ آن قانون، موضوع را مورد تحلیل قرارداد.

در ادبیات حقوقی ایران، جرم اهمال در حضانت، به رغم اهمیت زیاد، مورد غفلت قرار گرفته است و تحقیقاتی که در زمینه نهاد حضانت به نگارش درآمده‌اند، اغلب به جنبه حقوقی موضوع پرداخته و از مباحث کیفری حضانت به‌ویژه عناصر تشکیل‌دهنده و مبانی جرم‌انگاری و مجازات اهمال در حضانت، تحلیل حقوقی نشده است؛ لذا این مطالعه از این منظر بدیع و حاوی نکات کیفری در موضوع حضانت می‌باشد. مرور مطالعات در این زمینه، فقدان چنین رویکردی را در موضوع حضانت بیشتر روشن می‌سازد. به‌طور نمونه حاجی ده‌آبادی (۱۳۸۹) در تحقیقی با عنوان «مقررات لایحه خانواده در بوته نقد»، هر چند نگاه کلی به همه جرائم علیه خانواده داشته است، لکن به جهت آنکه قبل از تصویب قانون خانواده ۱۳۹۱ به رشته تحریر درآمده، قوانین جدید از جمله قانون مجازات ۱۳۹۲، قانون حمایت از اطفال مصوب ۱۳۹۹ را در برنمی‌گیرد. در سایر کتب حقوقی مانند: حقوق خانواده صفایی (۱۴۰۰) و حقوق خانواده کاتوزیان (۱۳۹۶) نیز مطالب ارزنده‌ای درباره حضانت از جنبه حقوقی مطرح شده است و به جنبه کیفری موارد نقض قانون حضانت توجهی نشده است؛ لذا تحقیق حاضر نخستین تحقیق در زمینه جرائم مرتبط با حضانت و جرم‌انگاری موارد مرتبط با آن در قوانین جدید می‌باشد.

۲- مفهوم لغوی و اصطلاحی حضانت

حضانت از ریشه حَضَن گرفته شده است. زمانی که پرنده تخم خود را برای فرآیند جوجه شدن زیر پر بال خود گرفته و یا مادری طفلش را در آغوش می‌گیرد، با واژه حَضَن از این رفتار یاد می‌شود (جوهری، ۱۳۷۶: ۲۱۰۲). همچنین زمانی که مادر به تربیت و بزرگ نمودن طفل خود اشتغال می‌ورزد از این اصطلاح استفاده می‌شود (فیروزآبادی، ۱۴۱۵: ۲۰۲).

تعاریف مختلفی از حضانت ارائه شده که در لفظ و محتوا با یکدیگر تفاوت‌هایی دارند. از نظر حقوقدانان حضانت در اصطلاح، اقتداری است که قانون به منظور نگهداری و تربیت اطفال به پدر و مادر آنان اعطا می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۱۳۹). در واقع نگهداری مادی و معنوی طفل توسط کسانی که قانون مقرر داشته است (لنگرودی، ۱۳۸۷: ۱۷۲۰). فقهای امامیه، حضانت را ولایت بر تربیت طفل و دیوانه و انجام آنچه به مصلحت وی است از قبیل نگهداری و گذاردن در رختخواب و برداشتن و شستن لباس او و مانند آن تعریف کرده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۴۲۱)؛ اما برخی دیگر بر واژه ولایت اشکال نموده و حضانت را به مفهوم تکلیف والدین در نگهداری و تربیت و مصلحت او می‌شناسند (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳۱: ۲۸). در فقه اهل سنت نیز حضانت مفهوم گسترده‌ای دارد؛ بر اساس فقه حنفی حضانت عبارت است از: تربیت فرزند توسط کسی که حق حضانت بر عهده او است. در فقه مالکی، «محافظت از شئون مختلف طفل» حضانت تلقی می‌شود. برحسب نظر شافعی و حنبلی، حفظ صغیر از هر چیزی که موجب ضرر او می‌شود و تربیت او در جهت اعمال صالح حضانت می‌باشد (کاشانی، ۱۴۰۶، ج ۴: ۴۰؛ ابن قدامه، المغنی للیبیب، ج ۷: ۶۱۲؛ عبد العزیز بن الصالح الرضیمان، ۲۰۲۲: ۴-۵؛ عبدالموجود، ۲۰۱۹: ۱۵-۱۴).

به‌طور کلی فقها در تعریف حضانت از کلمه تربیت استفاده کرده‌اند که ناظر به دو جنبه روحی و جسمی، مادی و معنوی است؛ یعنی حضانت اختصاص به پرورش جسمی ندارد؛ بلکه مدیریت طفل در تمامی جنبه‌های مرتبط با زندگی او و موارد مورد اشعار عرف و عقل و شرع را در برمی‌گیرد. لذا نفی یکی از ابعاد، هرچند با توجیه تقویت سایر ابعاد مربوط به طفل، می‌تواند از مصادیق «بد حضانتی» محسوب شود. حاصل آنکه حضانت مشتمل بر رعایت مصالح متنوع طفل اعم از جسمی، روانی، تربیتی، اخلاقی، اجتماعی فرهنگی و... باشد.

۳- محدوده و مصادیق حضانت

مصادیق حضانت عبارت است از مجموعه حقوقی که در شرع یا عرف یا قوانین موضوعه جهت نگهداری طفل و حسن مراقبت از او تعیین شده است؛ لذا برای آگاهی از محدوده حضانت، ناگزیر باید منابع قرآنی و روایی به‌عنوان ترسیم‌کننده محدوده مسئولیت در زمینه حضانت به تفکیک مورد بررسی واقع گیرد.

۳-۱- منابع قرآنی

«والوالدات یرضعن أولادهن حولین کاملین لمن اراد ان یتم الرضائه و علی المولود له رزقهن و کسوتهن بالمعروف لا تکلف نفس الا وسعها...» (بقره: ۲۳۳). این آیه به‌طور غیرمستقیم موضوع حضانت و نحوه تکالیف حاضن را معین می‌نماید. در این آیه، تکالیف مرد در برابر زن (مادر طفل) که شیر دادن به فرزند را به‌عنوان مهم‌ترین مصداق حضانت در دو سال اولیه حیات طفل انتخاب می‌نماید، تحت عنوان رزق (نفقه) و پوشش معروف بیان می‌کند. به بیان قرآن، با توجه به اینکه انتظار دارد که طفل در دو سال نخست، طفل به نحو مناسب و عالی نگهداری شود، لذا ضروری است نیازهای مختلف مادر شیرده را به نحو مقتضی رعایت نماید تا او نیز در این کار موفق و توانا باشد (تسبیب در حضانت مطلوب).

رزق عبارت است از برخوردار نمودن شخص با نعمت‌هایی که با اقتضاء حال و موقعیت و نیازهای او متناسب است و به‌واسطه آن، حیات شایسته و منطبق با شأن او تداوم پیدا می‌کند. فرآیند فوق، مستمر و متعهدانه است. رزق یک جریان مستمر است و تنها در مورد حلال مصداق دارد. رزق به دو قسم تقسیم می‌گردد: رزق مادی و رزق معنوی. رزق پروردگار نوعی از هدایت تکوینی خداوند است که هر موجودی را به جایگاه شایسته آن موجود واصل نماید. رازقیت اصالتاً و ابتدائاً از مختصات خداوند است و خداوند گاه اراده خود را از طریق امور طبیعی و خلق اسباب اعم از طبیعی و انسانی محقق می‌سازد. بر این اساس، حضانت تکمیل‌کننده پروسه ایجاد فرزند است و اگر به نحو شایسته‌ای به انجام نرسد هدف از ایجاد و پیدایش فرزند ناقص و ابتر مانده است (مصطفوی، ۱۴۳۰: ۱۱۶). بدون شک توجه به مفهوم عمیق و همه‌جانبه آیه فوق‌الذکر در ترسیم محدوده جرم‌انگاری اهمال در حضانت کمک شایانی خواهد کرد و آیه به‌طور مستقیم بر جنبه مادی حضانت یعنی نگهداری و تغذیه کودک تأکید دارد.

«و اخفض لهما جناح الذل من الرحمه و قل رب ارحمهما کما ربیبانی صغیرا» (اسراء: ۲۴). این آیه

نیز به صورت غیرمستقیم با عبارت رسا و پرمعنای «کما ربیبانی صغیرا» موضوع تربیت اشخاص

صغیر را به‌عنوان یک تکلیف و مصداقی از حضانت برای والدین مشخص می‌نماید. تربیت طفل عبارت است از اقدام به انجام برنامه‌ها و رفتارهایی که نتیجه آن رشد جسمانی و معنوی مستمر طفل است. از آنجاکه تحقق این اهداف مستلزم عدم وجود موانع در این مسیر است، اتیان یا عدم اتیان هر امری که در مسیر رشد جسمی و روحی اختلال ایجاد می‌نماید، ضد تربیت و در نتیجه، ناقض حضانت محسوب می‌شود (مصطفوی، ۱۴۳۰: ۴۱). لذا با توجه به معنای رب در آیه شریفه، حاضن در موضوع حضانت به‌گونه‌ای عمل می‌نماید که استعدادها و نهانی محضون به شکوفایی و فعلیت رسیده و در نهایت او را به جایگاهی که شایسته آن است، نائل نماید.

۳-۲- منابع روایی

امام صادق (ع): «ان الله لیرحم العبد لشدده حبه لولده» (کلینی، ۱۴۰۷: ۵۰). به تحقیق، خداوند بندگان را به علت علاقه و محبت شدید آنان نسبت به فرزندانشان مورد رحمت و بخشایش قرار می‌دهد. بر این اساس شارع نه تنها خواستار دوستداری فرزند است؛ بلکه می‌خواهد این دوست داشتن شدید و همه جانبه و جامع باشد. به‌نحوی که نه تنها والد نگران دنیای فرزند که نگران عقبای او نیز باشد. از آنجاکه غالباً علاقه شدید والد نسبت به فرزند امری طبیعی و غریزی است مع‌هذا به علت مصالح مترتب بر این علاقه غریزی و به جهت تحریک والدین به ازدیاد آن و پرهیز از کمرنگ شدن، آن وعده مذکور داده شده است. لذا اگر این محبت توسط حاضنی غیر از والدین نسبت به اطفال صورت گیرد به علت فقدان علاقه غریزی و طبیعی در حاضن، مستحق اجر و ثواب بیشتری است.

پیامبر اسلام (ص) می‌فرمایند: «خداوند رحمت نماید کسی که فرزندش را بر انجام کار و منش نیک، کمک‌رسان و مددکار باشد. گفته شد چگونه او را بر کار خیر مودرسانی نماید. فرمودند: «کارهای اندک خوب او را بپذیرد و از بدی‌های او بگذرد. او را در مضیقه و تنگنا قرار ندهد. بر این اساس شخص مسلمان انگیزه‌های مذهبی عالی‌تری برای به عهده گرفتن حضانت فرزند دارد»^۱ (بروجردی، ۱۳۸۶: ۸۵۶).

۱. قال رسول الله (ص) رحم الله من أعان ولده علی بره قال قلت کیف یعبیه علی بره قال یقبل میسوره و یتجاوز عن معسوره و لا یرهقه و لا یخرق به فلیس بینه و بین ان یصیر فی حد من حدود الکفر الا أن یدخل فی عقوق أو قطیعه رحم ثم قال رسول الله ص - الجنة طیبه طیبها الله و طیب ریحها یوجد ریحها من مسیره الفی عام و لا یجد ریح الجنة عاق و لا قاطع رحم و لا مرخی الإزار خیلاء.

امام سجاد (ع) در اهمیت مسئولیت والدین در تربیت فرزند می‌فرمایند: «اما حق فرزندت، بدان که او از توست و خیر و شرش در دنیا به تو خواهد رسید و منسوب به تو می‌شود و تو مسئول هستی در قبال وظایفی که بر عهده توست، از حسن ادب و هدایت و راهنمایی به سوی پروردگارش و او را یاری کنی در اطاعت پروردگار. اگر وظایف خود را به‌خوبی به انجام رساندی به تو ثواب می‌رسد و در غیر این صورت عقاب خواهی شد؛ پس به‌خوبی وظیفه تربیت را انجام بده، مانند کسی که در همین دنیا آثار نیک کارهای فرزندش به او می‌رسد و مانند کسی که در مقابل خداوند عذر داشته باشد»، (حیدری نراقی، ۱۳۸۵، ۳۱۱). یعنی هیچ‌گونه کوتاهی در امر تربیت فرزند روا مدار. از فحوای روایات مربوط به باب اولاد چنین برمی‌آید که پدر و مادر هم‌زمان با فرزنددار شدن، مأموریت عظیم و کم‌نظیری از طرف نظام آفرینش به آن‌ها محول می‌گردد که قسمت اعظم سعادت و شقاوت آن‌ها به کیفیت و چگونگی ایفای این مأموریت وابسته است. در واقع از نظر دین، تربیت و حضانت فرزند تنها یک امر اجتماعی و خانوادگی نیست؛ بلکه یک امر الهی و شرعی است و کسی که به دنبال اجر و ثواب الهی می‌باشد، لازم است وضعیت مزبور را قدر دانسته و حظ و بهره خود را در حیطه تکامل معنوی از موقعیت مزبور به‌طور کامل استیفا نماید و این امر نیز منوط به این است که وظایف و تکالیف خود را در ارتباط با ولد به نحو تام و کامل انجام دهد و چیزی از حقوق طفل را فرونگذارد؛ زیرا طفل به‌مثابه زمین مستعدی است که آماده شکوفایی و بارور شدن در انواع زمینه‌های مختلف است و والدین نباید با سهل‌انگاری و تفسیرهای شخصی، مسیر شکوفایی طفل را مسدود نمایند؛ زیرا هرگونه اهمال در حضانت در دوره‌ای که طفل تحت حضانت است، منجر به ضربات جبران‌ناپذیری بر طفل می‌شود که در دنیا و آخرت دامن‌گیر والدین خواهد شد.

۴- مبانی جرم‌انگاری اهمال در حضانت کودک

جرم‌انگاری فرآیندی است که در طی آن یک رفتار فاقد وصف کیفری، در چهره جدیدی به نام رفتار مجرمانه قابل مجازات تعریف می‌شود. از آنجاکه جرم‌انگاری یک رفتار اجتماعی عقلانی است، لاجرم باید همراه با معیارهایی باشد که اندیشمندان حقوق کیفری آن را به‌صورت کلاسیک تبیین نموده‌اند. جرم‌انگاری اهمال در حضانت با توجه به چند اصل کلاسیک قابل توضیح است:

۱. «و اما حق ولدك فتعلم انه منك ومضاف اليك في عاجل الدنيا بخيره وشرة وانك مسؤول عما وليته من حسن الادب والدلالة على ربه والمعونة على طاعته فيك وفي نفسه فمتاب على ذلك ومعاقب فاعمل في امره عمل المتربين بحسن اثره عليه في عاجل الدنيا المعذر الي ربه فيما بينك وبينه بحسن القيام والاخذ له منه» (ابن سعید، ۱۴۰۵: ۶۲۸)

۴-۱- اصل ضرر (مبانی عینی)

اصل آسیب یا زیان را می‌توان بانفوذترین توجیه در الگوی جرم‌انگاری برشمرد. به‌موجب این اصل تنها هدفی که برای بشریت به‌صورت فردی یا جمعی جهت مداخله در آزادی عمل افراد تضمین می‌شود، محافظت از خود است؛ اینکه تنها هدفی که به خاطر آن می‌توان بر هر عضو یک جامعه متمدن، برخلاف میل او، به‌درستی اعمال قدرت کرد و مانع آسیب‌رسانی به دیگران شد؛ (محمودی جانکی فیروز ۱۳۸۶: ۱۱۸؛ Hamowy, Ronald, 2008:11). در جرم‌انگاری بد حضانته نیز می‌توان جلوگیری از آسیب و زیان به اطفال را مدنظر قرارداد. منظور از ضرر در جرم‌انگاری صرفاً ناظر به زیان مادی نیست؛ بلکه اضرار معنوی و حیثیتی نیز مجوز ورود آن رفتار به حوزه کیفری است؛ زیرا بد حضانته موجب بروز آثار مخرب و ضربه روانی به کودکان در هنگام رشد و بلوغشان می‌شود. بروز آثاری نظیر رفتارهای ضداجتماعی، عزت‌نفس پایین و بزه‌کاری که در دوره کودکی یا در دوره بزرگ‌سالی نمایان می‌شود.

سال‌هایی که طفل به‌واسطه افتراق (طلاق) والدین یا فوت هر دو یا یکی از آن‌ها تحت حضانت است جزء مهم‌ترین دوره‌های تربیتی و رشد کودک محسوب می‌گردد. رعایت تام حقوق کودک در دوره حضانت، سنگ بنای رشد و شکوفایی طفل در دوره‌های آتی حیاتش می‌باشد. به‌گونه‌ای که بنیان‌های سلامت جسمانی، عاطفی و تربیتی و اخلاقی طفل در همین دوران طرح‌ریزی می‌شود؛ و هرگونه فروگذاری و اهمال در امر تأمین نیازهای اصلی و اساسی طفل، منجر به انواع اختلال‌ها و نارسایی‌ها در دوره‌های آتی زندگی او خواهد شد؛ لذا اهمیت دوران مزبور موجب تکالیف متعددی برای حاضن یا حاضنه است که گاه قانون‌گذار را مجبور به دخالت و نظارت کیفری بر رعایت حقوق اطفال در زمان حضانت نموده است.

بد حضانته گاه موجب احساس گناه، شرم، ترس و خشم می‌شود. کودک ممکن است خود را سزاوار بد حضانته بداند و یا به خاطر افشای بد حضانته خانواده و... احساس گناه و شرمساری نماید. بد حضانته همچنین ممکن است موجب کابوس شبانه، ترس‌های مرضی و حتی پرخاشگری در بعضی از موقعیت‌ها می‌شود. بزه دیدگان اهمال در حضانت، در تنظیم و مدیریت واکنش‌های عاطفی دچار مشکل هستند و به موقعیت‌های نگران‌کننده و سخت به‌صورت آنی و بدون اراده واکنش نشان می‌دهند. وقتی که خانواده به‌عنوان مرکز اصلی تزریق امنیت و آرامش از کارکرد اصلی خود منحرف می‌شود طفل نیز احساس تسلط اندکی بر خود می‌نماید و این امر به‌تدریج موجب بروز انحراف و رفتار ضداجتماعی می‌شود (قاسمی مقدم، ۱۴۰۰: ۱۲۰).

به‌طور کلی «خودداری از حضانت»، آسیب‌های متعددی را به طفل وارد می‌سازد که ابزارهای مدنی و اداری قادر به جلوگیری از آن نیستند و نمی‌توان با آن‌ها، والدین را به تکالیف قانونی واداشت. بر این اساس قانون‌گذار برای جلوگیری از آسیب‌های فردی و اجتماعی توسل به مجازات را به‌عنوان آخرین چاره برگزیده است.

۴-۲- اصل اخلاقی (اخلاق‌گرایی حقوقی)

استانداردهای رفتاری و اصول اخلاقی معین برای حمایت از جامعه تنظیم شده و نقض آن‌ها علاوه بر ارتکاب گناه یا جرم علیه شخص، ارتکاب جرم علیه جامعه به‌عنوان یک کل می‌باشد. به اعتقاد اندیشمندان حقوق کیفری، در پاره‌ای از جرائم، کارکرد این حقوق، صرفاً اجرای یک اصل اخلاقی است. از نظر پاتریک دولین^۱ رفتار اخلاقی برای حفظ انسجام یک دولت ضروری است و بنابراین قانون‌گذاران باید این حق را داشته باشند که رفتار غیر اخلاقی را جرم‌انگاری کنند (Devlin, 196:10,11). در این راستا «خودداری از حضانت» بدون شک عملی بد اخلاقی است که به قانون‌گذار اجازه می‌دهد از ابزارهای حقوقی در جلوگیری از نقض آن بهره‌برد. از طرفی فرآیند جرم‌انگاری رفتار مزبور نیز باید با اخلاق عمومی و انتظارات جامعه همخوانی داشته باشد و در تعارض با خواسته‌ها و افکار عمومی نباشد. به نظر می‌رسد در طی سال‌های اخیر به‌واسطه انعکاس اخبار کودکان آزاری به‌صورت گسترده در رسانه‌های عمومی و افزایش اطلاعات عمومی جرم‌شناختی در سطح جامعه مبنی بر وجود ارتباط معنادار بین اهمال در حضانت و مراقبت از اطفال و بزهکاری آن‌ها، افکار عمومی آماده پذیرش جرم‌انگاری در حوزه مزبور شده است.

از منظر جامعه‌شناختی به هر میزان که رفتارهای اخلاقی و اعتقادی در جامعه دینی کاهش یابد، قانون‌گذار جهت حل خلأهای ناشی از فقدان مؤلفه‌های مذکور، نیازمند مداخله بیشتر می‌باشد. از آنجاکه حفظ کیان خانواده بر پایه مهر و مودت و اخلاق و مدارا استوار است، در شرایط فقدان یا ضعف اخلاق در تعاملات خانواده و حضانت طفل، قانون‌گذار کیفری در زمینه اهمال در حضانت نیز علی‌رغم حوزه حقوق خصوصی در موضوع حضانت با حربه تهدید به کیفر وارد شده است؛ لذا این حمایت کیفری پیش از آنکه از نظر انطباق قوانین کیفری ایران با معیارهای بین‌المللی مورد تأمل قرار گیرد، باید از این منظر توجه شود که آیا کیفر مزبور می‌تواند از حقوق بنیادین اطفال بی‌گناه در برابر منفعت‌طلبی‌های والدین یا سرپرست وی محافظت نماید؟

بنیان خانواده بر مدار عشق و محبت و مودت انسانی شکل می‌گیرد و تا زمانی به حیات و بالندگی خود ادامه می‌دهد که در همان مدار اولیه حرکت نماید. مودت و محبت بی‌دریغ و عاری از منفعت‌گرایی و تجارت‌گونه، ریشه در اخلاق و فضایل انسانی دارد و اصولاً عالم حقوق و قانون که عالم به بایدونبایدهای الزام‌آور مادی و قهری است، به آن حریم مقدس راهی ندارد. مصلحت کلی جامعه و خانواده نیز در همین است که اخلاق، اداره‌کننده باشد و نه حقوق. باین حال حقوق می‌تواند با هزینه زایی برای رفتارهای خارج از چارچوب اخلاقی، زمینه‌های تهدید اخلاقی را با شیوه‌های مناسب از بین ببرد. زمانی که طفل بدون علت مورد ظلم واقع می‌شود، قانون‌گذار با حربه مجازات، اندکی از درد وارده بر طفل را بر حاضن وارد می‌کند تا شاید با چشیدن اندکی از درد و رنج طفل، از تکرار جرم و تضییع حقوق کودک جلوگیری نماید.

شاید این سؤال مطرح شود که کسی که مهر فرزند و عاطفه مادری یا پدری، نتواند او را به انجام تکالیف پدرا نه و مادرانه وادار نماید، آیا مجازات تعزیری درجه هشت، توانایی این کار را دارد؟ در پاسخ باید گفت: هدف قانون‌گذار عدم استفاده از حربه مدنی (خاتمه حضانت) و ایجاد یک تضمین حداقلی برای استمرار آن در جهت رعایت مصالح طفل است. در واقع قانون‌گذار از طریق توسل به حربه کیفری در عرصه مذکور، به دنبال صیانت از حقوق کسانی است که به دلایل مختلف فیزیکی و اجتماعی توانایی دفاع در برابر تعدیات طرف قوی‌تر را ندارند (میر کمالی، ۱۳۹۶، ۲۹۴). از طرفی خانواده حریم مقدسی است که نباید ابزار کیفر و مجازات اجتماعی بدان جز در موارد بسیار ضروری راه یابد؛ زیرا طفل نباید خود را در مواجهه با سرپرستی که او را به‌عنوان تنها تکیه‌گاه زندگی تلقی می‌نماید، تسلیم محض بداند که هیچ چاره‌ای در برابر تعدیات او ندارد. در اینجا ابزار قانون کیفری به یاری طفل مزبور می‌آید و به او می‌فهماند در صورت ظلم و تعدی، عاملی مادی و محسوس حقوقی می‌تواند او را در برابر تعدیات شخص قوی‌تر، یاری نماید و او را از ادامه تعدی و ظلم نابجا بازدارد.

جرم اهمال در حضانت همانند سایر جرائم دارای سه عنصر قانونی و مادی و روانی است. به عنصر قانونی در مباحث پیشین اشاره شد، در ادامه مهم‌ترین عنصر یعنی رکن مادی بررسی می‌شود و در نهایت به نکاتی پیرامون عنصر روانی جرم اشاره می‌شود:

۵- عنصر مادی و اجزاء آن

دو عامل مهم دین و عرف در تحدید و ترسیم حضانت نقش دارند. بر اساس دین و مذهب خانواده، برخی از حقوق ثابت طفل که وابسته به زمان و مکان خاصی نیست و در بردارنده محدوده حضانت است، به‌صراحت تعیین می‌شود. مذهبی که طفل بدان وابسته است، در بردارنده مفاهیم و مصادیق عالی و غیرقابل تغییر حضانت است. بر این اساس یکی از حقوق معنوی طفل، آن است که اگر طفلی دارای والدین شیعه یا سنی می‌باشد، در صورت فوت یا ناصالح بودن آن‌ها، در تعیین سرپرست و قیم، نباید مذهب وی با مذهب طفل در تعارض باشد؛ زیرا مذهب در بردارنده هویت اصلی طفل است و هر طفلی حق دارد با هویتی که بر اساس آن متولد شده است، رشد و نمو پیدا کند (انصاری، ۱۴۱۵: ۴۳۴). عرف نیز در بردارنده مفاهیم و مصادیق متغیر حضانت بر حسب زمان و مکان و موقعیت خانوادگی و اجتماعی و اقتصادی طفل است.

۵-۱- نوع رفتار فیزیکی و مصادیق آن

قانون‌گذار به‌موازات جرم‌انگاری نقض وظایف مرتبط با حضانت در قانون حمایت خانواده، (۱۳۹۱)، در قوانین بعدی نیز پاره‌ای از مصادیق «اهمال در حضانت» را جرم مستقل دانسته است. در این راستا در ماده ۵۴ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱، هرگونه خودداری از تکالیف حضانت به‌طور عام و کلی تحت عنوان اهمال در حضانت در نظام کیفری جرم‌انگاری عام شده است؛ ولی برخی از اشکال حضانت، به‌طور مستقل و با کیفر متفاوت و شدیدی جرم‌انگاری شده که می‌توان آن‌ها را صور خاص جرم کوتاهی در حضانت نامید بر این اساس ضروری است رفتار فیزیکی در هر دو حالت به‌طور جداگانه بررسی شود:

۵-۱-۱- اهمال در حضانت در معنای عام

اهمال: رکن اصلی عنصر مادی جرم موضوع ماده ۵۴ ق.خ، اهمال در حضانت است، اهمال معمولاً از طریق ترک فعل میسر می‌شود و درجه‌ای ضعیف‌تر از سوء رفتار تلقی می‌گردد. در مجموع فروگذاری از تأمین نیازهای اساسی طفل، اهمال در حضانت محسوب می‌شود که دارای انواع مختلف اهمال فیزیکی، بهداشتی، عاطفی تربیتی و اخلاقی می‌باشد. هرچند مقنن در صدر ماده از عبارت «خودداری از حضانت» استفاده کرده است؛ اما نوع رفتار فیزیکی را نمی‌توان منحصر به ترک فعل دانست و واژه اهمال با اندکی تسامح افعالی را که تربیت و سلامت جسمی و روانی کودک را به خطر می‌اندازد، شامل می‌شود؛ بنابراین نوع رفتار فیزیکی جرم خودداری از حضانت شامل: فعل مثبت و فعل منفی می‌شود. از نظر مؤلفان اصطلاح «اهمال حضانت» رساتر

و جامع‌تر است، در ادامه به مصادیق اهمال در حضانت پرداخته‌شده است. بند پ ماده ۱ قانون حمایت از اطفال مصوب ۱۳۹۹ در تعریف بی‌توجهی و سهل‌انگاری در حضانت بیان می‌دارد: «کوتاهی در انجام تکالیفی از قبیل تأمین نیازهای اساسی و ضروری طفل یا نوجوان یا وظایف مربوط به حضانت، ولایت قیمومت، سرپرستی، تربیت و نظارت یا مراقبت از اطفال توسط والدین، اولیا، سرپرست قانونی یا هر شخصی که مکلف به آن است». گذشته از ترک فعل، برای پوشش خلأها قانون‌گذار در توسعه مفهومی اهمال، طیف مختلفی از رفتارهای ایذایی چون آزار جنسی و سوءاستفاده جنسی، بهره‌کشی اقتصادی، قاچاق و خریدوفروش کودک که ممکن است از طرف والدین و حاضن علیه کودک صورت گیرد، در قانون اخیر، تعریف و جرم‌انگاری شده تا در بخش رفتارهای فیزیکی، جرم تخطی از حضانت جامعیت یابد.

تعریف اهمال در حضانت متأثر از فرهنگ‌ها و آداب‌ورسوم و مکان و زمان و ... صورت گرفته است. انجام یک کار سبک و ساده توسط یک طفل شش‌ساله در مزرعه‌ی یک خانواده روستایی یا عشایری امری عادی محسوب می‌شود. در حالی که وادار نمودن طفلی که در یک زندگی شهری رشد و نمو پیدا کرده است، به انجام کار مزبور مصداق بارز اهمال در حضانت تلقی می‌شود. در مجموع قانون‌گذار به دنبال موارد عادی و سبک تعرض به اطفال بوده و قانون مزبور ناقض قوانینی که به صورت خاص، موارد تعرض و خشونت علیه اطفال را جرم‌انگاری نموده، نیست.

۵-۱-۱-۱- اهمال فیزیکی (معیار جسمی)

در دوران حضانت، طفل از نظر جسمی نیاز به مراقبت بیشتری دارد؛ زیرا به اقتضای ضعف جسمی و ناآگاهی طفل، در مورد عوامل تهدیدکننده سلامت، ممکن است خطراتی همانند سوختگی یا شکستگی اعضا یا از بین رفتن منافع حیاتی، سلامت و جان وی را تهدید نماید. آسیب‌های جسمی احتمال دارد که تا آخر عمر با کودک همراه باشد و در این دوران، حادث شود؛ لذا مسئول حضانت نسبت به پیشگیری از آسیب‌های مزبور نیازمند هشیاری و مراقبت است. گاه طفل بیمار نیازمند ویزیت پزشک یا بستری در بیمارستان است و به تأخیر انداختن غیرمتعارف معالجات پزشکی و درمانی طفل در موارد ضروری، از مصادیق خودداری از حضانت محسوب می‌شود.

در حالت عادی و معمولی، حاضن این وظیفه را به خوبی انجام می‌دهد؛ اما در صورتی که وی دارای مشکلات هوشی یا اعتیاد شدید به مواد مخدر صنعتی باشد، امکان اهمال در زمینه حضانت طفل وجود دارد؛ در این شرایط قانون‌گذار با وضع قوانین پیشگیری‌کننده در بدو امر، از سپردن حضانت طفل به افراد مزبور خودداری نموده است؛ اما این امکان نیز وجود دارد که حاضن در ادامه

حضانت دچار مشکلات مزبور شود؛ در این صورت وظیفه خویشاوندان و یا همسایگان مطلع، این است که بلافاصله مراجع قانونی را در جریان امر قرار دهند. با توجه به حساسیت امر اطلاع‌رسانی عمومی در این زمینه یا حتی وضع قوانین الزام‌آور جهت اطلاع‌رسانی شهروندان در مورد حاضنی که دارای حالات پرخطر است، امری ضروری و مقرون به صواب است.

در مجموع هرگونه رفتاری که منجر به آزار جسمی بر کودک شود، اعم از اینکه دارای آثار مشخص و محسوسی بر اعضا ظاهری یا باطنی (کبد طحال و ...) کودک باشد، سوء رفتار جسمی قلمداد می‌شود؛ لذا سوء رفتار جسمی بسیط و سوء رفتار جسمی شدید همانند ضربه زدن به کودک با دست یا پا یا با ابزار خاصی همانند شلاق؛ پرت کردن یا هل دادن کودک با قوت؛ در معرض گرما یا سرمای شدید قرار دادن طفل؛ سوزاندن اعضای بدن او و هرگونه رفتاری که منجر به ایجاد الم و درد جسمانی غیرمتعارف گردد، می‌تواند جزو مصداق سوء رفتار جسمی قلمداد شود. سوء رفتار جنسی نیز شامل هرگونه رفتاری است که به‌قصد استفاده جنسی از کودک یا هرگونه اقدام در جهت عادی‌سازی رفتارهای جنسی در ذهن کودک از طریق گفتار، تصویر یا رفتار، بر کودک اعمال شود.

۵-۱-۱-۲-اهمال غیر فیزیکی

اهمال غیر فیزیکی مجموعه‌ای از رفتارهایی است که در درجه اول، روح و روان و جنبه باطنی و معنوی طفل را مورد آماج قرار می‌دهد. با توجه به تأثیرات منفی روانی بد حضانتی، می‌توان این نوع اهمال در حضانت و بد حضانتی را به سوء رفتار عاطفی، سوء رفتار اخلاقی و سوء رفتار حیثیتی تقسیم نمود.

نخست: سوء رفتار عاطفی: یکی از ابعاد و جنبه‌های مهم طفل به‌عنوان یک انسان، بعد معنوی و روحی است که قسمت مهمی از حیات مطلوب او در حال و آینده، وابسته به تأمین اقتضائات این بعد است. تعامل همراه با مهربانی و عطوفت حاضن با طفل، هیچ جایگزین دیگری ندارد و سلامت روحی و معنوی و به‌تبع آن رشد عقلی و جسمی طفل، وابسته به بعد عاطفی است. با توجه به این اهمیت در سال‌های اولیه حیات و به سبب برخورداری بیشتر زنان از عنصر عاطفه و احساس، در سال‌های اول زندگی، اولویت حضانت با زنان است. اگر طفلی از نعمت دوستی و مهربانی محروم گردد، امکان سلب شفقت، عاطفه و رحم انسانی در آینده از طفل دور از انتظار نیست (ماده ۱۰۴ قانون خانواده مغرب مصوب ۲۰۰۴). تحقیقات صورت گرفته در مورد صد طفل،

دال بر این است که غالب اطفال بزهدکار کسانی هستند که محبوب خانواده خود نبوده‌اند (Cf. L.). (Pépin, 1977: 8; A.M. Fournier, 1970).

طفلی که در فضایی مملو از خشونت و درگیری بزرگ‌شده، از نظر توازن اخلاقی و نفسانی با مشکلات عدیده‌ای مواجه است. به عبارتی اشخاصی که در دوران طفولیت، احساس امنیت نمی‌کنند، در مراحل آتی زندگی دچار ناهنجاری و خصومت علیه اجتماع می‌شوند.

دوم: سوء رفتار اخلاقی: طرح مطالب سخیف و غیراخلاقی با طفل یا با دیگران و در حضور طفل، معاشرت غیرضروری با افراد دارای سوء رفتار اخلاقی و رفتاری، استفاده از کلمات و عبارات آزاردهنده علیه طفل یا دیگران (در صورتی که منجر به آزار طفل شود)، توهین و تحقیر طفل، فریاد کشیدن یا خشم و غضب متناوب علیه طفل، عدم ایجاد ارتباط عاطفی با طفل یا استفاده از رفتارهایی که باعث تنفر و اشمعزاز طفل می‌شود.

سوم: سوء رفتار حیثیتی: طفل رو به رشد و شکوفایی ذهنی به مرور زمان با مقوله‌ای به نام حیثیت و ارزش و اعتبار اجتماعی آشنا می‌شود و برای تعامل اجتماعی که هیچ‌گونه گریزی از آن نیست، خود را نیازمند حیثیت اجتماعی مزبور می‌بیند. در این زمینه اگر حاضر به اموری همانند تکی‌گری اشتغال داشته باشد و یا به هنجارهای اجتماعی اعم از نوع پوشش و ... ملتزم نباشد طفل احساس شرمندگی و فروتری نسبت به همسالان خود می‌نماید و بر فرض تأمین نیازهای فیزیکی و جسمی او، یکی از مصادیق بارز «اهمال در حضانت» تلقی می‌شود.

علاوه بر مطالب فوق، سایر اشکال اهمال در حضانت را می‌توان در موارد ذیل برشمرد:

- هرگونه رفتاری که به سلامت یا امنیت یا اخلاق طفل صدمه بزند؛
 - تنها گذاشتن طفل برای مدت طولانی نه برحسب اتفاق که به‌عنوان یک‌رویه تبدیل شده باشد؛
 - ممانعت از ملاقات طفل با یکی از والدین و یکی از خویشان نزدیک او بدون عذر موجه؛
 - معاشرت با افرادی که دارای سوء خلق یا اعتیاد به مواد مخدر و الکلی و سایر ویژگی‌های منفی هستند. به‌گونه‌ای که یک مسئول دلسوز از نظر عرفی فاقد چنان معاشرت‌هایی است؛
 - ممانعت از تحصیل طفلی که به سن ۶ سال تمام رسیده است؛
 - محروم نمودن طفل از تفریحات سالم یا معاشرت با هم‌سن‌وسالان.
- همه موارد بالا در قالب سوء رفتار با طفل قرار می‌گیرند.

۵-۱-۲- مصادیق خاص مجرمانه اهمال در حضانت

روش مقنن در حمایت از حقوق محضون این است که برخی از مصادیق رفتاری اهمال در حضانت را که توسط حاضن یا والدین صورت می‌گیرد، در قالب عناوین عام مجرمانه در قانون مجازات با حبس و دیه و قصاص پاسخ می‌دهد و در قوانین خاص مانند قانون حمایت از اطفال و نوجوان مصوب ۱۳۹۹ نیز موارد خاصی نظیر خودداری از ثبت‌نام کودک در مدرسه (ماده ۸ قانون حمایت اطفال)، اقدام برای ترک تحصیل، فرار کودک از خانه (ماده ۱۰)، آزار جنسی و سوءاستفاده جنسی (مواد ۱۱ و ۱۲)، اقدام برای قاچاق کودک، انتقال و فروش اعضا و جوارح و بهره‌کشی اقتصادی از آنان، جرم‌انگاری و مستوجب کیفر شدید حبس درجه ۳ تا ۷ می‌باشند؛ بنابراین در کیفر دهی اهمال در حضانت ابتدا باید عمل حاضن را با مواد فوق تطبیق داد و چنانچه مشمول آن‌ها نشود با لحاظ ماده ۵۴ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱ برای آن، مجازات تعیین نمود. در صورت خاص اهمال در حضانت، تردیدی در نوع رفتار فیزیکی نیست و قانون‌گذار هر دو طیف افعال ایجابی و سلبی را موجب جرم تلقی کرده است که در ادامه به آن‌ها اشاره می‌شود:

۴۱

۵-۱-۲-۱- امتناع از تحصیل کودک یا فراهم‌سازی موجبات ترک مدرسه و خانه

از مصادیق اهمال در حضانت که هم به شکل ایجابی و سلبی به وقوع می‌پیوندد، محروم نمودن طفل از حق تحصیل است. در این نوع رفتار، حاضن به دلایل مختلفی از ثبت‌نام کودک در مدارس امتناع می‌ورزد یا با تهدید و تشویق، سبب فرار وی از مدرسه و خانه می‌گردد یا به هر نحوی موجبات ترک تحصیل محضون را فراهم می‌کند. اهمیت حق تحصیل کودک به حدی است که قانون‌گذار نخست این رفتار را جرم‌انگاری و مواد ۷ و ۸ را به آن اختصاص داده است. ماده ۷ در این خصوص مقرر می‌دارد: «هر یک از والدین، اولیاء یا سرپرستان قانونی طفل و نوجوان و تمام اشخاصی که مسؤولیت نگهداری، مراقبت و تربیت طفل را بر عهده‌دارند، چنانچه برخلاف مقررات ... از ثبت‌نام و فراهم کردن موجبات تحصیل طفل و نوجوان واجد شرایط تحصیل تا پایان دوره متوسطه امتناع کنند یا به هر نحوی از تحصیل او جلوگیری کنند، به انجام تکلیف یادشده و جزای نقدی درجه هفت قانون مجازات اسلامی محکوم می‌شوند.» بر اساس ماده ۸ نیز هرگاه حاضن «با تهدید، ترغیب یا تشویق موجب فرار طفل از خانه یا مدرسه و یا ترک تحصیل وی شود یا اطفال یا نوجوانان را بدین منظور فریب دهد و یا موجبات آن را تسهیل یا فراهم کند، در صورت فرار یا ترک تحصیل، حسب مورد به یک یا چند مورد از مجازات درجه شش قانون مجازات اسلامی محکوم می‌شود».

۵-۱-۲-۲- بی‌توجهی منجر به فوت و آسیب شدید جسمی و آزار جنسی

ماده ۹ قانون حمایت اطفال، هرگونه بی‌توجهی و سهل‌انگاری والدین و غیر والدین نسبت به کودکان و نوجوانان را که منجر به آسیب و صدمه مندرج در ماده می‌شوند، حسب نوع آسیب، علاوه بر دیه، به مجازات حبس درجه ۵ تا ۸ محکوم می‌نماید و در صورتی که مرتکب از والدین کودک باشد مقنن با اعمال تخفیف، حداقل مجازات را اعمال می‌کند. ماده ۹۱ در مقایسه با جرم اهمال در حضانت از حیث مرتکب و بزه دیده قلمرو گسترده‌تری دارد؛ اما در مصادیق اهمال، نسبت به ماده ۵۴ محدودتر است؛ بنابراین به دلیل لاحق بودن در مواردی که با هم مغایرت دارند، قانون حمایت خانواده را صرفاً تخصیص می‌دهد. جرم موضوع ماده ۹، جرمی مقید است که تا زمانی که یکی از نتایج مصرح در کودک حاصل نشود، جرم تحقق نمی‌یابد؛ به‌علاوه نتایج و آسیب‌های یادشده نیز حصری بوده و ناظر به برخی از آسیب‌های جسمی و روانی است و شامل همه ضررهای مالی وارده به کودک نمی‌شود در نتیجه هرگاه در اثر سهل‌انگاری دست‌مخضون کبود شود یا یک بیماری جسمی موقت در او ایجاد گردد یا اینکه مالی از کودک تلف شود، حاضن مشمول کیفر حبس ماده ۹ نخواهد بود؛ لیکن برای مجازات وی می‌توان به ماده ۵۴ قانون حمایت خانواده استناد نمود. این درحالی است که جرم اهمال در حضانت در قانون حمایت خانواده جرم مطلق است که به‌محض کوتاهی و اهمال حاضن فارغ از نتیجه، جرم محقق می‌شود.

۴۲

۵-۱-۲-۳- آزار و سوءاستفاده جنسی از محضون

آزار جنسی و سوءاستفاده جنسی حاضن از کودک ممنوع است و طیف وسیعی از رفتارهای جنسی تماسی و غیر تماسی را در برمی‌گیرد. در این رهگذر بهره‌کشی جنسی از طریق عرضه، وادار کردن یا اجیر کردن و در دسترس قراردادن یا ارائه محتواهای مستهجن و مبتذل به طفل، استفاده طفل برای تهیه و توزیع آثار منافی عفت که همگی از مصادیق سوءاستفاده جنسی از

۱. ماده ۹- هرگاه در اثر بی‌توجهی و سهل‌انگاری اشخاص غیر از والدین نسبت به اطفال و نوجوانان نتایج زیر واقع شود، مقصر علاوه بر پرداخت دیه به‌شرح زیر مجازات میشود:

- (الف) فوت طفل یا نوجوان حسب مورد به مجازات حبس درجه پنج قانون مجازات اسلامی؛
 (ب) فقدان یکی از حواس یا منافع، قطع، نقص یا ازکارافتادگی عضو، زوال عقل یا بروز بیماری صعب‌العلاج یا دائمی جسمی یا روانی و یا ایراد جراحت از نوع جانفیه یا بالاتر حسب مورد به مجازات حبس درجه شش قانون مجازات اسلامی؛
 (پ) نقصان یکی از حواس یا منافع، شکستگی استخوان یا دیگر اعضاء و یا بروز بیماری روانی به مجازات حبس درجه هفت قانون مجازات اسلامی؛
 (ت) جراحت سر و صورت و یا گردن در صورت عدم شمول هر یک از بندهای (ب) و (پ) به مجازات حبس درجه هشت قانون مجازات اسلامی؛

(ث) آزار جنسی ناشی از بی‌توجهی و سهل‌انگاری شدید و مستمر حسب مورد به یکی از مجازات‌های درجه هشت قانون مجازات اسلامی. تبصره- هرگاه بی‌توجهی و سهل‌انگاری والدین منجر به نتایج موضوع این ماده شود؛ حسب مورد به مجازات تا حداقل مندرج در بندهای فوق محکوم می‌شوند، در خصوص بند «ت» این ماده در صورتی والدین مشمول حکم این تبصره می‌شوند که اقدامات لازم برای جلوگیری از صدمه را انجام نداده باشند و صدمه مستند به آنها باشد

کودکان به شمار می‌روند، در ماده ۱۰ جرم‌انگاری شده‌اند و مرتکب، حسب مورد به یکی از مجازات‌های بندهای ۹ گانه محکوم می‌شود. به جهت تأثیرپذیری و سرزنش‌پذیری جرائم منافی عفت، در فقه امامیه، قانون‌گذار رویکرد سخت‌گیرانه اتخاذ نموده است، به گونه‌ای که کمترین واکنش کیفری مقرر، مجازات درجه ۸ برای آزار جنسی غیر تماسی و قراردادن آثار مبتذل در اختیار کودک است و این کیفر در موارد آزار جنسی تماسی که مشمول حد نباشد، تا حبس درجه ۵ (۲ تا ۵ سال) افزایش می‌یابد.

۵-۱-۲-۴- بهره‌کشی اقتصادی از محزون

منظور از بهره‌کشی اقتصادی، به کارگیری غیرقانونی طفل و نوجوان یا وادار کردن یا گم‌کردن او به کار یا خدمتی است که از لحاظ جسمی، روانی، اخلاقی یا اجتماعی با توجه به وضعیت طفل برای وی مضر یا خطرناک باشد. وفق ماده ۱۵ هر شخصی از جمله حاضن «برخلاف قانون کار مرتکب بهره‌کشی اقتصادی از طفل ... شود علاوه بر مجازات مقرر در قانون کار به حبس درجه ۶» محکوم می‌شود. در این مقرر، بهره‌کشی اقتصادی به نقض «قانون کار» منحصر شده است و اگر حاضن برخلاف مقررات کنوانسیون حقوق کودک، تعمداً سوءاستفاده اقتصادی از کودک بنماید، ماده ۱۵ درباره وی اعمال نمی‌شود و بایستی به استناد ماده ۵۴، مرتکب را کیفر نمود.

۵-۱-۲-۵- خریدوفروش محزون و یا اعضا و جوارح او

تردیدی نیست خریدوفروش کودک و قاچاق او، عملی برخلاف وظایف حضانتی است که غالباً با هدف فحشاء و هرزه‌نگاری، بهره‌کشی اقتصادی، برداشت اعضا یا جوارح طفل و یا استفاده از طفل و نوجوان در فعالیت‌های مجرمانه انجام می‌شود. حتی احتمال دارد حاضن خود به انتقال یا خرید فروش و قاچاق اعضا و جوارح کودک بانگیزه مالی و غیرمالی مبادرت ورزد. چنین رفتارهای سه‌گانه‌ای که همگی از نوع فعل مثبت می‌باشند. در مواد ۱۱ تا ۱۳ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان جرم‌انگاری شده است و حسب مورد به مجازات درجه ۳ تا ۵ محکوم می‌شوند. لازم به ذکر هست که هرگاه انتقال اعضای کودک دچار مرگ مغزی برای درمان بیماران نیازمند انجام شده باشد، از شمول ماده مستثنا می‌باشد به نظر می‌رسد این اختیار ناظر به حاضن نباشد و از حقوق شخص کودک یا ولی قهری اوست؛ زیرا فروش اعضای کودک توسط حاضن در هر حالتی، رفتاری خلاف مصلحت کودک و وظایف حضانتی است؛ بنابراین اگر حاضن به این کار مبادرت ورزد، مرتکب جرم‌اهمال در حضانت شده است. در این مورد اگر به دلیل وجود تبصره، شمول جرم قاچاق یا خریدوفروش اعضای کودک، بر عمل حاضن مردد باشد باز می‌توان مجازات ماده

۵۴ قانون حمایت خانواده را به متخلف اعمال نمود؛ اما نظر قوی تر آن است که پیش تر بیان شد. ۵-۱-۲-۶- استفاده حاضن از کودک در جرائم مخدر، در اختیار قرار دادن یا فروش مواد دخانی به اطفال از دیگر مصادیق سوء رفتار عمدی در حق حاضن، به کارگیری وی در جرائم مرتبط با مواد مخدر است؛ به این شکل که والدین یا شخصی که سرپرستی قانونی طفل را برعهده دارد، از او در خرید و فروش، حمل و توزیع مواد مخدر استفاده نماید. حالت دیگر که آسیب شدیدی در روح و روان کودک به جا می‌گذارد، قرار دادن مواد مخدر در اختیار کودک به منظور سرگرمی یا معتاد کردن کودک است. این رفتارها عمدتاً توسط والدین یا حاضنی انجام می‌شود که اعتیاد به مواد مخدر دارد. در قانون مبارزه با مواد مخدر، این عمل مرتکب در قالب فاعل معنوی (صغیر غیرممیز)، به عنوان جرم مستقل موضوع ماده ۳۵ قابل پیگرد است که حمایت درخوری را از کودک به عمل آورده است؛ با این حال مقنن در قوانین کیفری درباره سایر مواد دخانی نظیر سیگار، قلیان و غیره سخنی به میان نیاورده بود به همین خاطر قانون‌گذار در قانون حمایت از اطفال، صریحاً فروش مواد دخانی به کودک و در اختیار قرار دادن آن‌ها را جرم‌انگاری و مجازات جزای نقدی درجه ۸ برای والدین و حاضن خاطی در نظر گرفته است؛ که گامی در حمایت از سلامت جسمی و روانی کودک محسوب می‌شود. در ماده ۱۶ قانون اطفال بیان می‌شود: «در اختیار قرار دادن یا فروش مواد دخانی به اطفال و نوجوانان یا به واسطه آنان، موجب ضبط مواد دخانی کشف شده و محکومیت مرتکب به جزای نقدی درجه هشت قانون مجازات اسلامی می‌شود». همان طور که مشاهده می‌شود در این ماده، فقط فروش مواد دخانی به واسطه کودک ممنوع شده و رفتارهایی چون توزیع، حمل و نگهداری از قلم افتاده است.

۵-۲- شرایط و اوضاع احوال لازم برای تحقق جرم اهمال در حضانت

مصادیق اهمال در حضانت با توجه به اینکه حاضن زن و مرد باشد، متفاوت می‌باشد و ناشی از موقعیت خاص و متفاوت هر یک از این دو است. حاضن زن علاوه بر اینکه ممکن است در جایگاه شیردهی به طفل باشد و از ناحیه اهمال در شیر دادن به طفل ضرر برساند، به علت ویژگی زن بودن، قاعدتاً باید دارای عواطف ملایم زنانگی باشد که از مرد چنین انتظاری نمی‌رود (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج ۴: ۲۱۴). از طرفی علم و آگاهی راجع به اصول فرزند داری و مصالح و مفاسد مترتب بر طفل امری نسبی است و همگان به یک میزان از آن بهره‌مند نیستند. یک فرد تحصیل کرده و صاحب یک منصب مهم اجتماعی با یک کارگر ساده، هر یک نگرش متفاوتی در مورد حقوق کودک و بالتبع محدوده تکالیف مربوط به حضانت دارند؛ پاره‌ای از حقوق طفل نیز آن چنان بدیهی و واضح است

که مورد اشراف و اذعان همگان است. لذا در احصاء محدوده حضانت، نباید تنها تکالیف عامی که همگان به آن معترف هستند، مدنظر قرار بگیرد. افزون بر آن، وضعیت فردی حاضن نیز باید مطمح نظر واقع گردد. عرف و جامعه نیز از فرزندان طبقات مختلف اجتماعی انتظارات متفاوتی دارد.

مسئول پرداخت نفقه فرزند، حتی اگر حضانت آن با مادر باشد، بر عهده پدر یا جد پدری است. درواقع اگر حضانت متوقف بر صرف مال باشد، مادر در آن زمینه فاقد وظیفه قانونی و شرعی است؛ بلکه تنها وظیفه مادر در حیطة حضانت، هر اقدام عملی در راستای حضانت غیر از صرف مال است؛ اما به‌هرحال مادر حاضن، باید پدر یا جد پدری را از نیاز طفل به‌صرف مال آگاه سازد (موسوی سبزواری، ۱۴۱۶: ۲۸۰) در صورتی که اشخاص مزبور از پرداخت نفقه فرزند امتناع نموده و در نتیجه آن، مادر از انجام وظایف حضانت بازماند، پدر یا جد پدری به‌عنوان سبب اقوی از مباشر مرتکب جرم‌اهمال در حضانت قلمداد می‌شوند (فضل‌الله، ۱۴۳۲: ۵۶۷). البته از آنجاکه ترک نفقه طفل نیز خود جرم مستقلی تلقی می‌شود (گلدوزیان، ۱۴۰۲: ۶۲۵). به نظر می‌رسد این مورد، تعدد اعتباری محسوب می‌گردد و از آنجاکه در تعدد اعتباری، که رفتاری واحد منجر به چند عنوان مجرمانه می‌گردد، وی به مجازات عنوانی محکوم می‌شود که شدیدتر است. احتمال دوم و قوی‌تر این است که ترک نفقه و تسبیب در اهمال حضانت، مشمول ماده ۱۳۷ قانون مجازات اسلامی و تعدد واقعی جرم می‌شود و در نتیجه وی به هر دو مجازات محکوم و اشد آن به مرحله اجرا گذاشته شود. با این توضیحات محدوده مصلحت طفل، تنها برحسب جوامع مختلف تغییر نمی‌کند؛ بلکه در یک اجتماع و شهر مشخص نیز متفاوت است؛ به‌گونه‌ای که هرگونه رفتاری که مخالف مصلحت طفل باشد و او را با ضرر و حرج و سختی مواجه نماید و توجیه عقلانی و منطقی نداشته باشد، می‌تواند مشمول ماده مزبور قرار بگیرد.

پرواضح است که برای تحقق جرم، کودک و نابالغ بودن محضون (بزه دیده) شرط است و منظور از طفل کسی است که به سن بلوغ شرعی نرسیده باشد؛ بنابراین والدینی که از تربیت و نگهداری فرزند بالغ خود استنکاف ورزد، مشمول مجازات ماده ۵۴ نمی‌شود. درواقع حق حضانت تا قبل از بلوغ کودک و رشد عقلی وی ثابت است. با رسیدن وی به سن بلوغ با رشد عقلی، ولایت پدر و مادر نسبت به او پایان می‌یابد و خود فرد اختیاردار امور خویش می‌گردد (هاشمی‌شاهرودی، ۱۳۸۲: ۳۱۱).

۳-۵- مرتکب جرم (دارنده مسئولیت کیفری)

در نظام حقوقی ایران، حضانت کودک به‌عنوان تکلیفی قانونی بر عهده پدر و مادر نسبی و در مواردی بر عهده فردی غیر از آنان گذاشته شده است؛ از این رو نخستین پرسش در خصوص مرتکب جرم، تعیین فرد دارای مسئولیت کیفری است؛ اینکه زن و مرد در صورت کوتاهی در حضانت، مسئولیت مشترک دارند یا بایستی قائل به تفصیل شد و حکم حالت مختلف (حضانت در زمان زندگی مشترک، در زمان طلاق و حضانت در تلقیح مصنوعی و غیره) را متناسب با شرایط تحلیل نمود؟ در پاسخ می‌توان بیان نمود که همانند مفهوم و مصادیق حضانت، این موضوع نیز بسته به جنسیت حاضن، مصلحت طفل و تحولات زمانی و مکانی تغییر می‌کند و دارنده مسئولیت کیفری جرم حضانت ممکن است بسته به شرایط و فروض مختلف، تغییر یابد.

۳-۵-۱- مرتکب جرم (حاضن) در زمان زندگی مشترک والدین (قبل از طلاق)

آنچه در ابتدای امر پس از شنیدن واژه‌ی حضانت به ذهن متبادر می‌شود نگهداری طفل، پس از جدایی والدین است لیکن اطلاق واژه‌ی حضانت در قانون حمایت خانواده، دوران زوجیت را نیز شامل می‌شود. در باب موضوع حضانت در فرض زندگی مشترک نیز دو فرض متصور است: حالت نخست این است که والدین با توافق یکدیگر، امر نگهداری طفل را به‌صورت مشترک انجام دهند. در حالت دوم، والدین یا یکی از آن‌ها تصمیم می‌گیرد که نگهداری طفل به شخص ثالث واگذار شود.

الف- اشتراک مسئولیت

بر اساس ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی تعهد حضانتی در زمره تکالیف مشترک زوجین در قبال فرزند به شمار می‌رود و قانون مدنی حضانت را تکلیف پدر و مادر دانسته است از این رو بر اساس این ماده، مسؤولیت شامل هر دو آن‌ها می‌شود؛ گرچه پدر نسبت به مادر حق و تکلیف بیشتری مانند ولایت دارد؛ زیرا تکالیف ولایت توأمان با تکلیف حضانت بر عهده او می‌باشد و تبعاً ریاست و ولایت نمی‌تواند موجب انحصار مسئولیت کیفری به پدر به هنگام اهمال در حضانت شود.

در تأیید این دیدگاه، می‌توان به تقسیم وظایف حضانت در دکترین حقوقی استناد جست. از نظر برخی حقوقدانان تعهدات، حضانت به دو قسم تقسیم می‌شود: دسته نخست امورات و مهارت‌هایی است که آداب اولیه‌ی زندگی تلقی می‌شود و یادگیری آن بر همه افراد لازم است، مانند رعایت مسائل بهداشتی، آداب غذا خوردن و نشستن. قسم دوم فعالیت‌های مرتبط با تربیت در حد بالاتر و آمادگی برای اقتصاد زندگی است نظیر یادگیری مهارت شغلی، هنر جنگی. در صورت اختلاف دسته نخست به مادر منتسب می‌شود و در دسته دوم، پدر اولویت دارد (بیگدلی، ۱۳۹۰: ۱۱). بر مبنای

این دیدگاه تقسیم وظایف، مقتضی اشتراک در مسئولیت کیفری است؛ لیکن این نتیجه را در پی دارد که اهمال هر دسته، فقط یک نفر مسئولیت کیفری دارد که با مصلحت طفل سازگاری ندارد. نکته دیگر اینکه ولی قهری و ولی خاص متفاوت از حضانت می‌باشد چون که ولی قهری، ولایت بر اداره امور مالی و غیرمالی دارد در حالی که حضانت ناظر به نگهداری و تربیت طفل می‌باشد، بدیهی است در صورت زنده‌بودن پدر و مادر و جد پدری، تکلیف حضانت بر دوش جد پدری نیست و او مشمول ماده نمی‌شود؛ همچنین است وصی و قیم هم این مورد صدق می‌کند. از مطالب فوق برمی‌آید در اهمال در حضانت، هردو والدین شریک جرم هستند. به دیگر سخن در مواردی که والدین هردو تکلیف دارند، هرگاه هردو آن‌ها کوتاهی کنند، هر دو به‌عنوان شریک و فاعل مستقل مجازات می‌شوند؛ اما در مواردی که حضانت به دلیل ناتوانی روانی و جسمی یکی از آن‌ها، اختصاص به یکی دارد، مسئول فقط همان فرد می‌باشد.

ب- مسئولیت کیفری حاضن ثالث

از ماده ۱۱۶۸، ۱۱۶۹ و ۱۱۷۲ قانون مدنی مستفاد می‌شود که حضانت صرفاً حکم و ناشی از اراده قانون‌گذار نیست و والدین می‌توانند با رعایت مصلحت طفل، درباره آن تراضی کرده و حق حضانت را از پدر به مادر یا بالعکس منتقل کنند. چنین توافقی که بر مبنای ماده ۱۰ ق.م.مدنی شکل می‌گیرد تا زمانی که طرفین به آن پایبند هستند، لازم‌الرعایه است و در این صورت فقط متعهد قراردادی حضانت، مسئولیت کیفری خواهد داشت؛ اما اگر یکی از والدین از آن عدول کند مرجع قضایی با لحاظ این امر که در حال حاضر تکلیف قانونی حضانت برعهده چه کسی است، تصمیم می‌گیرد و در این حالت طرف مقابل نمی‌تواند به دلیل امتناع متعهد قراردادی، از انجام تکلیف قانونی خود امتناع نماید (نظریه مشورتی ۷/۱۱۴۴- ۱۳۸۲/۲۷) و در غیر این صورت مسئولیت مدنی و کیفری خواهد داشت؛ درواقع با عدول یکی از طرفین، تکلیف اولیه حضانت بر ذمه والدین واگذارکننده حق حضانت بازگشت می‌نماید.

در مقابل اغلب حقوقدانان معتقدند بر اساس اصل حاکمیت اراده و مواد ۹۵۹ و ۹۷۵ قانون مجازات اسلامی، واگذاری حق حضانت به شخص ثالث امکان‌پذیر است. بر همین مبنا است که دادگاه نیز می‌تواند در مواردی که سلامت روحی و جسمی کودک تهدید می‌شود، نگهداری طفل را از والدین سلب و به شخص ثالثی واگذار کند (ماده ۱۱۷۵ ق.م.)، (صفایی، ۱۳۹۸: ۴۳۳-۴۰۹) حال در این فرض اگر شخص ثالث در نگهداری طفل کوتاهی کند و یا از اجرای آن امتناع ورزد، به مجازات درجه هفت موضوع ماده ۵۴ قانون حمایت خانواده محکوم خواهد شد. منطوق ماده قانون حمایت

خانواده، برداشت مزبور را تقویت می‌کند؛ زیرا مقنن به جای والدین از عبارت «هرکس که حضانت طفل را بر عهده دارد» استفاده نموده است که با اطلاق خود، شامل غیر والدین نیز می‌گردد.

۵-۳-۲- مرتکب جرم در زمان طلاق

از دیدگاه مشهور فقها در زمان طلاق، حضانت دختر تا سن ۷ سالگی با مادر است و در مقابل پاره‌ای از فقها معتقدند که حضانت پسر نیز تا سن ۷ سالگی بایستی به مادر و مابقی آن تا سن بلوغ به پدر واگذار شود (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳۱: ۲۹۰؛ خوبی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۵۸؛ خمینی، ۱۴۰۹: ۳۳۳). قانون مدنی و قانون حمایت خانواده در اصلحیه خود به دلیل اهمیت و حساسیت نگهداری طفل در سنین ابتدایی، از نظریه غیر مشهور تبعیت کرد و سن حضانت طفل پسر را نیز در تاریخ ۱۳۸۲/۹/۸ به ۷ سال تغییر داد؛ بنابراین در زمان طلاق، دادگاه به حکم قانون، حضانت را به نفع مادر طفل صادر و اعلام می‌کند که در این صورت اگر مادر از انجام تکلیف خودداری نماید و یا در حضانت طفل مرتکب اهمال و تفریط و زیاده‌روی گردد، وفق ماده ۵۴ حمایت از اطفال به مجازات قانونی محکوم می‌شود در نتیجه مرتکب جرم در زمان طلاق برای اطفال ۷ ساله اصولاً مادر طفل می‌باشد؛ اما همان‌گونه که گفته شد در حضانت اطفال بالای ۷ سال، اولویت با پدر است و دادگاه در زمان طلاق، حکم به حضانت طفل بر عهده پدر می‌دهد، مگر این که موجبات اسقاط حضانت در او وجود داشته باشد، حتی اگر دادگاه در خصوص حضانت تصمیمی نگرفته باشد تکلیف حضانت در این زمان بر عهده پدر بوده و ارتکاب جرم تنها از طرف او امکان‌پذیر است. در چنین حالتی کوتاهی مادر در حضانت هر چند غیر اخلاقی و از نظر مدنی مسئولیت داشته باشد؛ اما مسئولیت کیفری برای او در پی ندارد، این نظر با اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها و تفسیر به نفع متهم تقویت می‌شود. با رسیدن اطفال به سن بلوغ، آن‌ها برای اداره امور غیرمالی خود صلاحیت پیدا می‌کنند و از این زمان موضوع حضانت به‌عنوان امری غیرمالی منتفی است؛ بنابراین افراد بالغ می‌توانند تصمیم بگیرند و با هریک از والدین که بخواهند باشند (نظریه مشورتی ۷۶۲۶/۷-۱۳۸۰/۸/۲). بنابراین اهمال در نگهداری و تربیت فرد بالغ جرم تلقی نمی‌شود، حتی اگر شخص زیر ۱۸ سال و غیر رشید تلقی شود؛ چراکه رشد ناظر به اداره امور مالی است و حضانت موضوعاً از رشد خارج می‌باشد.

۵-۳-۳- مرتکب جرم در زمان مرگ والدین

به استناد ماده ۱۱۷۱ ق.م. در صورت فوت یکی از والدین، حضانت با فردی است که زنده است. حکم این ماده در حالتی که ولایت پدر بعد از فوت به جد پدری می‌رسد نیز حکم‌فرما خواهد بود (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲: ۶۱۵؛ حلی، ۱۴۰۹: ۴۱۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸: ۴۳۶). زیرا در حالت عادی،

با وجود یکی از والدین، هیچ شخصی شایسته‌تر از وی در امر حضانت نسبت به طفل نیست؛ حتی برخلاف قانون به عقیده برخی از فقها، ازدواج مادر در این حالت مانعی ایجاد نمی‌کند (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۵۱۲). حقی که در این فرض برای مادر لحاظ شده به موجب قانون است و بدون مداخله دادگاه قابل اعمال است و مستلزم نصب از طرف دادگاه نیست؛ بنابراین در چنین فرضی تکلیف حضانت به صورت پیش فرض بر عهده والدین زنده قرار گرفته و در صورت اهمال در حضانت، وی مستوجب مجازات خواهد بود؛ اما چنانچه هر دو والدین فوت کرده باشند، بنا بر اصل، حضانت متعلق به جد پدری خواهد بود؛ لذا اگر وی از حضانت طفل خودداری ورزد یا مرتکب تقصیر شود، به مجازت مقرر در ماده ۵۴ محکوم خواهد شد.

با این حال در تمام حالت‌های فوق‌الذکر (زندگی مشترک، زمان طلاق و فوت والدین)، اگر مصلحت طفل اقتضا کند، دادگاه می‌تواند حق اولویت پدر و مادر و جد پدری را سلب و حضانت طفل را به شخص دیگری واگذار کند که در این صورت، مسئولیت کیفری مقرر در ماده ۵۴ قانون حمایت خانواده به حاضن انتخابی دادگاه تحمیل می‌شود.

۵-۳-۴- مرتکب جرم در تلقیح مصنوعی

از نظر پزشکی تلقیح مصنوعی در شکل‌های مختلفی صورت می‌گیرد که حکم قسم عمده‌ای از آن‌ها در قانون بیان نشده است و فقها و حقوقدانان درباره مشروعیت و آثار وضعی آن عقاید متفاوت و متعارضی بیان داشته‌اند؛ به‌طور کلی کودک حاصل از این نوع تلقیح با سه دسته افراد شامل: صاحبان نطفه، صاحب رحم و گیرندگان جنین ارتباط پیدا می‌کنند. صرف نظر از مشروع و غیرمشروع دانستن این اقسام، سؤالی که مطرح می‌شود این است که حضانت این طفل بر عهده چه کسی است و در صورت ارتکاب جرم موضوع ماده ۵۴، آیا پدر و مادر نسبی یعنی صاحبان نطفه مسئول می‌باشد یا کس دیگری (گیرنده جنین)؟ برای پاسخ به این سؤال حضانت در فروض مختلف تلقیح واکاوی می‌شود.

۱- تلقیح با نطفه شوهر

در این فرض طفل متولد از نطفه شوهر، طفل قانونی زن و مرد می‌باشد و تمامی احکام مدنی و کیفری حضانت بر آن‌ها بار می‌شود. تنها تفاوت آن با لقاح طبیعی، فقدان رابطه نزدیکی است که قانون‌گذار آن را در ایجاد نسب و احکام وضعی مؤثر نمی‌داند.

۲- مرتکب جرم در تلقیح با نطفه بیگانه

قوانین موضوعه درباره حکم این قسم، ساکت است. دیدگاه غالب در بین حقوقدانان و فقها، عدم مشروعیت تلقیح مصنوعی است؛ باین حال درباره نسب و حضانت دو حالت از هم تفکیک شده است: در حالتی که زن و مرد به عمل لقاح جاهل باشند، طفل ملحق به پدر و مادری طبیعی (صاحبان نطفه) است؛ زیرا طفل مزبور در ردیف ولد شبه است و همان گونه که شبه ولد ملحق به کسی است که جاهل به حرمت رابطه بوده است؛ در فرض مزبور نیز به دلیل فقدان نزدیکی و زنا، این الحاق صورت می‌گیرد؛ بنابراین تکلیف حضانت در جایی که هر دو طرف جاهل باشد با هر دو طرف هست که چنانچه پدر و مادر طبیعی از اجرای این تکلیف خودداری نمایند، به مجازات مقرر در ماده ۵۴ محکوم خواهند شد. مشکلی که در اینجا به وجود می‌آید این است که اگر زن شوهردار باشد با توجه به اینکه امکان زندگی مشترک با پدر طبیعی ممکن نیست، مسئولیت کیفری مشترک هم‌زمان نیز منتفی خواهد بود، حضانت طفل با لحاظ قاعده اولویت و مصلحت کودک بر عهده یک نفر خواهد بود و همان فرد، جرم مورد بحث را مرتکب می‌شود.

اما در حالتی که زن و مرد به واقعیت امر آگاهی دارند برای مثال همسر زن نابارور بوده و وی با گرفتن اسپرم مرد بیگانه‌ای، صاحب فرزند می‌شود. درباره نسب ناشی از این امر بین علما اختلاف نظر وجود دارد. برخی از حقوقدانان معتقدند که طفل به صاحبان نطفه (صاحب اسپرم و مادر طبیعی) ملحق می‌شود؛ زیرا از نظر اصول حقوقی و مواد قانونی، هر فرزند طبیعی، قانونی است؛ مگر اینکه قانون تصریح به خلاف نموده باشد و موردی که قانون به رسمیت نشناخته است ولد زناست که ملحق به زانی نمی‌شود و در بقیه موارد طفل ملحق به پدر و مادر صاحب نطفه می‌شود. در تلقیح مصنوعی چون اعمال ارتكابی را نمی‌توان زنا به معنای واقعی دانست؛ لذا نسب بین صاحبان نطفه و طفل ایجاد می‌شود و مصلحت طفل نیز مقتضی این نظر است (صادقی مقدم، ۱۳۸۳: ۱۶۲). بنابراین با اثبات این رابطه، تکلیف حضانت طفل بر عهده صاحبان نطفه قرار می‌گیرد که در صورت استنکاف از حضانت، می‌توان مجازات قانونی را درباره آن‌ها اعمال کرد، حتی اگر به تبعیت از دیدگاه مخالفان، نسب قانونی بین صاحبان نطفه برقرار نشود، باز تکلیف به حضانت صاحبان نطفه و در نتیجه مسئولیت کیفری آنان، مشکلی پیش نمی‌آید؛ زیرا تکلیف به حضانت، ملازمه‌ای با نسب بین حاضن و طفل ندارد.

اما در خصوص امکان اعمال مجازات نسبت به شوهر زوجه باید گفت چون وی هیچ نقشی در تکوین و تولد طفل ندارد، بنابراین هیچ رابطه‌ای نسبی با فرزند حاصل از لقاح مصنوعی پیدا نمی‌کند و در نتیجه هیچ تکلیف حضانتی نیز برای وی متصور نیست تا بتوان وی را به مجازات اهمال

در حضانة محکوم ساخت. در نقد این دیدگاه می‌توان گفت: اصولاً صاحب نطفه هیچ تمایلی به تولد فرزند و ایجاد تکلیف برای خود ندارد و در بیشتر موارد این شوهر زوجه است که با توافق با همسرش، نطفه بیگانه را دریافت می‌کند؛ و طبق قرارداد، خود را در برابر اهداءکننده نطفه ملزم به تأمین نفقه و تربیت و نگهداری کودک می‌سازد و در این صورت تحمیل حضانة به صاحب نطفه از یکسو خلاف توافق و مصلحت کودک بوده از دیگر سو با تفسیر به نفع متهم همخوانی ندارد؛ به نظر می‌رسد در این فرض با وحدت ملاک از قانون اهدای جنین به زوجین ناباور، بایستی گیرندگان را ملزم به حضانة نمود و مجازات ماده ۵۴ قانون را درباره آن‌ها اعمال نمود.

۵-۳-۵- مرتکب جرم در رحم جایگزین

در مورد جواز و عدم جواز رحم اجاره‌ای و نسب و حضانة طفل ناشی از آن در قانون مدنی و قوانین خاص حکم صریحی وجود ندارد؛ به همین جهت درباره مادر قانونی طفل دو دیدگاه مطرح شده است: برخی اندیشمندان صاحب تخمک را مادر قانونی طفل دانسته و احکام حضانة را بر او تحمیل می‌کنند و اما برخی دیگر قائل به وجود دو مادر برای وی هستند (صمدی اهری، ۱۳۸۲: ۱۲۱). مطابق یک برداشت هیچ کدام از صاحب رحم و صاحب تخمک را نمی‌توان از حضانة محروم ساخت. بنابراین در حالت جانشینی در بارداری هر کدام از مادران (صاحب تخمک و یا صاحب رحم) که مادر قانونی طفل محسوب شود، به لحاظ قرابتی که از نقش هریک از آن‌ها در شکل‌گیری طفل ناشی می‌شود، باید در شمار اقربا محسوب شود و حق ملاقات طفل را برای وی محترم شمرد (مجتهد سلیمانی و عزیز، ۱۴۰۰: ۱۴۴-۱۱۵). بر پایه این دیدگاه در رحم اجاره‌ای، اگر هر دو مادر از تکلیف حضانة امتناع ورزند، هر دو شریک جرم بوده و مسئولیت کیفری خواهند داشت. به نظر مؤلفان، این دیدگاه مصلحت کودک را تأمین نمی‌کند؛ زیرا وجود اختلاف بین دو مادر درباره حضانة کودک مشکلات روحی و تربیتی زیادی را برای کودک به وجود می‌آورد و دخالت دادگاه و تعیین مادر حاضن را ناگزیر می‌سازد. از طرفی حضانة، برخلاف ارث و حقوق مالی با نسب ملازمه ندارد و بیشتر تابع مصلحت و اراده مقنن می‌باشد. به نظر می‌رسد ایجاد مسئولیت کیفری برای دو مادر، مقصود و غرض قانون‌گذار نباشد؛ لذا با وحدت ملاک از قانون اهدای جنین، در اینجا نیز می‌توان زن صاحب نطفه را که گیرنده جنین هم هست، مادر قانونی و مکلف به حضانة دانست و تنها او را مرتکب جرم موضوع ماده ۵۴ قانون حمایت خانواده به شمار آورد.

در هر حال در مورد صاحب اسپرم و مسئولیت کیفری او در اهمال حضانة بحثی وجود ندارد؛

زیرا هم پدر قانونی طفل می‌باشد و هم گیرنده جنین.

۵-۳-۶- مرتکب جرم در اهدای جنین به زوجین نابارور

در بحث اهدای جنین که مقنن به صراحت گیرندگان را موظف به تکالیف حضانت و نفقه می‌نماید؛ به نظر می‌رسد اهمال در حضانت ناظر به گیرندگان باشد نه صاحبان نطفه. در این خصوص ماده ۳ قانون اهدای جنین اشعار می‌دارد: «وظایف و تکالیف زوجین گیرنده جنین و طفل متولدشده از لحاظ نگهداری و تربیت، نفقه و احترام نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر است.» همان گونه که ملاحظه می‌شود ماده مذکور فقط از وظایفی مثل تربیت و نگهداری سخن به میان آورده و از اصطلاح حقوقی حضانت استفاده نکرده است؛ به علاوه هیچ بحثی راجع به نسب و ارث و محرومیت در نکاح بیان نکرده است. از تدقیق در محتوای ماده برمی‌آید قانون‌گذار طفل را به اهداکنندگان ملحق و میان آن‌ها رابطه نسبی ایجاد نمی‌کند؛ با این حال واگذاری حق حضانت به دریافت‌کنندگان که حقیقتاً پدر و مادر واقعی و طبیعی می‌باشد، نشانگر آن است که رابطه فرزند با گیرندگان، معادل رابطه نسبی است و دیدگاهی که دو مادر برای کودک قائل هستند از نظر مسائل حقوقی حضانت، مشکل ایجاد کرده و مصلحت کودک و منافع او را تهدید می‌کند. از طرفی اهداکنندگان اصلاً قصد ایجاد تکلیف برای خود نداشته‌اند و به حکم قرارداد و قانون مشخصاتشان محرمانه باقی می‌ماند، بر این اساس زوجین گیرنده همان حقوق و تعهدات مصرح در ماده ۱۱۶۸ را بر عهده دارند و امتناع آنان از انجام تکالیف حضانت، موجب ایجاد مسئولیت مدنی و کیفری خواهد بود. حتی حقوق و تکالیف حضانت را نمی‌توان از زوجین گیرنده سلب نمود؛ مگر اینکه موارد سقوط حضانت مندرج در ماده ۱۱۷۳ درباره آن‌ها وجود داشته باشد. در همین راستا رویه قضایی، امکان استرداد طفل و سلب حضانت به صرف اختلاف را با این استدلال رد نموده است که: اولاً؛ ماده ۳ قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲ تصریح دارد که قانون‌گذار بین زوجین اهدا گیرنده و فرد متولدشده از جنین اهدایی، رابطه‌ی نسبی قائل نشده و به تأسی از مشهور فقهای معاصر، این فرد را ملحق به صاحبان گامت (اسپرم و تخمک) کرده است.

ثانیاً، صرف وجود قرابت نسبی میان اهداکننده و کودک حاصل از اهدای جنین موجب نمی‌شود تا استرداد کودک به صاحبان گامت امکان‌پذیر شود. به نظر می‌رسد اهدا گیرندگان برابر ماده ۳ مذکور، از نظر قانونی دارای حق حضانت هستند و اخذ کودک تحت حضانت از ایشان و واگذاری آن به فرد دیگر از جمله صاحبان اسپرم و تخمک، تابع مقررات مربوط به سلب حق حضانت از دارنده آن است (نظریه مشورتی شماره ۱۸۱۸-۱۳۸۷/۷/۸).

نکته دیگر آنکه، در فرزندخواندگی هم گیرندگان کودک مستحق مجازات هستند نه والدین نسبی، زیرا مقنن تکلیف حضانت را به صراحت بر عهده سرپرستان جدید می‌گذارد.

۵-۳-۷- مرتکب جرم در تولد ناشی از رابطه نامشروع

مشهور فقهای امامیه، ولد الزنارا را به زانی و زانیه ملحق نمی‌دانند و به تعبیر دقیق‌تر رابطه نسبی میان آن‌ها را از نظر شرعی به رسمیت نمی‌شناسد. در حقوق موضوعه از آنجاکه از لحاظ زیستی میان این کودکان با سایرین تفاوتی وجود ندارد؛ زانی و زانیه پدر و مادر عرفی و طبیعی کودک تلقی می‌شوند و به‌جز توارث، کلیه تکالیف پدر و مادر نظیر نفقه و حضانة بر عهده آنان قرار می‌گیرد؛ زیرا اولاً سبب ایجاد طفل شده و از باب تسبیب مسئولیت دارند. ثانیاً عدالت و مصلحت کودک اقتضا می‌کند همه حقوق کودک بر والدین طبیعی تحمیل گردد. هیأت عمومی دیوان عالی کشور (در رأی وحدت رویه ۶۱۷-۷۳/۴/۳) از این دیدگاه حمایت نمود و حکم به تکلیف زانی و زانیه در حضانة و نفقه کودک نامشروع داد. بر این پایه اگر والدین طبیعی از انجام این تکلیف خودداری ورزند، مستحق مجازات اهمال در حضانة خواهند بود. حقوقدانان در مورد مشابه عدم پرداخت نفقه اطفال نامشروع، به مسئولیت کیفری والدین طبیعی نظر داده‌اند که گویای تمایل حقوقدانان به تعمیم حکم آن به مسئله حضانة است (صفایی و امامی، ۱۳۹۸: ۳۷۶). در این زمینه اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه شماره ۳۱۳۸۴۷-۷۳/۶/۷ نظر داد: «هرچند در قانون مدنی نسبت به حضانة اطفال نامشروع حکمی صادر نشده است، لیکن با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی و عرف و عادت مسلم و روح قانون و فتوای صریح امام خمینی (ره) پدر و جد پدری به ترتیب و مادر طبیعی طفل، مکلف به انفاق هستند و ترک انفاق از سوی آنان قابل تعقیب کیفری و مجازات است (زراعت، ۱۴۰۰: ۳۷). بنابراین بر اساس مبانی این دیدگاه و الغای خصوصیات از ترک نفقه، در قضیه خودداری از حضانة نیز، مسئولیت کیفری والدین طبیعی، ثابت می‌شود.

۶- عنصر روانی جرم

تحقق جرم صرفاً با انجام عمل مادی تحقق نمی‌یابد؛ بلکه فعل مجرمانه باید نتیجه خواست و اراده فاعل باشد، به دیگر سخن، باید میان فعل مادی و حالات روانی فاعل نسبتی موجود باشد تا بتوان مرتکب را مقصر شناخت. جرم اهمال در حضانة نیز تنها در صورتی به حقوق کیفری راه پیدا می‌کند که عنصر مادی آن یعنی اهمال فیزیکی و خشونت جسمی و ترک حضانة و ... ناشی از اراده و خواست مرتکب باشد، بنابراین چنانچه کسی به اجبار اقدام به ترک حضانة طفل نماید یا در اثر اکراه، مانع تحصیل طفل شود یا به جهت فقدان تمکن مالی، به رفتارهای مضر در تربیت طفل ارتکاب نماید به جهت ارادی نبودن عمل مادی، جرم تحقق پیدا نمی‌کند.

قانون گذار در برخی از موارد بیان می کند که این جرم عمدی است و برای این کار از عبارتی نظیر عالمأ عامداً یا با سوءنیت استفاده می کند که اینها دلالت بر عمدی بودن جرم می کند. در مورد جرم غیرعمدی هم قانون گذار تصریح دارد. گاه این جرم غیرعمدی است یا عباراتی از قبیل سهواً، از روی بی احتیاطی، بی مبالاتی یا عدم رعایت نظامات دولتی و... را به کار می گیرد، مانند تخریب غیرعمدی اموال دولتی در ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی.

در خصوص جرم اهمال در حضانت، قانون حمایت خانواده عبارتی نظیر «قصد و علم و عمد» مشاهده نمی شود؛ باین حال از فحوای کلام مقنن: «هرگاه مسئول حضانت از انجام تکالیف مقرر خودداری نماید»، برمی آید که خودداری از حضانت صرفاً در حالت عمدی آن، جرم می باشد؛ علاوه بر این اصل عمدی بودن جرائم مؤید نظر فوق است. درعین حال به جهت آثار متعدد منفی مترتب بر بد حضانتی به نظر می رسد قانون گذار باید اهمال در حضانت را به عنوان یک جرم غیرعمدی محسوب نماید. باین حال از حیث مسئولیت مدنی، عمد و غیر عمد حاضن تأثیری بر ثبوت خسارت ندارد.

۷- کیفر مستنکف از حضانت و نقد آن

یکی از نقاط مثبت قانون حمایت خانواده جدید، در نظر گرفتن نوعی تنبیه مالی برای مستنکف از وظایف حضانت و ایجاد ممانعت در حق ملاقات طرف دیگر است تا آنجا که با تکرار این اعمال می توان حضانت را به دیگری واگذار کرد و در صورت داشتن ارکان سه گانه جرم (رکن مادی، معنوی و قانونی) او را به حداکثر جزای نقدی درجه هشت محکوم نمود. ماده ۵۴ قانون جدید حمایت خانواده «ماده ۱۴ قانون سابق» در این خصوص بیان می دارد: «مسئول حضانت... به جزای نقدی درجه هشت و در صورت تکرار آن به حداکثر مجازات محکوم می گردد.» ملاحظه می شود مجازات مرتکب پایین ترین درجه کیفر در نظام کیفری است که با لحاظ ماده ۱۹ ق.م.ا نهایتاً بتوان مجازات مالی ناچیز کمتر از یک میلیون تومان را بر او تحمیل کرد و حتی با تعدیلی که توسط هیات وزیران در سال ۱۴۰۰ صورت گرفت میزان جزای نقدی از ۳۰ میلیون ریال فراتر نخواهد رفت که بعید است با تورم کنونی بازدارندگی حداقلی برای اهمال در حضانت ایجاد کند (اردبیلی، ۱۴۰۲: ۵۲).

نکته دیگر همسانی مجازات منع ملاقات با خودداری از حضانت است و اگر تناسب بین جزای نقدی درجه هشت با ممانعت از ملاقات قابل توجیه باشد چنین تناسبی را در حوزه حضانت که می تواند موجب آسیب های عاطفی و جسمی شدید و دائمی به کودک باشد، قابل تصور نیست.

آیا با جزای نقدی ثابت درجه هشت می‌توان مسئول حضانت را به ایفای تعهد قانونی وادار کرد؟ پاسخ منفی است (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۹: ۳۳). لذا شایسته است قانون‌گذار همانند نظام‌های حقوقی خارجی از کیفر کاراتری نظیر حبس و محرومیت از حقوق اجتماعی مانند سلب موقت و دائم حق حضانت بهره‌جوید.

ذکر این نکته ضروری است که هرگاه اهمال در حضانت، مشمول عناوین خاص مجرمانه مقرر در قانون حمایت از اطفال و نوجوانان شود. مجازات شدیدتر اعمال می‌شود، بدین توضیح که هرگاه حاضن از ثبت‌نام کودک در تحصیل خودداری کند و یا با تهدید و تشویق موجبات ترک تحصیل و فرار او از خانه و مدرسه را فراهم کند، به ترتیب به جزای نقدی درجه ۷ و به یک یا چند مورد مجازات درجه شش محکوم می‌گردد (مواد ۷ و ۸) و یا در مواقعی که بی‌توجهی و سهل‌انگاری حاضن (والدین یا غیر والدین) منجر به فوت و آسیب جسمی، بروز بیماری روانی و آزار جنسی کودک شود، کیفر مرتکب به حبس افزایش می‌یابد که بسته به نتایج حاصله، مجازات بین حبس درجه ۵ (زمان فوت) و یکی از مجازات درجه ۸ (آزار جنسی) نوسان دارد.

۵۵

در مقایسه با قانون حمایت خانواده، مجازات‌های مذکور از بازدارندگی بیشتری برخوردارند؛ لکن با این ایراد جدی روبرو هستند که هرگاه مرتکب از والدین کودک باشند، مطابق تبصره ماده ۹ نهایتاً «حداقل کیفر» اعمال می‌شود. مبنای این تفاوت مشخص نیست؛ به‌علاوه این امر با مصلحت کودک سازگاری ندارد؛ چراکه در قریب به اتفاق موارد، حاضن یکی از والدین طفل می‌باشد. ایراد مهم‌تر عدم تعیین حداقل مجازات برای والدین می‌باشد که از عبارت «تا حداقل مجازات» ناشی می‌شود؛ بر اساس این لفظ، میزان حداقل به اختیار قاضی واگذار شده است که می‌تواند یک روز حبس و حتی یک ریال جزای نقدی را در برگیرد؛ لذا هرگاه دادرس در فرض بند ت و ث ماده ۹ یک ریال برای متهم مجازات تعیین نماید، عملاً نمی‌توان بر او اشکال نمود. ازاینجا روشن می‌گردد مجازات مقرر در ماده ۹ که ارتباط تنگاتنگی با جرم ماده ۵۴ دارد، در مقام عمل، بازدارندگی کمتری دارد.

در تعارض با این رویکرد در جرائم موضوع مواد ۷ و ۱۰ تا ۱۴، والدین بودن و داشتن سمت حضانت و قیمومت و وصیت مرتکب، از کیفیات مشدده محسوب شده است و در این حالت میزان کیفر از میانگین حداقل و حداکثر مجازات قانونی کمتر نخواهد بود. به نظر می‌رسد علت این تفاوت سیاست را در عنصر روانی جرائم باید جستجو کرد نه در نتایج و صدمات وارده بر کودک؛ یعنی جرم موضوع ماده ۹ جرم غیر عمدی است؛ اما در جرائم دیگر، والدین و حاضن از روی عمد و با سوءنیت مرتکب جرم می‌شوند. مقتضی تشدید فراهم است؛ بااین حال مشخص نیست مقنن

بر چه مبنا و معیاری به فرمول میانگین رسیده است و چرا معیار حداکثر مجازات یا عبور از حداکثر را تعیین نکرده است.

نکته دیگر امکان اعمال جایگزین‌های حبس به برخی از مرتکبان جرم طبق قانون حمایت از اطفال هست برای مثال در برخی موارد مانند جرم موضوع ماده ۹ (ایراد آسیب ناشی از بی‌توجهی و کوتاهی حاضن)، قاضی در نهایت ملزم به اعمال مجازات جایگزین حبس خواهد بود؛ چراکه جرم مزبور غیر عمدی بوده و حداکثر مجازات قانونی آن‌ها حبس درجه شش (زیر ۲ سال) می‌باشد. قاعده نیز آن است که به موجب ماده ۶۸ قانون مجازات اسلامی مرتکبان جرائم غیر عمدی به مجازات جایگزین حبس محکوم می‌شوند؛ مگر اینکه مجازات قانونی جرم ارتكابی بیش از دو سال حبس باشد که در این صورت حکم به مجازات جایگزین حبس، اختیاری است (میر محمدصادقی، ۱۴۰۲: ۹۲) یا به موجب ماده ۱۰، آزار جنسی غیر تماسی، حسب مورد حبس درجه ۷ و ۸ دارد که الزاماً به جایگزین‌های حبس تبدیل می‌گردد. همچنین حبس در تشویق و تسهیل غیر مؤثر به خودکشی (ماده ۱۴) به دلیل درجه هشت بودن، مشمول جایگزین‌های حبس خواهد بود.

علاوه بر این قانون‌گذار در برخی مصادیق اگر مرتکب جرم والدین طفل باشد، حداقل کیفر را اعمال می‌نماید که این امر سبب می‌شود درجه مجازات قانونی در محدوده جایگزین‌های حبس الزامی قرار گیرد و جنبه بازدارندگی مجازات را در عمل با مشکل مواجه سازد. برای مثال اگر در اثر بی‌توجهی والدین حاضن، کودک نقض عضو و زوال عقل و به بیماری صعب‌العلاج دچار شود، مرتکب حداقل به حبس درجه شش (۶ ماه تا دو سال) یعنی از ۱ روز تا ۶ ماه حبس محکوم می‌شود که با توجه به ماده ۶۵ الزاماً به جایگزین حبس، تبدیل می‌شود.

نتیجه‌گیری

بدون شک پیشرفت و سعادت هر ملتی در آینده، در گرو سلامت تن و روان اطفال و کودکانی است که امروزه تحت حضانت والدین یا دیگران هستند. اگر مسئولین حضانت و تربیت اطفال به مسئولیت خود به نحو شایسته‌ای ملتزم باشند تا حدود زیادی نظم و امنیت آینده تضمین خواهد شد؛ لذا والدین یا کسانی که مسئولیت حضانت اطفال را بر عهده می‌گیرند، نقشی بی‌بدیل و غیرقابل جایگزین در زمینه پیشگیری از بزه‌کاری اطفال و نوجوانان بر عهده دارند. از آنجاکه حریم خانواده با حربه مجازات حفظ نمی‌شود، اقدامات فکری و فرهنگی مداومی لازم است تا حقوق کودکان و اطفال، و رای تهدید کیفری تأمین شود؛ با این حال زمانی که نهادهای فرهنگی و اخلاقی جامعه در ایفای وظایف اصلی و غیرقابل اغماض خود، دچار سهل‌انگاری و غفلت می‌شوند، برای جلوگیری

از خسارات بیشتر ناگزیر ابزارهای حقوقی و کیفری باید فعال گردند لکن در این راستا مهم‌ترین بحث در حوزه جرم‌انگاری حضانت، مبنای حقوقی و توجیه توسل به ابزار کیفری است، نقد بررسی موضوع نشان داد که در قانون خانواده، از میان سه مبانی رایج حقوقی (اصل ضرر، پدرسالاری حقوقی و اصل اخلاقی) جرم‌انگاری اهمال در حضانت بیشتر بر مبنای اصل ضرر یعنی جلوگیری از آسیب مادی و معنوی به اطفال صورت پذیرفته است به علاوه بد حضانتی عملی غیراخلاقی و مذموم در جامعه نیز به شمار می‌رود که در جهت تقویت مبانی به مقتن اجازه می‌دهد برای جلوگیری از نقض این ارزش اخلاقی نیز به جرم‌انگاری دست بزند به‌طور کلی حساسیت قانون‌گذار در ارتباط با ایفاء مطلوب حضانت امری شایسته و درخور تحسین است. مستفاد از آیات و روایت و منطوق مواد قانونی این است که از حیث قلمرو جرم، اهمال در حضانت نه تنها شامل امور ناظر به حضانت مادی طفل می‌شود بلکه خودداری و کوتاهی و اقدامات ایجابی که منجر به آسیب به بعد روحی و معنوی طفل گردد سبب تحقق جرم خواهد شد.

با این وجود در مرحله کیفرگذاری برخلاف نظام حقوقی خارجی که از مجازات شدیدتر حبس و جزای نقدی نسبی بهره گرفته‌اند، قانون‌گذار در ماده ۵۴ برای خودداری از حضانت، کیفر ناچیز درجه ۸ استفاده کرده است که فاقد بازدارندگی مطلوب می‌باشد؛ البته یکی از دلایل مهم این برخورد ناچیز و ضعیف قانون‌گذار با موضوع اهمال در حضانت آن است که معمولاً قانون‌گذار مهم‌ترین مصادیق اهمال در حضانت را به صورت خاص و موردی جرم‌انگاری نموده است؛ لیکن با جرم‌انگاری خودداری از حضانت به صورت عمومی و فراگیر به دنبال رفع نقایص و خلأهای مزبور بوده است تا هیچ فردی با استناد به فقدان یا اجمال قانون، نتواند از زیر بار مسئولیت شانه خالی کند. باین حال این اصطلاح «ترک کامل حضانت» را به ذهن متبادر می‌سازد؛ درحالی که مشکل اصلی بسیاری از اطفال نه در ترک کامل حضانت، بلکه در بد حضانتی یا اصطلاحاً اهمال در حضانت است و قانون‌گذار باید برای رسیدن به مقصود خود از اصطلاح اخیر استفاده می‌نمود. هرچند که در شرع مقدس اسلام بعضی از مصادیق همانند تربیت دینی و اخلاقی به عنوان مصادیق حضانت تعیین و ثابت است؛ اما از آنجا که اقتضائات عصر نوین در تربیت طفل نباید فراموش شود؛ لازم است که به موازات رشد و تحول فنی و حتی شناختی در جوامع بشری، مصادیق و محتوای حضانت نیز تا حدودی متحول و به‌روز می‌شود؛ لذا نهادهای فرهنگی و دانشگاهی باید به صورت دوره‌ای و متناوب کدهای رفتاری و اخلاقی حضانت اطفال را احصا نمایند تا به طرق مقتضی مورد تقنین قرار گیرد.

از طرفی کسی که مسئول حضانت طفل می‌باشد لازم است طفل را عضوی از بدن خود بداند و لااقل تا زمان بلوغ و رشد طفل به صورت شبانه‌روزی مراقب او بوده و لحظه‌ای از او غفلت ننماید. لذا سلامت روانی و جسمی حاضن پیش شرط برعهده گرفتن حضانت است. در نتیجه اگر دادستان و نظام قضایی در تشخیص صلاحیت حاضن سهل‌انگاری نموده و طفل را نزد کسی که فاقد صلاحیت برای این کار است، بسپارند مسئولیت شرعی و قانونی دارند. در مجموع علاوه بر پیشنهاد‌های قبلی موارد زیر نیز به‌عنوان آورده‌های این نوشتار اعلان می‌گردد:

- آموزش حضانت و فرزند داری با لحاظ آموزه‌های دینی و اقتضائات نوین با همکاری مشترک نخبگان حوزه‌های علمیه و مراجع دانشگاهی و علمی به شیوه‌های مختلف؛
- الزام به گذراندن دوره‌های خاص آموزش حضانت به‌ویژه برای متقاضیان فرزندخواندگی؛
- اخذ تعهد کتبی و آگاه نمودن متقاضی حضانت در بدو پذیرش مسئولیت مذکور از مجازات کیفری مزبور؛
- تماس‌های دوره‌ای و اتفاقی تلفنی یا ملاقات حضوری با طفل تحت حضانت برای آگاهی از کیفیت فرآیند حضانت؛

- اصلاح قانون حمایت خانواده در جهت توسعه قلمرو جرم حضانت و افزایش بازدارندگی کیفر مجرم با حرکت به سمت جزای نقدی نسبی و مجازات‌های محرومیت از حقوق اجتماعی.

منابع

- ◀ ابن ادریس، محمد بن منصور، (۱۴۱۰). السرائر، قم: نشر اسلامی.
- ◀ ابن سعید، یحیی بن احمد، (۱۴۰۵). الجامع للشرائع، قم: مؤسسه سید الشهداء.
- ◀ ابن قدامه، (بی‌تا). المغنی، الطبعة الثالثة بدار المناره بالقاهره.
- ◀ اردبیلی محمدعلی، (۱۴۰۲). جزای عمومی ۳، تهران: میزان.
- ◀ احمد عبدال موجودی فرغلی، (۲۰۱۹). حق الطفل فی الحضانه فی القانون الدولی الخاص، مجله الدراسات القانونیه المجلد ۶، العدد ۱.
- ◀ انصاری، محمد علی، (۱۴۱۵). الموسوعه الفقهیة المیسره، ج ۱، قم: مجمع الفکر الإسلامی.
- ◀ بروجردی، حسین، (۱۳۸۶). منابع فقه شیعه، ج ۲۶، تهران: فرهنگ سبز.
- ◀ بیگدلی، سعید، (۱۳۹۰). «مشکلات و حق‌های قانونی حضانت در نظام حقوقی ایران، ندای صادق، س ۱۶، ش ۵۵.
- ◀ جوهری، اسماعیل بن حماد، (۱۳۷۶). الصحاح، ج ۵، بیروت، بی‌نا.
- ◀ حاجی ده‌آبادی، احمد، (۱۳۸۹). مقررات کیفری لایحه‌ی حمایت از خانواده در بوت‌هی نقد، مطالعات راهبردی زنان، ش ۴۸.

- ◀ حلی، حسن، (۱۴۰۹). ارشادالاذهان، کتاب نکاح، قم: نشر اسلامی.
- ◀ حلی، محقق ابوالقاسم، (۱۳۷۳). شرایع الاسلام، ج ۲، قم: استقلال.
- ◀ حیدری نراقی، علی محمد، (۱۳۸۵). رساله حقوق امام سجاد، انتشارات مهدی نراقی.
- ◀ خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۰). منهاج الصالحین، بیروت: اعلمی.
- ◀ خمینی، روح الله، (۱۴۰۹). تحریر الوسیله، تهران: موسسه نشر آثار امام خمینی (ره).
- ◀ روشن، محمد و عاصف حمداللهی، (۱۳۸۷). نسب طفل متولد از رحم جایگزین، پژوهش‌های حقوق اسلامی، د ۹، ش ۲۸.
- ◀ راغب اصفهانی، حسین، (۱۴۱۷). المفردات، دمشق: دارالقلم.
- ◀ زراعت، عباس، (۱۴۰۰). شرح قانون مجازات اسلامی، تهران: فیض.
- ◀ شهید ثانی، (۱۴۱۳). الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، ج ۵، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
- ◀ طباطبایی محمد حسین (۱۳۷۴)، تفسیر المیزان، ج ۴، قم: نشر اسلامی
- ◀ صادقی مقدم، محمد حسن، (۱۳۸۳). باروری مصنوعی از دیدگاه حقوق اسلام، نشریه مدرس علوم انسانی ش ۳۷.
- ◀ صفایی، حسین و اسدالله امامی، (۱۳۹۸). مختصر حقوق خانواده، تهران: میزان.
- ◀ صمدی اهری، محمد هاشم، (۱۳۸۲). نسب ناشی از لقاح مصنوعی در حقوق ایران و اسلام، تهران: گنج دانش.
- ◀ عبدالعزیز بن الصالح الرضیمان، (۲۰۲۰). «الحضانه فی الاسلام» مکه: چاپ نوع الوعا.
- ◀ فضل الله، محمد حسین، (۱۴۳۲). فقه الشریعه، ج ۳، بیروت: دار الملائک للطباعه و النشر و التوزیع.
- ◀ فیروز آبادی، محمد بن یعقوب، (۱۴۱۵). القاموس المحیط، ج ۴، بیروت، دارالتراث العربی.
- ◀ قاسمی مقدم حسن، (۱۴۰۰). آزار، بی‌توجهی و سوء رفتار نسبت به کودک، در کتاب دانشنامه بزه دیده شناسی اثر پاملا بوند. جنیفر وب، تهران: میزان.
- ◀ کاتوزیان ناصر، (۱۳۹۶). حقوق خانواده. تهران: میزان
- ◀ کاسانی ابوبکر، (۱۴۰۶). بدائع الصنایع، بیروت: دارالکتب العلمی.
- ◀ کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷). الکافی، ج ۶، تهران: دار الکتب الإسلامیه.
- ◀ گلدوزیان، ایرج، (۱۴۰۲). محشای قانون مجازات اسلامی، تهران: مجد.
- ◀ لنگرودی محمد جعفر، (۱۳۸۷). ترمینولوژی، تهران: گنج دانش.
- ◀ مهاجرى، مریم و احمدرضا موسوی، (۱۴۰۱). «تأملی بر جایگاه عنصر کراهت در طالق خلع با تأکید بر فتاوی‌ای امام خمینی (ره)»، مطالعات راهبردی زنان، د ۲۴، ش ۹۵.
- ◀ مجتهد سلیمانی ابوالحسن و راضیه عزیزى، (۱۳۹۸). حضانت در کودکان ناشی از لقاح مصنوعی. مجله علمی سازمان نظام پزشکی، د ۳۷، ش ۳.
- ◀ محمد حسن بن باقر، معجم، (۱۴۱۷). فقه الجواهر؛ ج ۲، بیروت: دار الغدیر.

- ◀ محمودی جانکی فیروز، (۱۳۸۶). مبانی فلسفی منع حقوقی و کیفری ایراد ضرر به خود، فصلنامه حقوق، س ۳۷، ش ۱.
- ◀ مصطفوی، حسن، (۱۴۳۰). التحقيق في كلمات القرآن الكريم، ج ۴، بیروت-قاہرہ-لندن، چاپ سوم.
- ◀ موسوی سبزواری، عبدالعلی، (۱۴۱۶ ق). مہذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام، ج ۲۵، قم: المنار.
- ◀ مومن قمی محمد، (۱۳۷۴). سخنی درباره تلقیح، فقه اهل بیت، س ۱، ش ۴.
- ◀ میر محمدصادقی حسین، (۱۴۰۲). جزای اختصاصی ۴، جرائم علیه اشخاص، تهران: میزان.
- ◀ میر کمالی، سید علیرضا، (۱۳۹۶). مبانی فقهی - حقوقی جرم‌انگاری تجاوز زناشویی. خانواده پژوهی، د ۱۳، ش ۳.
- ◀ نجفی، محمدحسن، (۱۳۶۷). جواهرالکلام، ج ۲ و ۳۱، تهران: دارالکتب اسلامی.
- ◀ هاشمی شاهرودی، محمود، (۱۳۸۲). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)، ج ۳، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی.
- A.M. Fournier, (1970) La protection judiciaire de l'enfance en danger, 3ème. éd., Paris.
- Cf. L. Pépin, (1977) L'enfant dans le monde actuel, édit. Bordas, Paris.
- Devlin, Patrick, The Enforcement of Morals, Oxford: Oxford University Press 1965.
- Hamowy, Ronald, (2008) The Encyclopaedia of Libertarianism. Thousand Oaks, California: Sage Publications.
- Mirkamali, S. A. (2018). Legal and Jurisprudential Bases of Marital Rape Criminalization. Journal of Family Research, 13(3).

واکاوی ابعاد فقهی، شرعی و پزشکی سقط جنین درمانی*

اسماء هلیسائی^{۱*}، محمد اسحاقی^{۲*}، سید محمد حسینی^{۳***}

چکیده

بعد از تصویب ماده واحده سقط درمانی در مجلس شورای اسلامی (۱۳۸۴)، اجرای طرح غربالگری جنین با هدف شناسایی جنین مبتلا به بیماری‌های مادرزادی از جمله سندرم داون آغاز گردید و اکنون اندیکاسیون مشمول سقط درمانی به ۲۶۱ مورد از ناهنجاری و اختلالات جنینی افزایش یافته است و هر ساله بر تعداد موارد سقط جنین پس از اعلام نتایج آزمایشات اولیه غربالگری افزوده می‌شود و مادران باردار زیادی به سقط جنین توصیه می‌شوند که بدون آگاهی به حکم شرعی آن، در مراکز سقط جنین غیرمجاز و در کمترین زمان ممکن، جنین خود را سقط می‌کنند. در چند سال اخیر با تجویز اکید پزشکان، اکثر مادران باردار به سوی انجام آزمایش‌های غربالگری سوق داده شده‌اند که به واسطه نتایج مشکوک و غیر قابل اطمینان مرحله اول غربالگری جنین به‌عنوان بارداری‌های پرخطر شناخته شده و اقدام به سقط جنین می‌کنند؛ این در حالی است که با توجه به درصد خطای قابل توجه در آزمایش غربالگری و آمار بالای مثبت کاذب این آزمایشات، جنین‌های زیادی به اشتباه سقط می‌شوند. از سوی دیگر به جهت نتایج منفی کاذب آزمایشات غربالگری، مواردی از عدم شناسایی جنین‌های مبتلا به اختلالات جنینی از جمله سندرم داون هر ساله به دنیا می‌آیند که نمایانگر وجود خطا در سیستم تشخیص بهداشتی درمانی این حوزه می‌باشد. این نوشتار درصدد است تا ضمن بررسی پزشکی موضوع غربالگری جنین، جواز شرعی سقط جنین درمانی را از ابعاد مختلف مورد تحلیل فقهی قرار دهد.

واژگان کلیدی

سقط جنین، سندرم داون، غربالگری جنین، بارداری‌های پرخطر، سقط جنین درمانی.

* مقاله حاضر برگرفته از رساله دکتری با عنوان «بررسی فقهی سیاست‌های کلی جمعیتی جمهوری اسلامی ایران» در دانشگاه تهران است.

** دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول) (a.helisaie@yahoo.com)

*** دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران، تهران، ایران (m.eshaghi.a@ut.ac.ir)

**** دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران، تهران، ایران (hoseini.sm@ut.ac.ir)

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۲۰

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۶

۱- مقدمه و بیان مسئله

در دین اسلام مانند تمام ادیان پیشین، جان همه انسان‌ها محترم بوده و کشتن یک انسان بی‌گناه مذموم شمرده شده و در زمره گناهان کبیره است. در برخی از آیات قرآن کریم خداوند متعال قتل نفس را نهی کرده و حتی کشتن یک انسان را به‌مثابه کشتن همه مردم معرفی کرده است.^۱ سقط جنین تهدیدی جدی برای کرامت و حیات انسانی است؛ به‌گونه‌ای که پیامدهای منفی چنین اقدامی را - به خصوص در حوزه مخاطرات جمعیتی و کوشش انسان برای نابودی نسل خویش - نمی‌توان انکار کرد (ستوده و مقیمی حاجی، ۱۳۹۹: ۹۸). در چند سال اخیر مسئله سقط جنین با عنوان سقط درمانی افزایش یافته و فعلی عادی شمرده می‌شود این درحالی است که در فقه اسلام سقط جنین مذموم بوده و هیچ جایگاهی ندارد.

در سال ۱۳۹۲ با استناد به ماده واحده سقط درمانی مصوب مجلس، شیوه‌نامه‌ای جهت تأکید بر انجام غربالگری و تست‌های آن برای مادران باردار توسط پزشک یا ماما از سوی اداره سلامت دفتر جمعیت وزارت بهداشت ابلاغ شد و برنامه غربالگری جنین برای یافتن موارد اختلالات کروموزومی و جنین‌های مبتلا به سندرم داون به برنامه‌های قبلی مراقبت از مادران باردار اضافه شد (وزارت بهداشت، ۱۳۹۰: ۱). طبق دستورالعمل وزارت بهداشت، تست غربالگری سندرم داون می‌بایست به تمام زنان باردار پیشنهاد شود و همه زنان باردار ملزم به انجام این آزمایش هستند (بکتابیان، ۱۳۹۶: ۲۴). مطالعات جمعیتی حاکی از آن است که روزانه در کشور بیش از ۱۰۰۰ سقط جنین صورت می‌گیرد و این آمار، سالانه بیش از ۴۰۰ هزار سقط جنین در کشور را نشان می‌دهد (صادقی، ۱۳۹۷: ۷۶). امروزه انجام آزمایش‌های غربالگری و عدم شنیدن صدای قلب جنین توسط پزشک در هفته‌های اول بارداری، افراد بسیاری را به سقط جنین سوق می‌دهد. آزمایش‌های غربالگری مجموعه‌ای از سونوگرافی‌ها و تست‌هایی است که برخی ناهنجاری‌های ژنتیکی خصوصاً سندرم داون را مشخص می‌نماید که پس از احراز آن، مادر باردار وارد مرحله سقط درمانی شده و جنین را سقط می‌کند (اکرمی، ۱۴۰۰: ۱). در واقع غربالگری راه درمانی در جهت ابقاء جنین ارائه نمی‌دهد چرا که باید در زمان خاصی این ناهنجاری تشخیص داده شود و نهایتاً در همان زمان هم مجوز سقط صادر شود؛ ولی معمولاً به آن مرحله نمی‌رسد و بدون آزمایش‌های تکمیلی غربالگری، والدین از ترس ابتلا جنین به سندرم داون، مرتکب سقط جنین می‌شوند. نتایج تست‌های غربالگری جنین در موارد قابل توجهی نه تنها منجر به کاهش سقط و سلامت مادران نشده، بلکه در هر

۱. مانده: ۳۲، بقره: ۹۳، اسرا: ۳۳.

سال بر تعداد سقط جنین‌های پزشکی افزوده است. این در حالی است که میزان زاد و ولد در سال ۱۴۰۱ به کمترین میزان ولادت‌های ثبت‌شده در کشور رسیده و تعداد ۱ میلیون و ۷۵ هزار و ۳۸۱ تولد بوده است. این رقم نسبت به سال ۱۴۰۰ که ۱ میلیون و ۱۰۶ هزار و هفتاد و دو تولد بوده، کاهش ۲/۷۷ درصدی در رشد سالیانه جمعیت را نشان می‌دهد که کشور را در آینده با بحران جمعیتی مواجه خواهد کرد (https://www.sabteahval.ir/news-2086/14020223/209040).

سقط‌های بی رویه سالانه بالای ۴۰۰ هزار جنین در کشور نیز حدود ۴۵ درصد موالید می‌باشد که بخش قابل توجهی از این سقط‌ها به دنبال اعلام نتایج غربالگری بوده است. مقایسه این آمار نشان می‌دهد اگر رویه غربالگری موجود اصلاح گردد، سقط‌های ناشی از آن کاهش یافته و به تبع آن آمار موالید کشور افزایش می‌یابد که نقش مهمی در افزایش نرخ باروری خواهد داشت. نکته قابل توجه در تجویز غربالگری عدم اطلاع اکثر زوجین از مراحل تکمیلی غربالگری و تست‌های تهاجمی غربالگری است که احتمال سقط شدن جنین پس از انجام آن وجود دارد. به نظر می‌رسد چنانچه زوجین از تبعات چنین آزمایش‌های تهاجمی مطلع باشند بسیاری از آن‌ها حاضر به انجام مراحل پیچیده غربالگری نشوند.

در کشور ایران آزمایش‌های غربالگری فاقد استانداردهای روز دنیا است و تحت پوشش بیمه‌های پایه نمی‌باشد و آمار مثبت کاذب نتایج آزمایشات بالاست. نکته حائز اهمیت آن که در کتاب پزشکی - تخصصی زنان و زایمان نیز به سقط‌هایی که توسط غربالگری انجام می‌شود اشاره شده است. در این کتاب (Cunningham F, Leveno K, Bloom S, Spong CY, Dash J, 2014:24)؛ بیان شده است در اختلالات جنینی یا مادرزادی، جنین در سه ماهه دوم، به صورت خود به خودی سقط می‌شود؛ بسیاری از سقط‌ها مربوط به روند انجام غربالگری و تشخیص ناهنجاری‌های کروموزومی جنین است. با توجه به اینکه غربالگری یک فرایند جدید در حوزه سلامت می‌باشد، اجرای زودهنگام آن پیش از آنکه شواهد کافی از کارایی آن به دست آید، علاوه بر اینکه می‌تواند هزینه‌های بارداری را افزایش دهد سبب ایجاد ضرر به سلامتی افراد و نظام سلامت کشور شود (Detels R, Gulliford M, Tan CC, Karim QA: 2015). بنابراین پیش از آنکه یک برنامه جدید در سیستم بهداشتی گنجانده شود باید تبعات اقتصادی، اجتماعی و اخلاقی آن در جامعه بررسی گردد تا کمترین آسیب را برای جامعه در پی داشته باشد (Dyer O, 2013: 347).

با توجه به مطالب فوق و ضرورت بررسی فقهی و پزشکی غربالگری و سقط جنین‌های ناشی از آن، باید دیدگاه اسلام درباره غربالگری جنین بررسی شود. اینکه از نظر اسلام غربالگری جنین چه حکمی دارد؟ بر مبنای منابع فقهی و نظرات فقها کدام یک از احکام تکلیفی برای سقط جنین

ناشی از غربالگری، حاکم است؟ در مقاله حاضر ابتدا مبحث غربالگری جنین و سقط درمانی از منظر پزشکی بررسی می‌شود و سپس ارتباط آن با فقه شیعه و حکم شرعی آن به تفصیل بیان شده است.

۲- مفهوم غربالگری جنین

آزمایش‌های غربالگری به مجموعه‌ای از تست‌های شناسایی جنین‌های در معرض خطر از نظر ابتلا به بیماری‌های عفونی، برخی ناهنجاری‌های ژنتیکی و فیزیکی بالأخص سندرم داون اطلاق می‌شود. مهم‌ترین هدف انجام غربالگری، یافتن جنین‌های مبتلا به اختلال ژنتیکی سندرم داون یا تریزومی ۲۱^۱ است (اکرمی، ۱۴۰۰: ۱). این بیماری مشکلاتی از قبیل ناهنجاری‌های دستگاه گوارشی، بیماری‌های قلبی مادرزادی، نقص در بینایی و شنوایی، مشکلات اسکلتی را برای فرد مبتلا به همراه دارد (Pueschel SM 1990: 52-56). در دوران بارداری با انجام تست‌های آزمایشگاهی و سونوگرافی و ترکیب و ارزیابی موارد مختلف حاصل از این آزمایش‌ها، همچنین با لحاظ سن مادر در سه‌ماهه اول یا سه‌ماهه دوم بارداری، درصد احتمال ابتلای جنین به سندرم داون به شکل اعلام خطر مشخص می‌شود. اگر نتیجه این مرحله، پرخطر اعلام شود با انجام آزمایش‌های تکمیلی، وجود یا عدم وجود سندرم داون مشخص می‌گردد و زنان بارداری که جنین آن‌ها مبتلا به داون می‌باشد، برای انجام مراحل قانونی سقط جنین توسط سیستم بهداشتی راهنمایی می‌شوند. شیوع این بیماری ۱ مورد از هر ۱۰۰۰ تا ۱۱۰۰ جنین است (Ioannidis JP, 2013: 59).

۲-۱- مراحل انجام آزمایش‌های غربالگری و سقط‌های به واسطه آن

مراحل انجام غربالگری عبارت‌اند از:

۱. سونوگرافی NT

۲. آزمایش‌های سه‌ماهه اول

۳. آزمایش‌های سه‌ماهه دوم

۴. آمنیوسنتز و تست‌های تکمیلی (زینالو، ۱۳۹۶: ۱).

مرحله اول غربالگری بارداری در سه‌ماهه اول بارداری انجام می‌شود که به صورت آزمایش خون و سونوگرافی است که مقدار خطر ابتلای جنین به سندرم داون را مشخص می‌کند. در صورتی که این میزان ریسک از عدد خاصی بالاتر نشان داده شود، نتیجه غربالگری مثبت بوده و مادر باید تست‌های تکمیلی را انجام دهد. در حال حاضر نتیجه غربالگری حدود ۱۰ درصد از مادران مثبت

اعلام می‌شود که اگر در آزمایش‌های تکمیلی، وجود سندرم داون ثابت شود و سن جنین از ۴ ماه کمتر باشد، پزشکی قانونی کشور، مجوز سقط درمانی را می‌دهد. در تجویز بین آزمایش غربالگری در ابتدا باید سن مادر در نظر گرفته شود، سپس وجود سابقه ابتلا به بیماری‌های ژنتیکی یا سندرم داون در بین والدین، فرزند یا فرزندان آن‌ها و اقوام نزدیک زوجین مورد نظر قرار می‌گیرد و در صورتی که سن مادر بالای ۴۰ سال باشد و خود، همسر، فرزند یا اقوام نزدیک آن‌ها دارای سابقه بیماری‌های ژنتیکی باشند، غربالگری به او پیشنهاد می‌شود و در انجام یا عدم انجام غربالگری حق انتخاب دارد. اگر در هر مرحله از انجام غربالگری، مورد مشکوکی وجود نداشته باشد، نیازی به انجام مرحله بعدی غربالگری نیست و پزشک یا مراکز درمانی، نباید مادران را برای مراحل دیگر غربالگری هدایت کنند (زینالو، ۱۳۹۶: ۳۱ و ۳۲).

۲-۲- تست آمنیوسنتز و حیات جنین

بعد از اینکه مرحله اولیه غربالگری، مثبت اعلام شد والدین برای انجام آزمایش‌های تکمیلی «آمنیوسنتز» معرفی می‌شوند. آزمایش آمنیوسنتز آزمایشی تهاجمی است که در فرآیند انجام آن، سوزن بزرگی در رحم مادر فرو می‌شود و از مایع آمنیون اطراف جنین نمونه‌برداری شده و جهت بررسی ناهنجاری‌های جنینی و بیماری‌های ژنتیکی مورد آزمایش قرار می‌گیرد. در طی این آزمایش، دست خوردگی جنین، «احتمال سقط» را افزایش می‌دهد، به این صورت که با ورود سوزن به جفت، احتمال پاره شدن کیسه آب و نشت مایع آمنیوتیک و آلوده شدن خون جنین در طی نمونه‌برداری، می‌تواند منجر به سقط جنین شود (تارا، ۱۳۹۸: ۲۶). از سوی دیگر به دلیل هزینه بسیار بالای این آزمایش و نبود حمایت بیمه‌ای، بسیاری از خانواده‌هایی که توان پرداخت این هزینه‌ها را ندارند به جهت احتمال ضعیف وجود مشکل برای جنین و ناآرامی خاطر از آینده، جنینی را سقط می‌کنند که احتمال سالم بودن او وجود دارد. مادران زیادی هم پس از انجام آزمایش آمنیوسنتز و سقط جنین ناشی از این آزمایش، با رسیدن جواب پاتولوژی متوجه می‌شوند جنین آن‌ها سالم بوده، اما با انجام این آزمایش باعث سقط وی شده‌اند. البته نتایج آزمایش آمنیوسنتز در غربالگری جنین، دارای دقت بالایی در محدوده ۹۱/۹ تا ۹۹/۶ درصد می‌باشد (Jing Wang, 2018:1) و (PAUL D. MANGANIELLO, 1979: 911) اما به طور متعدد خطر بالای سقط جنین بعد از انجام آزمایش و حتی احتمال سقط جنین در بارداری‌های بعدی گزارش شده است؛ همچنین خطر عفونت رحم و ایجاد آسیب و نقص جنین در آزمایش آمنیوسنتز محتمل است (D.M. Go- mez, 1995: 261 و Katherine Bianco, 2006: 1098 و STELLA M. ESRIG 1985: 321).

۳- مقایسه ایران با کشورهای توسعه یافته در زمینه انجام غربالگری

اگرچه سیاست غربالگری در هر کشوری به شیوه خودش صورت می‌گیرد، ولی یک رویکرد مهم و مشترک میان همه این کشورها، تأکید بر آزمایش‌های غربالگری به زنانی است که سابقه فامیلی و ژنتیکی معلولیت و بیماری‌های مادرزادی را دارند یا فرزند قبلی آن‌ها مبتلا به سندرم داون می‌باشد. از نظر سنی نیز انجام این آزمایش‌ها معمولاً به زنان بالاتر از ۳۵ سال و در برخی از کشورها به زنان بالای ۴۰ سال توصیه می‌شود. در تمام این کشورها هزینه‌های غربالگری جنین، رایگان بوده و تحت پوشش بیمه است (Audibert F, 2017:805-817). علاوه بر آن، تست‌های غربالگری در کشورهای پیشرفته‌ای مثل انگلیس، کانادا، هلند و فرانسه کاملاً اختیاری بوده و به ندرت برای همه بخش‌های جمعیت انجام می‌شود؛ چون در نتایج این تست‌ها، مثبت کاذب اجتناب‌ناپذیر است و پتانسیل آسیب زدن به افراد، بالاخص مادر باردار وجود دارد. تست‌های غربالگری در ایران به‌طور معمول تحت پوشش بیمه‌های پایه نیستند. هزینه آزمایش‌های غربالگری و تست‌های تکمیلی آن در ایران تا حدود ۷ میلیون تومان است که از توان بسیاری از خانواده‌ها خارج است. در کشورهای توسعه یافته فقط گروه‌های پرخطر^۱ تست‌های غربالگری را انجام می‌دهند. در کشورهای اروپایی میانگین سن بارداری بالاست و فرزندان مبتلا به سندرم داون در آنجا بیشتر دیده می‌شود؛ اما آمار انجام غربالگری جنین بسیار پایین‌تر از ایران است. این آمار در کشوری مثل هلند کمتر از ۳۰ درصد، در سوئد ۳۳ درصد، در کانادا ۳۴ درصد است (Johnson, De Die I, Audiberth F, J-A, Okun A, Wilson RD, Armouar C, et al, 2017:805-1).

میانگین سن بارداری در ایران بین ۲۵ تا ۲۶ سال است، اما کشور ایران، رکورددار پوشش غربالگری ناهنجاری در دنیاست. حدود ۹۵ درصد بارداری‌ها در ایران به سمت انجام غربالگری سوق داده می‌شوند که دو برابر بیشتر از کشورهای توسعه یافته بوده و نمایانگر نوعی اجبار الزام آور پزشکی است (زینالو، ۱۳۹۶: ۴۹).

۴- آمار بالای خطا در آزمایش غربالگری جنین

آزمایش‌های غربالگری در کشور دارای ارقام مثبت کاذب بسیاری بوده و حدود ۱۶/۵ درصد است؛ یعنی برای پیدا کردن یک جنین مبتلا به سندرم داون، ۱۶۰ نفر را دارای خطر نقص جنین

۱. منظور از گروه‌های پرخطر در اینجا سن بالای مادر در حاملگی، سابقه بیماری‌های ژنتیکی و وجود سندرم داون در والدین یا اقوام نزدیک جنین است.

معرفی می‌کنند. این در حالی است که در کشورهای توسعه‌یافته نرخ مثبت کاذب بین ۱/۸ تا حداکثر ۵ درصد است. متخصصین آن‌ها به‌دقت بر مثبت کاذب نظارت دارند و هزینه این آزمایش‌ها نیز برای مادران باردار رایگان است. آن‌ها استانداردهای بسیار سخت‌گیرانه‌ای را بر انجام تست‌های تهاجمی مثل آمنیوسنتز لحاظ می‌کنند تا میزان سقط و از دست رفتن جنین‌ها کاهش یابد (Managing safety incidents in NHS Screening Programs, 2019).

البته آمار منفی کاذب و عدم شناسایی جنین مبتلا هم زیاد می‌باشد. نتایج غربالگری از تولد حدود ۱۰۰۰ سندرم داون ممانعت نموده است، لیکن حدود ۳۰۰ جنین سندرم داون نیز علی‌رغم انجام غربالگری‌ها متولد شده‌اند که این آمار، موارد منفی کاذب را نشان می‌دهد (Down syndrome, also called Trisomy 21, 2019, <https://www.mashreghnews.ir/news/1169567>).

این آمار بالای مثبت و منفی کاذب، نشان‌دهنده عدم وجود استانداردهای لازم و تشخیص‌های غیر صحیح در آزمایش‌های غربالگری در کشور است که موجب سقط جنین‌های بی‌مورد و آزمایش‌های کم نتیجه در ممانعت از ولادت‌های ناهنجاری کروموزومی است.

۵- اجازه سقط پس از غربالگری

پس از اثبات وجود سندرم داون در نتیجه آزمایش غربالگری جنین، در صورتی که مدارک این آزمایش، پیش از ولوج روح در جنین به پزشکی قانونی ارائه شود، اجازه سقط قانونی (سقط درمانی) داده خواهد شد و اگر پس از ولوج روح باشد اجازه سقط داده نخواهد شد. دلیل این سقط را هم «حرج» مادر برای بزرگ کردن جنین فرزند زنی ذکر کرده‌اند. اشکال قابل توجه آن است که مصداق‌های «حرج» مثل سندرم داون در حکم سقط جنین، دقیقاً تعیین نشده است، ولی در سقط درمانی، سندرم داون جزء مصادیق حرج برای مادر در نظر گرفته شده است که باید در این مسئله تجدیدنظر شود. در تعریف واژه حرج آمده که اگر ادامه حیات جنین باعث عسر و حرج و سختی مادر شود اجازه سقط جنین از سوی پزشکی قانونی داده می‌شود، اما مصادیق حرج مشخص نشده است.

۶- سقط جنین و تفصیل احکام آن

۶-۱- مفهوم سقط جنین

سقط در لغت، از مصدر «سَقَطَ» در عربی است. جنین نیز واژه‌ای عربی و به معنای مستور و پوشیده شده است (ابن منظور، ۱۴۰۴: ۹۴). دکتر معین برای این کلمه معناهای مختلفی از جمله

«بچه ناتمام از شکم افتاده» را آورده است. در معنای سقط جنین نیز معنای «افتادن جنین، قبل از نمو کامل در رحم» را آورده‌اند (معین، ۱۳۸۶: ۸۶). به عبارت دیگر، به افتادن بچه نارس قبل از زمان تولد از شکم مادر، «سقط جنین» گویند (عمید، ۱۳۶۹: ۷۹۳).

در کتب فقهی، فقها سقط جنین را به صورت مستقل معنا نکرده‌اند. بیشتر آنان در بحث دیه جنین، اندکی در باب معنی آن سخن گفته‌اند. تنها شهید ثانی در باب معنای جنین در کتاب شرح لمعه می‌گوید: «و هو الحمل فی بطن امه و سمی به لاستتاره فیه من الاجتنان و هو السّتر فهو بمعنی المفعول». جنین همان حمل در شکم مادر است که به خاطر استتار در شکم مادر به این نام خوانده می‌شود. جنین از ریشه اجتنان به معنی پوشش مشتق شده است و به معنای مفعول یعنی مستور و پوشیده شده استعمال می‌گردد (عاملی، ۱۴۱۰: ۲۸۸ و ۲۸۹).

در صدق عنوان جرم سقط جنین، سه عنصر اصلی باید موجود باشد:

۱. اخراج جنین قبل از موعد طبیعی زایمان
۲. به کار بردن وسایل، دارو و تجهیزات خاص
۳. سوءنیت (شامبیاتی، ۱۳۸۲: ۶۶).

۶-۲- انواع سقط جنین

سقط جنین به سه صورت انجام می‌پذیرد که عبارت‌اند از:

۱. سقط خارج از اراده فرد (خود به خودی): در مواردی که زنان باردار مبتلا به برخی بیماری‌های کلیوی و عفونی و خونی باشند یا به چنین بیماری‌هایی مبتلا گردند و پس از چند ماه، جنین آن‌ها از رحم جدا شده و خارج رحم بیفتد، سقط جنین اتفاق می‌افتد. در این حالت جنین یا به صورت خودبه‌خود خارج می‌شود و یا با دستگاه‌های مخصوص و توسط پزشک از رحم خارج می‌گردد.

۲. سقط درمانی: در برخی مواردی که زنان به برخی بیماری‌ها مبتلا می‌گردند - نظیر بیماری روماتیسم قلبی پیشرفته - حاملگی برای مادر بسیار خطرناک است و به قیمت از دست دادن جان او تمام می‌شود. در چنین مواردی، پزشک متخصص زنان و زایمان با انجام مشاوره پزشکی به صورت ارادی جنین را برای نجات جان مادر از رحم خارج می‌سازد که به این عمل «کورتاژ»^۱ می‌گویند. این عمل، طبق قانون باید با اجازه کتبی از پدر و مادر جنین صورت پذیرد.

1. Curetage

- کورتاژ واژه‌ای فرانسوی است. به معنای سقط جنین با نوعی عمل جراحی و به وسیله پزشک. بیرون آوردن جنین از رحم مادر (لغت‌نامه دهخدا: ۱۸۶۹۵)

۳. سقط ارادی جنایی: در چنین مواردی پزشک یا ماما بدون وجود دلیل پزشکی متقن برای سقط جنین به وسیله دارو یا وسایل مخصوص، جنین را از رحم زن خارج می‌کند. در این موارد، سقط جنین غیرقانونی بوده و اگر پدر و مادر هم اجازه داده باشند، پزشک یا ماما از حکم مجازات رها نخواهد شد (حکمت، ۱۳۶۶: ۲۷). بیشترین سقطها در کشور از این دسته هستند که غالباً پس از انجام مرحله اول غربالگری صورت می‌گیرند.

ولوح روح

ولوح بر وزن فعول بوده و در حقیقت معنای دخول و ورود می‌دهد. وقتی با روح ترکیب گردد به معنی ورود روح بر جنین در رحم مادر است (قیم، ۱۳۸۱: ۱۲۱۶). طبق روایتی از امام سجاد (ع) روح، غذای حیات است که به صورت بالقوه در صلب مردان و رحم بانوان قرار داده شده است و باعث تحول از حالتی به حالت دیگر می‌گردد (طوسی، ۱۳۷۸: ۲۸۲).

طرق اثبات ولوح روح

در صورتی که جنین از رحم مادر خارج شده باشد، اگر دارای علائم زیر باشد ولوح روح ثابت می‌شود: ۱. گریه کردن ۲. نفس کشیدن ۳. عطسه کردن ۴. شیر خوردن (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۶۶). حرکت جنین خارج از رحم مادر را در صورتی می‌توان به ذی‌روح شدن او حمل کرد که بتوان آن حرکت را واقعی دانست. مثلاً وقتی گوشتی فشرده گردد سپس رها شود حرکت می‌کند که این حرکت مربوط به برگشت به حالت طبیعی خود است و دلیل بر وجود حیات و روح نیست. جنین نیز پس از خروج از رحم و تنگی آن ممکن است حرکتی انجام دهد که شبیه به حیات باشد، ولی در واقع زنده نباشد (همان: ۳۶۵). بنابراین اظهار نظر در مورد زمان دقیق ولوح روح در مورد جنین داخل رحم مادر مشکل است، اما طبق آیه ۱۴ سوره مومنون، روایات، «انساناه خلُقاً آخر» را همان مرحله‌ای می‌دانند که جنین به مرحله حیات انسانی وارد می‌شود. دارای حس شده و به جنبش درمی‌آید که در روایات اسلامی به «نفخ روح» تعبیر شده است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۰: ۲۱۲). امام علی (ع) نیز در ذیل این آیه می‌فرماید: «پس از آن که چهار ماه نطفه تمام شد، خداوند فرشته‌ای می‌فرستد تا روح را در ظلمات رحم در کودک بدمد» و اینجاست که خداوند می‌فرماید: «ثم انساناه خلُقاً آخر» منظور از انشاء آخر همان دمیدن روح است. ولوح روح نیز همین دمیدن روح است (طباطبایی، ۱۳۷۵: ۳۰).

فقها نیز بر این نظر متفق هستند که با تکمیل چهار ماه، روح در جنین دمیده شده است و آن را مطابق با نظر شارع مقدس می‌دانند.

۶-۳- حکم فقهی سقط جنین و سقط درمانی

در اسلام، سقط جنین مطلقاً حرام است. تمام مذاهب اسلامی در حکم اولیه معتقدند که این عمل مطلقاً حرام بوده و این حرمت از زمان انعقاد نطفه تا تولد نوزاد است. این که برخی می‌گویند: بعد از دمیده شدن روح، سقط جنین حرام است، توهم باطلی است. البته در شرایط و استثنائاتی که شریعت، سقط جنین را مجاز می‌شمارد مانند عسر و حرج، اضطراب و حفظ سلامت مادر، فقها در بروز عناوین ثانویه بین دمیده شدن روح و بعد از آن تفصیل می‌دهند و این حکمی ثانویه است و آلا حکم اولیه اسلام در باب سقط جنین، حرمت این عمل است (جعفری تبریزی، ۱۴۱۹: ۲۵۰).

۷-۷- حکم شرعی غربالگری جنین

برای مسئله غربالگری جنین نیز دو حکم را می‌توان در نظر گرفت. حکم جواز و حکم عدم جواز شرعی غربالگری جنین.

۷-۱- حکم جواز شرعی

غربالگری در دو حالت و برای افراد پرخطر می‌تواند دارای حکم جواز شرعی باشد که این دو حالت عبارت‌اند از:

۱. برای مادرانی که سن بالای ۴۰ سال دارند به دلیل آنکه در بارداری در سنین بالا، احتمال وجود اختلالات کروموزومی و ژنتیکی بالأخص سندرم داون در جنین بالاتر است؛ از نظر حکم تکلیفی، غربالگری برای این افراد جایز است.
۲. در بارداری‌هایی که در مادر یا پدر یا دیگر فرزندان آن‌ها سابقه وجود اختلالات ژنتیکی، کروموزومی بالأخص سندرم داون وجود دارد، انجام آزمایش‌های غربالگری جایز است. در این خانواده‌ها مخصوصاً در مورد مادرانی که فرزند یا فرزندان دیگری دارند که دارای نقص ژنتیکی و سندرم داون می‌باشند و در بارداری اخیر خود نیز در غربالگری اولیه و ثانویه احتمال وجود سندرم داون داده شده است، برای انجام آزمایش آمنیوسنتز ارجاع داده می‌شوند که باید به اختیار خود برای انجام این آزمایش مراجعه کنند. این آزمایش دارای ریسک سقط جنین می‌باشد.

۷-۲- حکم عدم جواز شرعی

غربالگری جنین با توجه به اینکه هزینه‌های بسیاری برای خانواده‌ها در بردارد، مثبت و منفی کاذب آن زیاد است و تست‌های تکمیلی آن مثل آمنیوسنتز دارای ایمنی بالایی نیستند و خطر سقط یا آسیب رساندن به جنین وجود دارد. در افرادی که دارای سابقه وجود سندرم داون در خانم باردار، پدر یا نزدیکان وجود نداشته و سن آن‌ها زیر ۴۰ سال باشد به نظر می‌رسد احتیاطاً

دارای حکم عدم جواز شرعی بوده و به دلالت التزامی، هرگونه هدایت و الزام به انجام غربالگری برای مادران بارداری که شرایط غربالگری را ندارند نیز جایز نیست.

۸- دلایل حرمت اسقاط جنین

همان‌طور که بیان شد حکم اولی در مورد سقط جنین، غربالگری بی‌مورد و اسقاط جنین پس از آن دارای حکم حرمت شرعی است. دلایل این حرمت عبارت‌اند از: کتاب، سنت، عقل، اجماع. این دلایل به شرح زیر می‌باشند:

دلیل اول: کتاب

خداوند متعال در قرآن کریم مردم را از قتل نفس‌بر حذر داشته و قتل نفس را حرام اعلام کرده است. از آنجاکه جنین در مسیر رسیدن به انسان کامل قرار دارد، سقط او مانند کشتن یک انسان است. موضوع نهی و ممنوعیت از بین بردن فرزندان و قتل آن‌ها در آیات زیر آورده شده است:

۱. «وَلَا يَقْتُلْنَ أَوْلَادَهُنَّ» خداوند در آیه ۱۲ سوره ممتحنه می‌فرماید: فرزندان خود را به هیچ بهانه‌ای نکشید و آنان را زنده به گور و سقط نکنید و حق حیات آن‌ها را گرامی بدارید. خداوند در این آیه به پیامبر اکرم (ص) می‌فرماید: به زانی که نزد تو برای بیعت می‌آیند بگو که فرزندان خود را نکشند (طبرسی، ۱۴۱۵: ۴۵۶). نهی موجود در آیه، دلیل محکمی برای عدم جواز سقط جنین است.

۲. «وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ أُمَّلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ...»^۱ فرزندان خود را از بیم تنگدستی نکشید. ما شما و آنان را روزی می‌رسانیم...

۳. «وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ أُمَّلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا»^۲ فرزندان را از بیم فقر و نداری نکشید، رزق و روزی آن‌ها و خود شما به عهده ماست. کشتن آن‌ها به‌واقع گناه بزرگی است.

خداوند در دو آیه ۱۵۱ سوره انعام و ۳۱ سوره اسراء، خود را روزی‌رسان دانسته و افراد را از کشتن فرزندان و جنین‌ها که فرزندان بی‌گناه هستند نهی کرده است.

خشیه، ترسی است که با بزرگداشت چیزی همراه است. این حالت معمولاً از طریق علم و آگاهی نسبت به چیزی که از آن بیم و خشیت وجود دارد حاصل می‌شود (راغب اصفهانی، ۱۴۱۶: ۲۸۳). در این آیات، کشتن فرزندان، در زمره گناهان بزرگ قرار گرفته است و در صورتی که والدین

۱. انعام: ۱۵۱.

۲. اسراء: ۳۱.

فرزندان خود را به دلایلی چون ناتوانی مالی از بین ببرند، مرتکب گناه بزرگی شده‌اند. در زمان جاهلیت، اعراب نه تنها دختران خویش را با تعصبات غلط، زنده به گور می‌کردند، بلکه پسران را نیز که در آن زمان سرمایه بزرگی محسوب می‌شدند، از ترس تنگدستی به قتل می‌رساندند. خداوند نیز در آیات فوق، آنان را متوجه خوان گسترده نعمات الهی کرده و از این عمل قبیح باز می‌دارد. امروزه این کار ناشایست، به اشکال دیگری تکرار می‌شود و با بهانه کمبود احتمالی منابع و مواد غذایی یا از ترس بیماری فرزند، این مخلوقات خدا از طریق دارو یا «کورتاژ» به قتل می‌رسند. این واقعیت نشان می‌دهد که «جاهلیت قرن ۲۱» حتی فجیع‌تر از جاهلیت پیش از اسلام و با رنگ و لعاب موجه در جریان است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۰: ۳۴).

۴. «من قتل نفسا بغير نفس أو فساد فی الارض فکأنما قتل النّاس جميعا» خداوند متعال در آیه ۳۲ سوره مبارکه مائده می‌فرماید: «هر کس انسانی را جز برای حق، [قصاص] یا بدون آنکه فسادی در زمین کرده باشد بکشد، گویا تمام انسان‌ها را کشته است».

در این آیه از کشتن یک نفر به منزله کشتن همه مردم یاد شده است. ناس یا انسان‌ها همگی یک حقیقت هستند. به دلیل آنکه همه انسان‌ها، در حقیقت انسانیت مساوی هستند، اگر کسی به یکی از انسان‌ها سوء قصد کند، گویا به تمام انسان‌ها سوء قصد کرده است؛ زیرا به انسانیت سوء قصد کرده و در همه موارد یکی است (طباطبائی، ۱۳۷۵: ۳۱۶). همچنین یک انسان می‌تواند سرچشمه‌ی یک نسل باشد، پس قتل او به منزله‌ی قتل یک نسل است (قرائتی، ۱۳۸۶: ۲۸۳). طبق این آیات مبارکه، غربالگری بی‌مورد و عمومی جنین و سقطی که پس از آن انجام می‌گیرد، به منزله کشتن همه انسان‌هاست. ذیل عنوان همه انسان‌ها، تمامی انبیاء، ائمه هدی و معصومین (ع) و تمام اولیا الله نیز قرار می‌گیرند که سقط یک جنین به معنای کشتن این بزرگان نیز هست و گناهی بسیار بزرگ می‌باشد.

دلیل دوم: سنت

روایات فراوانی در حد متواتر یا نزدیک به تواتر وجود دارد که بر حرمت سقط جنین دلالت می‌کند و دلالت بر وجوب دیه بر این عمل دارند که به دلالت التزامی به حرمت این عمل پی برده می‌شود و این دیه جبران چنین جنایت بزرگی است. یکی از دلایل صریح روایی برای اثبات حرمت سقط جنین این است که مراحل تکون و تکامل انسان و شروع زندگی، از زمان استقرار نطفه در رحم آغاز می‌گردد و به همین دلیل، سقط از همان زمان تشکیل نطفه جنین حرام است. روایتی از اسحاق بن عمار مؤید این مسئله است:

۱- اسحاق بن عمار می‌گوید: به حضرت موسی بن جعفر (ع) عرض کردم: زنی از آبستن شدن می‌ترسد، دوایی می‌آشامد و آنچه را که در شکمش دارد بیرون می‌اندازد «حکمش چیست؟» فرمود: نه «این کار جایز نیست» گفتم: آنچه زن از شکمش بیرون می‌اندازد، نطفه است، فرمودند: نطفه، مرحله آغاز خلقت انسانی است^۱ (حرعاملی، ۱۴۰۹: ۲۶).

این روایت با صراحت کامل، هم آغاز موجودیت انسانی را توضیح می‌دهد و هم حکم قطعی سقط جنین در مرحله نطفه را بیان می‌کند.

۲- در روایتی از امیرالمؤمنین (ع) نیز در همین مضمون نقل شده است که فرمود: مراحل منی مرد را پنج جزء قرار داد. هنگامی که در مرحله جنین باشد، دیه‌ی آن پیش از آن که روح در آن داخل شود، ۱۰۰ دینار است. این بدان جهت است که خداوند عزوجل انسان را از جوهری کشیده شده از خاک آفریده و آن نطفه است. پس نطفه جزء اول بوده سپس علقه که جزء دوم است^۲ (کلینی، ۱۴۰۷: ۳۴۲؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۵۴).

با نظر به آیه‌ی فوق و روایات مربوطه و امثال آن‌ها مشخص می‌گردد که موجودیت انسان از زمان استقرار نطفه در رحم شروع می‌شود، بدین جهت تلف کردن آن، تلف کردن مرحله‌ای از انسانیت است که در مسیر فعلیت و بروز هویت او قرار گرفته است. لذا نمی‌توان از بین بردن و سقط جنین انسانی را حتی پیش از وصول به هویت فعلی انسانی، با از بین بردن یک ماده مستعد به حیات مطلق که حتی جانداران نیز دارا می‌باشند، مقایسه نمود؛ بنابراین تعیین دیه برای جنین از موقع استقرار در رحم منصوص العله بوده و یک مسئله تعبدی خالص نیست. این علت چنانکه گفته شد عبارت است از قرار گرفتن نطفه در گذرگاه وجود انسانی و به جهت قرار گرفتن نطفه در گذرگاهی به سوی انسان است که موضوع احکام خاص قرار گرفته است؛ مانند وجوب دفن جنین اگر بیش از ۴۵ روزه باشد (جعفری تبریزی، ۱۴۱۹: ۲۵۰).

۳- امام صادق (ع) فرمودند: اگر حمل به صورت نطفه باشد، دیه آن ۲۰ دینار، اگر به صورت علقه باشد ۴۰ دینار و اگر مضغه شده باشد ۶۰ دینار است. در صورتی که استخوان هم در جنین روییده باشد و به مرحله عظام رسیده باشد ۸۰ دینار دیه دارد. اگر گوشت هم بر استخوان روییده باشد ۱۰۰ دینار می‌باشد. چنانچه جنین به حدی رسیده باشد که روح بر آن دمیده شده باشد؛ هزار

۱. «عن إسحاق بن عمار قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: «المرأة تخاف الحمل فتشرب الدواء فتلقى ما في بطنها؟ قال: لا. فقلت إنما هو نطفة، فقال إن أول ما يخلق نطفة».

۲. «جعل مني الرجل خمسة أجزاء فإذا كان جنينا قبل أن تلجه الروح مائة دینار و ذلك إن الله عز و جل «خلق الإنسان من سلالة و هي النطفة فهذا جزء ثم العلقه فهو جزءان»

دینار برای جنین پسر و ۵۰۰ دینار برای جنین دختر باید پرداخت شود^۱ (کلینی، ۱۴۰۷: ۳۴۵). طبق روایات فوق از مهم‌ترین دلایل حرمت سقط جنین از نظر اسلام، تعیین مجازات و دیه توسط شارع مقدس برای قتل جنین است. حتی از زمان انعقاد نطفه و پس از ۴ ماهگی تا زمان اتمام خلقت، اگر جنین سقط شود مجازات دیه دارد (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۴۶). اگر سقط، توسط متصدی مثل پزشک یا جراح انجام شود یا به‌وسیله آمپول، سقط را انجام دهد شخص مباشر ضامن بوده و دیه بر عهده اوست. در صورتی که پزشک تجویز کرده باشد و دیگری آن کار را انجام دهد آن فرد ضامن خواهد بود (طوسی، ۱۳۹۰: ۱۰۱) در صورتی که مادر مباشر سقط باشد، خودش از دیه ارث نمی‌برد و دیه را باید به پدر بدهد. در صورتی که جنین، پس از ۴ ماهگی و ولوج روح اسقاط شود، علاوه بر دیه، کفاره قتل عمد نیز بر مباشر سقط، واجب است.

دلیل سوم: عقل

عقل همواره بر حرمت ظلم، حکم می‌کند. سقط جنین و سقط در روند غربالگری ظلمی آشکار است؛ چراکه دشمنی با کسی است که قدرت دفاع از خود را ندارد. غربالگری به‌صورت عمومی و الزام برای عموم زنان باردار به دلیل وجود خطر سقط جنین، از نظر عقلی نیز جایز نمی‌باشد، چراکه راهی برای از بین بردن کسی است که هیچ گناهی نداشته و اگر اجازه حیات می‌یافت علاوه بر آنکه بر تعداد مسلمانان و جمعیت کشور می‌افزود؛ چه بسا انسانی وارسته یا دانشمندی بزرگ و یا یک فرد تأثیرگذار برای کشور و جامعه اسلامی می‌شد. هر عقل سلیمی که به دور از هر کینه و دشمنی نسبت به اسلام و مسلمین باشد سقط جنین و کشتن یک انسان را منفور و مقبوح می‌داند.

دلیل چهارم: اجماع

همه علماء مسلمین بر مسئله سقط جنین و حرمت آن اجماع دارند. دلیل آن را هم تعیین دیه و مجازات سنگینی می‌دانند که در شرع مقدس اسلام برای سقط جنین در نظر گرفته شده است. دلیل تخصیص دیه برای سقط جنین نیز به خاطر آن است که در سقط جنین، جنایتی عمدی صورت گرفته است که حرام بوده و این عمل مستلزم وجوب دیه است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۲۸۵-۲۸۷)؛ بنابراین غربالگری بدون ضابطه و همگانی جنین نیز می‌تواند به همین حکم ملحق شود.

۱. «فی النطفة عشرون دینارا و فی العلقة أربعون دینارا و فی المضة ستون دینارا و فی العظم ثمانون دینارا فإذا کسی اللحم فمائة دینار ثم هی مائة دینار حتی یتسهل فإذا استهل فالدية كاملة».

۹- سقط درمانی جنین پس از غربالگری از نظر مراجع عظام

مسئله حفظ جنین آن چنان مسئله مهمی است که هیچ کدام از مراجع عظام، سقط جنین را جایز نمی‌دانند؛ حتی اگر عنوان سقط درمانی داشته باشد. این حرمت تا جایی است که در موردی هم که فرد، به‌غیر از رابطه حلال، باردار شده باشد اجازه سقط ندارد؛ زیرا جنین گناهی نکرده و حق حیات را نباید از او گرفت (خامنه‌ای، ۱۳۷۵: ۱۵۳). طبق نظرات مراجع درباره غربالگری نیز حکم به حرمت سقط درمانی جنین پس از غربالگری و حتی عدم جواز غربالگری داده شده است. نظر برخی مراجع در باب انجام غربالگری به شرح زیر است:

از آیت‌الله سیستانی در باب انجام غربالگری که درصد خطای قابل توجهی نیز دارد سؤال شده که اگر زن نتواند پس از جواب آزمایش فرزند خود را نگه دارد آیا می‌تواند آزمایش غربالگری را انجام دهد؟ ایشان فرمودند: «اگر خوف دارد جنین را در موردی که در آن مجاز نیست از بین ببرد، نباید خود را در معرض آن قرار دهد» (استفتاء از دفتر ایشان).

حضرت آیه الله خامنه‌ای نیز در باب سقط جنین ناقص‌الخلقه فرمودند: «ناقص‌الخلقه بودن جنین، مجوز شرعی برای سقط آن حتی قبل از ولوج روح نیست. ولی اگر تهدید حیات مادر بر استمرار حاملگی به استناد نظر پزشک متخصص و مورد اطمینان باشد، سقط جنین قبل از ولوج روح اشکال ندارد» (استفتاء از دفتر ایشان). ایشان سقط جنین در هر سنی به واسطه ناقص‌الخلقه بودن و مشکلاتی که در زندگی برای او به وجود خواهد آمد را مجوز سقط نمی‌دانند.

آیت‌الله سبحانی نیز سقط درمانی جنین را جایز ندانسته و فرمودند: «در صورت انجام، مستلزم وجوب دیه است» (استفتاء از دفتر ایشان). آیت‌الله گلپایگانی (ره) نیز فرمودند: «اسقاط جنین جایز نیست و در آن فرقی بین ولوج و عدم ولوج روح نیست. چنانچه بدانید با آزمایش، بچه سقط می‌شود آزمایش کردن هم جایز نیست» (استفتاء از دفتر ایشان).

حضرت آیت‌الله هادوی تهرانی هم فرمودند: «سقط درمانی جنین به واسطه وجود سندرم داون جایز نیست. اگر احتمال سقط توسط آزمایش، به حدی است که عقلاً به آن اعتنا می‌کنند، انجام آن نیز جایز نیست» (استفتاء از دفتر ایشان).

با توجه به دلایل حرمت سقط جنین و نظرات مراجع عظام، سقط جنین و حتی سقط درمانی حرام است، حتی اگر آزمایش غربالگری تشخیص سندرم داون یا ناهنجاری‌های جنین مثبت باشد، به دلیل وجود معلولیت یا سندرم داون در جنین، سقط درمانی نیز مجاز نیست، مگر در شرایطی که حقیقتاً جان مادر در خطر باشد و جنین زیر چهار ماه بوده و ولوج روح رخ نداده باشد که در حکم ثانویه سقط درمانی مجاز خواهد بود؛ بنابراین قبل از چهار ماهگی نیز هرگونه سقط

حتی سقط درمانی جنین حرام است؛ مگر با عناوین ثانویه‌ای مثل عسر و حرج شدید و نجات جان مادر. در صورتی که این عناوین عارض شود؛ اگر جنین قبل از ۴ ماهگی باشد با احراز شرایط فوق‌الذکر می‌توان او را اسقاط نمود. بعد از چهارماهگی به هیچ‌وجه با این عناوین سقط جنین جایز نیست؛ مگر اینکه برخی از فقها قائل‌اند در صورتی که بعد از ولوج روح، جان مادر و جنین هر دو در خطر قرار گرفته و نجات یکی از آن دو در گرو مرگ دیگری باشد؛ در این صورت نجات جان مادر اولی بوده و با اسقاط جنین می‌توان جان مادر را نجات داد. در این صورت با اسقاط جنین، به دلیل آنکه نفس انسانی شکل گرفته است؛ علاوه بر دیه، کفاره قتل عمد هم واجب می‌شود (خامنه‌ای، ۱۳۷۵: ۱۸۰).

۱۰- تفصیل دو نظر عمده در باب سقط درمانی متناظر با احکام اولی و ثانوی

بنا بر ادله فقهی در باب سقط جنین و نظرات ذکر شده مراجع، سقط درمانی به مجرد وجود نقص در خلقت جنین در حکم اولی حرام شرعی بوده و به صرف وجود ناهنجاری چون سندرم داون در جنین، سقط او جایز نیست. در حکم ثانوی میان فقها دو نظر وجود دارد:

نظر اول: برخی همچون امام خمینی (ره) (خمینی، ۱۴۲۴: ۹۴۵)، آیت‌الله بهجت (بهجت، ۱۴۲۸: ۲۵۶) و آیه الله صافی گلپایگانی (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۵: ۶۲) برای سقط درمانی به دلیل وجود نقص خلقت در جنین، جایگاهی قائل نبوده و در هر صورت سقط جنین اعم از درمانی و غیر آن را مطلقاً حرام می‌دانند.

نظر دوم: عده دیگری از مراجع نظیر مقام معظم رهبری (خامنه‌ای، ۱۳۷۵: ۲۷۸)، آیت‌الله سیستانی (سیستانی، ۱۳۹۳: ۲۹۷)، آیت‌الله مکارم شیرازی (مکارم شیرازی، ۱۳۸۷: ۹۲)، آیت‌الله فاضل لنکرانی (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵: ۴۸۲) و آیت‌الله تبریزی (تبریزی، ۱۳۸۵: ۲۷۸) با شروطی سقط جنینی را که دارای نقص در خلقت باشد را در حکم ثانوی جایز می‌دانند. این شروط عبارت‌اند از:

- ۱- تشخیص قطعی پزشک حاذق و متعهد
- ۲- عناوین ثانویه‌ای مثل اضطرار، عسر و حرج و نجات جان مادر در آن احراز شده باشد. حرج مادر نیز به صورتی باشد که در صورت ادامه حیات جنین، جان مادر در خطر شدید قرار گیرد.
- ۳- سقط قبل از ولوج روح صورت پذیرد (دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۸۴: ۲۳۸).

نتیجه گیری

کاهش شدید جمعیت کشور در سال‌های اخیر، نتیجه اجرای سیاست‌های نادرست جمعیتی، کاهش زادوولد و افزایش سقط جنین بوده است. در حال حاضر آزمایش‌های گسترده غربالگری جنین، موجب بسیاری از سقط‌های بی‌مورد و عامل مهمی در کاهش بی‌رویه جمعیت کشور می‌باشند. غربالگری جنین فرآیندی است که طی آن وجود برخی از ناهنجاری‌های جنینی بالأخص سندرم داون را در جنین مشخص می‌کند. این رویکرد چند سال است که در کشور اجرا شده و تمام زنان باردار ملزم به انجام آن می‌گردند. به دلیل وجود هزینه بالای آزمایش‌های غربالگری و عدم وجود بیمه، در صورت احتمال اولیه به وجود سندرم داون و عدم توان پرداخت هزینه آزمایش تکمیلی آمنیوسنتز، والدین در همان مرحله نخست، اقدام به سقط جنین می‌کنند. از سوی دیگر کسانی که آزمایش تکمیلی را انجام می‌دهند نیز در تست تکمیلی آمنیوسنتز به دلیل فرورکدن سوزن بزرگی در رحم مادر باردار جهت نمونه‌برداری، ریسک سقط جنین را دارند به این صورت که در موارد زیادی ورود سوزن نمونه‌برداری در ساک جنین، باعث آلودگی خون جنین یا پاره شدن کیسه آب او شده و سقط او را به دنبال داشته است. پس از سقط جنین نیز برخی از نتایج پاتولوژی‌ها حاکی از سلامت جنینی بوده که توسط آزمایش آمنیوسنتز سقط شده است. طبق استانداردهای جهانی، آزمایش‌های غربالگری در دنیا فقط به زنان بارداری که در سنین بالا یا زنان دارای سابقه فامیلی سندرم داون از سوی پزشکان توصیه می‌شود و اجباری نیز برای انجام آن وجود ندارد. در ایران باوجود آنکه میانگین سن بارداری ۲۵ تا ۲۶ سال است، اما همه زنان باردار توسط پزشکان، به انجام این آزمایش‌ها به طور مستقیم و غیر مستقیم ملزم می‌شوند که حدود ۹۵ درصد از مادران باردار این آزمایش‌ها را انجام می‌دهند.

از نظر فقهی و طبق ادله شرعی از قبیل آیات، روایات، اجماع و عقل و وفق نظرات مراجع عظام تقلید در باب حکم سقط جنین و سقط درمانی، به هیچ وجه سقط جنین جایز نبوده و در حکم اولی حرام است؛ حتی سقط درمانی به جهت وجود معلولیت و نقص در خلقت فرزند نیز حرام است. برخی از مراجع با احراز دو شرط، سقط درمانی را با نظر متخصص متعهد و مؤمن، در حکم ثانوی جایز دانسته‌اند: ۱. جنین قبل از ۴ ماهگی بوده و ولوج روح رخ نداده باشد ۲. نجات جان مادر در گرو سقط جنین باشد یا باقی ماندن جنین عسر و حرج غیرقابل تحمل برای والدین داشته باشد. غربالگری جنین نیز به این صورت که برای تمام مادران باردار الزامی باشد به دلیل آنکه دارای مثبت و منفی کاذب است، هزینه‌های بالائی دارد، تحت پوشش بیمه قرار ندارد و احتمال سقط و آسیب دیدن جنین در آن وجود دارد، به نظر می‌رسد احتیاطاً حکم عدم جواز شرعی داشته

باشد؛ اما در دو حالت استثنائاً می‌توان برای غربالگری جنین حکم جواز شرعی را در نظر گرفت که عبارت‌اند از: ۱. در صورتی که سن مادر باردار بالاتر از ۴۰ سالگی باشد. ۲. در صورتی که مادر، پدر یا نزدیکان یا فرزندان دیگرشان دارای سابقه اختلالات ژنتیکی و سندرم داون باشند که در این‌گونه افراد می‌توان حکم جواز شرعی را در نظر گرفت.

پیشنهادات

- با توجه به این‌که غربالگری آزمایشی است که در کشور ما برای زنان باردار در همه سنین توصیه شده و آزمایش‌های تکمیلی آمنیوسنتز هزینه بالایی دارد و به همین علت معمولاً در همان مراحل اولیه به سقط جنین‌های بی‌گناه نیز می‌انجامد که این سقط‌ها تأثیر زیادی بر کاهش جمعیت کشور داشته و این آزمایش نیز برای جنین و مادر خطر دارد، چند راهکار در جهت کاهش انجام غربالگری‌های بی‌مورد پیشنهاد می‌شود:
- اجبار و حتی تشویق مادران باردار توسط پزشکان و مراکز درمانی برای انجام غربالگری برداشته شود و کسانی که مادران باردار را ملزم به انجام غربالگری می‌کنند مورد پیگرد قانونی قرار گیرند.
- گروه‌های پرخطر از گروه‌های کم‌خطر جدا شوند و انجام غربالگری فقط برای گروه‌های پرخطر که دارای سن بالا (حدود ۴۰ سال و بالاتر) دارند یا دارای سابقه فامیلی سندرم داون می‌باشند، آن‌هم با احترام به حق انتخاب مادران باردار به آن‌ها پیشنهاد شود.
- در مورد آزمایش تکمیلی آمنیوسنتز نیز که آزمایشی تهاجمی است، احتمال سقط جنین و آسیب دیدن او وجود دارد بهتر است آزمایش دیگری جایگزین گردد تا اگر جنین سالم باشد به‌وسیله یک آزمایش حیاتی‌اش به خطر نیفتد.
- این آزمایش‌ها در تمام آزمایشگاه‌های غربالگری کشور، برای افراد واجد شرایط غربالگری، تحت پوشش بیمه قرار بگیرند تا افراد با خاطری آسوده، بدون پرداخت هزینه یا با پرداخت هزینه کمی، بتوانند این آزمایش را انجام دهند.
- غربالگری جنین در بیمارستان یا مراکز تخصصی تعیین شده و تحت نظارت وزارت بهداشت و توسط متخصصین زبده و با سختگیری صورت گیرد تا در حد مطلوبی از سقط جنین‌های بی‌مورد جلوگیری شود.
- خطر سقط جنین توسط غربالگری نیز توسط پزشکان به مادران باردار هشدار داده شود تا بیش از این شاهد آمار بالای سقط جنین ناشی از غربالگری و کاهش شدید جمعیت و بحران پیری در کشور نباشیم.

منابع

◀ قرآن کریم

◀ آباد، معصومه، چرا آمار خطا در آزمایش‌های غربالگری بالاست؟ (۱۳۹۹/۹/۲۹) به نقل از:

<https://www.mashreghnews.ir/news/1169567>

◀ ابن منظور، محمد بن مکرّم، (۱۴۰۴). لسان العرب، بیروت، دارالفکر، ج ۱۵.

◀ اکرمی، محمد، خیرالله پروین و محدثه رزمجو، (۱۴۰۰)، «بررسی حقوقی غربالگری سلامت جنین و سقط درمانی در طرح جوانی جمعیت و حمایت از خانواده»، مجله حقوق پزشکی، د ۱۵، ش ۵۶.

◀ بکتاشیان، مجتبی و همکاران، (۱۳۹۶). «بررسی آزمایشات غربالگری پیش از تولد مادران باردار و مقایسه آن با کاریوتیپ جنین»، زنان و مائائی و نازائی ایران، د ۲۰، ش ۱۱.

◀ بهجت، محمدتقی، (۱۴۲۸)، «استفتائات»، قم: دفتر آیه الله بهجت، ج ۳.

◀ تارا، فاطمه، سمیه معین درباری و مهلا بختیاری، (۱۳۹۸). «بررسی ارتباط عوارض آمنیوستتز با عبور سوزن از جفت»، مجله دانشگاه علوم پزشکی مازندران، د ۲۹، ش ۷۱.

◀ تبریزی، میرزا جواد، (۱۳۸۵)، «صراط النجاه»، قم: دارالصدیقه الشهیده، ج ۹.

◀ جعفری تبریزی، محمدتقی، (۱۴۱۹). «رسایل فقهی»، تهران: منشورات کرامت.

◀ حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹). «وسایل الشیعه»، قم: مؤسسه آل البیت، ج ۲۱ و ج ۲۹.

◀ حکمت، سعید، (۱۳۶۶). «پزشکی قانونی و اخلاق پزشکی»، تهران: انتشارات دانشگاه شهید بهشتی.

◀ خامنه‌ای، سید علی، (۱۳۷۵). «پزشکی در آئینه اجتهاد»، قم: نشر انصاریان.

◀ دستورالعمل کشوری سازمان‌دهی غربالگری سندرم داون، ۱۳۹۹.

◀ دفتر تبلیغات اسلامی شعبه خراسان رضوی، (۱۳۸۶). «مسائل مستحدثه پزشکی»، قم: بوستان کتاب، ج ۱.

◀ دهخدا، علی‌اکبر، (۱۳۷۷). «لغت‌نامه دهخدا»، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ج ۹.

◀ راغب اصفهانی، حسین بن محمد، (۱۹۱۶)، «مفردات الفاظ القرآن»، دمشق: دارالعلم.

◀ زینالو، مونا، (۱۳۹۶). «تحلیل اقتصادی غربالگری سندرم داون در برنامه جاری مراقبت‌های دوران بارداری در سال ۹۶ و ارائه برنامه پیشنهادی»، (پایان‌نامه دکتری تخصصی پزشکی اجتماعی)، به

راهنمایی: محمد شریعتی و آریتا خیل‌تاش، دانشگاه علوم پزشکی تهران، دانشکده پزشکی.

◀ زمانی، رسول، (۱۳۸۵). «سقط جنین در نگاه حقوق اسلامی»، تبریز: نشر مؤلف.

◀ ستوده، حمید و ابوالقاسم مقیمی حاجی، (۱۳۹۹). «سقط درمانی: تأملات فقهی و سیاستگذاری تقنینی»، د ۲۲، ش ۸۸.

◀ سیستانی، علی، (۱۳۹۳) «استفتائات»، مشهد: انتظار مهر.

◀ شامبیاتی، هوشنگ، (۱۳۸۲). «حقوق کیفری اختصاصی»، تهران: مجد، ج ۱.

◀ صافی گلپایگانی، لطف‌الله، (۱۴۱۵)، «استفتائات پزشکی»، قم، دارالقرآن الکریم.

- ◀ صادقی، مجید، حمید صادقی و محمد حسن پور، (۱۳۹۷)، «بررسی فقهی حقوقی سقط جنین در رسیدن به سیاست افزایش جمعیت»، س ششم، ش ۱۱.
- ◀ صدوق، محمد بن علی، (۱۴۱۳). «من لا یحضره الفقیه»، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ج ۴.
- ◀ طباطبائی، محمدحسین، (۱۳۷۵). «المیزان فی تفسیرالقران»، چاپ اول، تهران: نشر اسلامی، ج ۵.
- ◀ طبرسی، فضل بن حسن، (۱۴۱۵). «تفسیر مجمع‌البیان»، بیروت: موسسه الاعلمی للمطبوعات، ج ۹.
- ◀ طبری، محمد بن جریر، (۱۴۱۲). «تفسیرالطبری»، بیروت: دارالمعرفه، ج ۱۵.
- ◀ طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۹۰). «لاستبصار»، تهران: دار الکتب الاسلامیه، ج ۴.
- ◀ _____ (۱۴۰۷). «الخلاف»، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ج ۳.
- ◀ _____ (۱۳۷۸). «تهذیب الاحکام»، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ج ۱۰.
- ◀ عاملی، زین‌الدین بن علی، (۱۴۱۰). «الروضه البهیة فی شرح اللعنه الدمشقیه»، چاپ اول، قم: داوری، ج ۱۰.
- ◀ عمید، حسن، (۱۳۶۹). «فرهنگ فارسی عمید»، تهران: سپهر.
- ◀ فاضل لنکرانی، محمد، (۱۴۲۵)، «جامع المسائل»، قم: انتشارات امیر قلم، ج ۲.
- ◀ قرائتی، محسن، (۱۳۸۳). «تفسیر نور»، تهران: مؤسسه درس‌هایی از قرآن، ج ۲.
- ◀ قیم، عبدالنبی، (۱۳۸۱). «فرهنگ معاصر عربی به فارسی»، تهران: فرهنگ معاصر.
- ◀ کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷). «الکافی»، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ج ۷.
- ◀ مرعشی شوشتری، محمدحسن، (۱۳۷۶). «دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام»، تهران: میزان.
- ◀ معین، محمد، (۱۳۸۶). «فرهنگ معین»، تهران: زرین.
- ◀ مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۸۰). «تفسیر نمونه»، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ج ۶ و ج ۱۲.
- ◀ _____ (۱۴۲۲). «بحوث فقهیه هامه»، قم: مدرسه الامام علی بن ابیطالب (ع).
- ◀ _____ (۱۳۸۷). «احکام پزشکی»، قم: مدرسه امام علی بن ابیطالب (ع).
- ◀ موسوی خمینی، روح‌الله، (۱۴۲۴)، «توضیح المسائل»، دفتر جامعه مدرسین وابسته به حوزه علمیه قم، ج ۲.
- ◀ نجفی، محمدحسن، (۱۴۰۴). «جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام»، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ج ۴۳.
- ◀ وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، «شیوه‌نامه غربالگری و تشخیص مشکلات کروموزومی و نقص لوله عصبی جنین»، ابلاغیه شماره ۲۵۰۱۳ / ۳۰۲ / ۱۷ / ۱۳۹۰.
- Audibert F, De Bie I, Johnson J-A, Okun N, Wilson RD, Armour C, et al. No.348- Joint SOGC-CCM guide line: update on prenatal screening for featal aneuploidy, fetal anomalies and averes pregnancy outcomes. J obstet Gynaecol Can.2017.39(9):805-17.

- Bianco K. et al. «History of Miscarriage and Increased Incidence of Fetal Aneuploidy in Subsequent Pregnancy», *Obstetrics & Gynecology*. 2004; 191 (6) 1098-1102.
- Cuningham F, Leveno K, Bloom S, Spong CY, Dash J, «Williams Obstetrics», 24. Mcgrow- hill; 2014.
- Detels R, Gulliford M, Tan CC, Karim QA. *Oxford text of global public health*. Oxford Textbook; 2015.
- Down syndrome also called Trisomy 21 [Internet]. Minnesota Department of Health; (<https://www.health.state.mn.us/diseases/cy/downsyndrome.html>, cited 2019 Sep 18).
- Dyer O. «The challenge of doing less». *BMJ: British Medical Journal*. 2013; 347
- Ioannidis JP. «Biomarker failures». *Clinical chemistry*. 2013; 59(1): 202-4.
- Esrig S.M. Leonardi D.E. «Spontaneous abortion after amniocentesis in women with a history of spontaneous abortion», *Prenatal Diagnosis*. 1985; 5 (1) 321-328.
- <https://www.sabteahval.ir/news-2086/14020223/209040>.
- Katherine Bianco MD. Aaron B. Caughey MPP. B. L. Shaffer. Regina Davis.
- M. E. Norton. «History of Miscarriage and Increased Incidence of Fetal Aneuploidy in Subsequent Pregnancy», *Obstetrics & Gynecology*. 2006; 107 (5) 1098-1102.
- Manganiello P.D. et al. «A report of the safety and accuracy of midtrimester amniocentesis at the Medical College of Georgia: Eight and one half years' experience», *American Journal of Obstetrics and Gynecology*. 1979; 134 (8) 911-916.
- Managing safety incidents in NHS Screening Programmes [Internet][cited 2019 sep 20].
- Muñoz H. et al. «Two thirds of spontaneous abortion/fetal deaths after genetic midtrimester amniocentesis are the result of a pre-existing subclinical inflammatory process of the amniotic cavity», *American Journal of Obstetrics & Gynecology*. 1995; 172 (1) 261.
- Pueschel SM. «Clinical aspects of Down syndrome from infancy to adult-

hood». American Journal of Medical Genetics Part A. 1990; 37(S7): 52-6.

► Stella M. Esrig, Donna E. Leonardi. «Spontaneous abortion after amniocentesis in women with a history of spontaneous abortion». Prenatal diagnosis. 1985; 37 (S7): 321-328.

► Wang J. et al. «Prospective chromosome analysis of 3429 amniocentesis samples in China using copy number variation sequencing», American Journal of Obstetrics and Gynecology. 2018; 219 (3) 287.e1-287.e18.

ارزیابی استحقاق زوجه به نفقه و کیفر ترک نفقه در فرض عدم تمکین مجاز

احسان شهسوار^۱، رضا حق پناه^{۲*}، محمد امامی^{۳**}

چکیده

در فقه اسلامی یکی از حقوق زوجه‌ی دائمی، حق دریافت نفقه از شوهر در صورت تمکین است؛ اما در شرایطی که زن از تمکین، خودداری می‌کند و برای این امر هم جواز دارد، همچنان نفقه‌اش محفوظ و شوهر به جهت ترک نفقه، به حکم قانون، محکوم به حبس می‌شود، در حالی که از نظر بسیاری از فقها، حبس جایز نیست و این دیدگاه با قوانین موضوعه سازگاری ندارد. این نوشتار در صدد پاسخ به این سؤال است که در فرض جواز عدم تمکین، با چه مبنایی زوجه مستحق دریافت نفقه است؟ همچنین نپرداختن نفقه‌ی زوجه در این فرض، چه حکمی دارد و حکم به حبس، چقدر می‌تواند با قانون حمایت از خانواده همسو باشد؟ در این جستار با بهره‌گیری از روش توصیفی تحلیلی، ضمن بررسی موارد مجاز عدم تمکین، استحقاق زوجه به نفقه و مسئولیت کیفری شوهر تارک نفقه مورد تحلیل قرار گرفته است. بر پایه‌ی یافته‌های این مقاله، در موارد عدم تمکین مجاز، زوجه مستحق نفقه است؛ اما مجازات زوج با حبس، فاقد وجهت فقهی و مخالف قانون حمایت از خانواده است و کیفر شوهر تارک نفقه، نباید حبس باشد.

واژگان کلیدی

نفقه، تمکین، مسئولیت کیفری، ترک انفاق، قانون حمایت خانواده، حبس.

* دانشجوی مقطع دکتری رشته فقه جزایی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران (نویسنده‌ی مسئول) (alghaath@yahoo.com)

** استادیار گروه علوم قرآنی و حدیث، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران (haghpanah@razavi.ac.ir)

*** دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران (Dr.Imami@Razavi.ac.ir)

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۲۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۲۹

۱- مقدمه و بیان مسئله

خانواده مهم‌ترین کانون اجتماعی در راستای بستر سازی برای رشد و ارتقای جوامع به‌ویژه جوامع اسلامی به‌شمار می‌آید؛ زن و مرد اولین و مهم‌ترین اعضای این کانون هستند که در فقه اسلامی پس از انعقاد عقد شرعی، حقوق و وظایف مختلفی در قبال یکدیگر پیدا می‌کنند که موظف به ادای آن می‌شوند. از جمله‌ی این حقوق و وظایف بخشی از حقوق مالی زن است که بر عهده‌ی مرد است. از جمله ضروری‌ترین حقوق مالی زن دریافت نفقه و هزینه‌های زندگی است که تأمین آن بر ذمه‌ی مرد و از تکالیف مهم او در زندگی مشترک است.

نفقه از حقوقی است که - جنبه‌ی الزامی - قانونی داشته و زوجین ملزم به رعایت آن هستند و در صورت رعایت نکردن، طرف مقابل می‌تواند به حکم قانون او را بازخواست کرده و به ادای آن ملزم کند (احدی، ۱۴۰۰: ۱۳۶). ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) بیان می‌دارد: «هرکس با داشتن استطاعت مالی، نفقه زن خود را در صورت تمکین او ندهد یا از تأدیه نفقه‌ی سایر اشخاص واجب‌النفقه امتناع کند، به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شود.»

در این ماده، پرداخت نفقه منوط به استطاعت مالی مکلف و تمکین از سوی زن شده است، اما تبصره الحاقی به این ماده، مجوز قانونی زن برای عدم تمکین را نوعی عذر دانسته و با این وجود، شوهر تارک انفاق را محکوم به مجازات کرده است. این در حالی است که نظر برخی از فقها به مسئله‌ی ترک نفقه متفاوت است و جرم‌انگاری مندرج در قانون را نمی‌پذیرند.

در مجموع می‌توان بیان داشت که به حکم اولی، وجوب نفقه‌ی زن، منوط به وقوع تمکین از سوی اوست، اما ممکن است در مواردی زن برای عدم تمکین عذری موجه داشته و همچنان مستحق نفقه باشد، لذا ناشزه محسوب نشود تا منجر به سقوط نفقه‌اش گردد. مواد ۱۰۸۵، ۱۱۱۵ و ۱۱۲۷ قانون مدنی، موارد قانونی عدم تمکین زن را مشخص کرده که با توجه به استحقاق زوجه به دریافت نفقه در چنین شرایطی، عدم پرداخت نفقه از سوی زوج، جرم و مشمول ماده ۶۴۲ قانون مجازات اسلامی است، با این حال، در رأی وحدت رویه شماره ۶۳۳ مورخ ۱۳۷۸/۲/۱۴ دیوان عالی کشور، عدم پرداخت نفقه از سوی زوج در این شرایط، جرم شمرده نشده و بحث حق حبس، کنار گذاشته شده که همین مسئله، سبب تفاوت نظر و تغییر رویه در محاکم قضایی شده است. حال این سؤال مطرح است که صرف نظر از اختلافات موجود، تبصره الحاقی به ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده با چه مبانی فقهی و حقوقی قائل به استحقاق زوجه به دریافت نفقه و مجازات شوهر تارک نفقه شده است؟ مجازات حبس و جرم‌انگاری ترک انفاق در این شرایط را با تکیه بر کدام ادله می‌توان اثبات کرد؟ آیا کیفر مطرح شده در قانون، متناسب با جرم زوج است؟ آیا

اختلاف رویه‌ها ناشی از مبانی فقهی است یا ناشی از تفسیر قوانین و مواد حقوقی است؟ مسئولیت کیفری برای شوهر تارک‌نفقه، مندرج در قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) تا چه میزان می‌تواند به حمایت از کانون خانواده کمک کند؟ اینها مسائلی هستند که نوشتار پیش‌رو در گستره فقه امامیه و حقوق ایران درصدد است پس از واکاوی به مهم‌ترین آن‌ها پاسخ بگوید.

۲- پیشینه‌ی پژوهش

واکاوی در آثار مرتبط با موضوع نوشتار، بیانگر آن است که تحقیقات گسترده‌ای در موضوع نفقه و مسئولیت کیفری خودداری از پرداخت نفقه انجام شده است. دسته‌ای از آن‌ها به‌طور کلی به بحث نفقه و کیفر تارک آن پرداخته‌اند و دسته‌ای دیگر به‌طور خاص مسئله‌ی نفقه‌ی زوجه را مورد واکاوی قرار داده‌اند. از جمله: شهریوی و برزگر (۱۳۹۴) در مقاله خود با عنوان «آسیب‌شناسی قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات- ماده ۶۴۲ سابق و ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده)» به آسیب‌شناسی قانون مجازات اسلامی با تکیه بر بخش تعزیرات پرداخته‌اند، اما به صورت جزئی و دقیق، درباره جرم‌انگاری ترک انفاق با توجه به تبصره ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده و مجوز قانونی زوجه برای عدم تمکین تحلیل و بررسی انجام نداده‌اند.

بر این اساس به جهت اختلافی که در رویه‌ی محاکم قضایی درباره حکم یا عدم حکم به مجازات تارک انفاق در فرض عدم تمکین زوجه و نوع مجازات این فرد وجود دارد، واکاوی و تحلیل مبانی فقهی حقوقی تبصره ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده ضرورت دارد تا حکم دقیق مسئله روشن و با یافتن خلأهای قانونی، پیشنهاد لازم به قانون‌گذار ارائه شود. لذا موضوع این نوشتار از این جهت که به مسئله‌ای جدید و مورد ابتلای جامعه و مباحث خانواده می‌پردازد دارای نوآوری است.

۳- مفهوم‌شناسی

در این نوشتار سه مفهوم اساسی «مبانی»، «نفقه» و «تمکین» نیاز به مفهوم‌شناسی دارد که در ادامه به واکاوی آن‌ها پرداخته می‌شود.

۳-۱- مبانی

مبانی جمع واژه‌ی مبنا از ریشه بنی مشتق شده که در لغت به معنای بنا کردن و ساختن چیزی با کنار هم قراردادن اجزای آن است (ابن فارس، ۱۴۰۴: ج ۱: ۳۰۳). برخی آن را نقیض هدم و ویرانی (ابن منظور، ۱۴۱۴: ج ۱: ۹۳؛ فیروزآبادی، ۱۴۱۵: ج ۴: ۳۲۷؛ زبیدی، ۱۴۱۴: ج ۱۹: ۲۲۰) و اصل و اساس هر چیز می‌دانند (طریحی، ۱۳۷۵: ج ۱: ۶۴). همچنین به معانی مختلفی چون احسان و نیکی

کردن، فربه کردن و دنبال کردن آمده است (بستانی، ۱۳۷۵: ۱۹۷). در پژوهش‌های حقوقی چندین معنا برای واژه‌ی مبنا ذکر شده است که هر یک از حقوق دانان با نگاه ویژه‌ی خود به تعریف آن پرداخته و تحقیق خود را بر مبنای همان تعریف سر و سامان داده‌اند. با این حال به نظر می‌رسد یک معنا، در بین فقها و حقوق دانان از شهرت بیشتری برخوردار باشد و اعتبار و مشروعیت دارد، لذا از میان معانی متعدد اصطلاحی برای واژه مبنا، نظر نگارندگان با دیدگاه مشهور مطابقت دارد. بر این اساس، استفاده از نظریه‌های فلسفی - حقوقی و جرم‌شناسی، قواعد فقهی، نصوصی از کتاب و سنت، ادله اجتهادی مانند سیره عقلا و دلیل عقل، منابع حقوق مانند رویه‌های قضایی و قوانین عادی و اساسی و همچنین نظریه‌های فقهی فقهای عظام، همه می‌توانند مصادیقی از مبانی در معنای یاد شده باشند (ر.ک: منصورآبادی و ریاحی، ۱۳۹۱: ۲۲).

۳-۲- نفقه

واژه نفقه اسم مصدر (محمود، بی‌تا، ج ۳: ۴۳۲) از ریشه نَفَقَ یا نَفَقَ در لغت به معنای هر چیزی از بین رفتنی و تمام شدنی (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ج ۴: ۳۸۵)، هزینه و خرج (زمخشری، ۱۳۸۶: ۱۹۸؛ بستانی، ۱۳۷۵: ۱۱۰) آمده است. برخی گفته‌اند نفقه اسم است از کلمه‌ی انفاق (بستانی، ۱۳۷۵: ۹۲۷؛ ابوجیب، ۱۴۰۸: ۳۵۸) و برای چیزی که می‌بخشند (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ج ۴: ۳۸۶)، جمع آن نفقات و نفاق است (قرشی، ۱۴۱۲: ج ۷: ۹۷؛ حمیری، ۱۴۲۰، ج ۱۰: ۶۷۰۶؛ محمود، بی‌تا، ج ۳: ۴۳۲). نفقه در اصطلاح چیزی است که برای گذراندن زندگی لازم است و تأمین آن بر عهده‌ی شوهر است (کاوندی، ۱۳۹۵: ۴۷). او وظیفه دارد نفقه زن را چه نیازمند باشد چه نباشد، بپردازد (خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۳۱۹) و مخارج فرزندان را تا زمانی که نتوانند خود را اداره کنند، تأمین نماید (همان، ج ۲: ۳۲۲). در اصطلاح فقهی، نفقه‌ی زوجه عبارت است از آنچه که همسر برای گذران زندگی به آن نیاز دارد (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲: ۲۹۳) و در هشت جزء دسته‌بندی می‌شود: ۱ و ۲- غذا و خوراک به مقداری که سیر شود و از نظر کمیت و کیفیت به شئون زن و عرف و عادت بستگی دارد که می‌بایست متناسب با زمان و مکان باشد. ۳- لباس، که از نظر جنس و مقدار، بستگی به عرف و عادت محل دارد. ۴- فراش، که منظور زیرانداز و وسائل استراحت است. ۵- وسائل و لوازم آشپزی و پخت و پز. ۶- لوازم بهداشتی و آرایشی. ۷- مسکن ملکی یا استیجاری یا استعاری، که با شئون و احتیاجات زوجه متناسب باشد. ۸- خدمتکار، چنانچه زوجه نیاز به خادم داشته باشد یا شئون و شرافت خانوادگی او ایجاب کند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱: ۳۳۶-۳۳۱؛ خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۳۱۶-۳۱۵).

۳-۳- تمکين

تمکين در لغت به معنای توانایی دادن و قدرت و سلطنت بخشیدن به ديگری آمده است (فيومي، ۱۴۱۴، ج ۲: ۵۷۷؛ طريحي، ۱۳۷۵، ج ۶: ۳۱۷؛ بستانی، ۱۳۷۵: ۸۵۶). در برخی از منابع، دادن اختيار به ديگری (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶، ج ۲: ۶۳۳)، آمادگی، تن دادن و همراهی کردن (خلخالی، ۱۴۲۲: ۱۱۷) نیز تمکين شمرده شده است.

از عنوان تمکين در باب نکاح بحث شده و به مناسبت در باب‌های طهارت، صلاه و تجارت نیز مطالبی مطرح شده است (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶، ج ۲: ۶۳۳). در بحث نکاح، مراد فقها از تمکين اين است که زن، خود را برای هرگونه لذت مشروعی در اختيار شوهرش قرار دهد و آن را محدود به زمان و مکان خاص نکند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱: ۳۰۳؛ بحرانی آل عصفور، بی‌تا، ج ۱۰: ۶۴). از نگاهی می‌شود تمکين را به دو دسته تقسيم کرد: دسته اول؛ تمکين عام و دسته دوم؛ تمکين خاص.

تمکين عام عبارت از است حسن معاشرت زن با شوهر و اطاعت از او در امور زناشویی. حسن معاشرت خلاصه می‌شود در اطاعت زن از شوهر و خوش رفتاری و خوش‌روئی با او، رعایت نظافت و آرایش خود برای شوهر. همچنین خروج از منزل، مراد به ديگران و رفتن به خانه‌ی خویشاوندان اگر چه پدر، مادر یا اولاد او باشند احتياج به اجازه‌ی شوهر دارد (امامی، بی‌تا، ج ۴: ۴۴۷). البته طبق نظر برخی از محققان خروج زن از منزل تا جایی نیاز به اذن شوهر دارد که با حق استمتاع او منافات داشته باشد و آنجا که تعارض و مخالفتی با استمتاع و بهره‌جویی مرد ندارد، الزامی برای اذن از شوهر وجود نخواهد داشت؛ بنابراین می‌بایست حدود این حق مرد را بر اساس مصلحت خانواده و شرایط حاکم بر آن، ویژگی‌های فردی، روحی و عاطفی زن و با مراجعه به عرف و شیوه‌ی خردمندان جامعه مشخص کرد (پروین و حسینی، ۱۳۹۲: ۸۰-۷۹).

تمکين خاص عبارت است از آمادگی هميشگی زن برای نزدیکی جنسی با شوهر جز در موارد بیماری یا منع شرعی (امامی، بی‌تا، ج ۴: ۴۴۸)؛ یعنی زن باید هميشه برای نزدیکی و دخول آماده باشد و آن را محدود به زمان و مکان خاص نکند. برخی از فقها مراد از مکان را مفهوم جمعی گرفته‌اند که شامل همه‌ی بخش‌های بدن نیز می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸: ۴۴۰). پس زن باید اجازه دهد که شوهرش از تمام قسمت‌های بدنش استمتاع ببرد و دخول را منحصر در قُبُل ننماید و چنانچه بدون عذر از دخول در دُبُر و ساير استمتاعات منع کند نفقه‌اش ساقط می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱: ۳۰۳).

به نظر می‌رسد فقط تمکین از نوع خاص، نقطه مقابل نشوز نباشد، بلکه عدم نشوز مفهومی اعم از تمکین خاص دارد و با عنوان انجام وظایف زوجیت^۱ نیز از آن یاد شده است. در واقع زن غیرناشزه علاوه بر تمکین در مقابل استمتاع، بایستی مطیع تام و تمام شوهر نیز باشد، زیرا هرگونه بدرفتاری و ناسازگاری با شوهر او را ناشزه می‌کند (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۳: ۲۰۳؛ محقق داماد، بی تا: ۲۹۷).

۴- مبانی و شرایط وجوب اصل نفقه

در این بخش نگاهی کلی به مبانی و شرایط وجوب اصل نفقه خواهیم داشت. این مبانی بارها به‌طور تفصیلی و استدلالی در نوشته‌های محققان بیان شده‌اند و از آنجا که بحث اصلی، مبانی وجوب نفقه در موارد عدم تمکین زوجه می‌باشد، پردازش استدلالی و تحلیلی مبانی اصلی ضرورت ندارد و فقط به سرفصل مبانی اشاره می‌شود.

۴-۱- مبانی قرآنی

دو دسته از آیات قرآن کریم بر مسئولیت مرد در قبال نفقه زوجه دلالت دارد. دسته اول اشاره مستقیم به این امر دارد و دسته دوم به‌صورت غیرمستقیم.

دسته اول آیات:

- ۱- و علی المولود له رزقهن و کسوتهن بالمعروف (بقره: ۲۳۳).
- تأمین خوراک و پوشاک مادران شیردهنده به طور شایسته و متعارف بر عهده پدر فرزند است.
- ۲- لینفق ذو سعه من سعته (طلاق: ۷).
- بر توانگر است که از توانگری‌اش [همسر بچه‌دارش را در ایام عده] هزینه دهد.
- ۳- الرجال قوامون علی النساء بما فضل الله بعضهم علی بعض و بما انفقوا من أموالهم (نساء: ۳۴).
- مردان، کارگزاران و تدبیرکنندگان [زندگی] زنانند، به خاطر آنکه خدا مردان را [از جهت توان جسمی، تحمل مشکلات و قدرت روحی و فکری] بر زنان برتری داده و به خاطر آنکه [مردان] از اموالشان هزینه زندگی زنان را [به عنوان حقی واجب] می‌پردازند.
- ۴- لا تخرجهن من بیوتهن (طلاق: ۱).
- آنان را [در مدتی که عده خود را می‌گذرانند] از خانه‌هایشان بیرون مکنید.
- ۵- أسکنوهن من حیث سکنتم من وجدکم و لا تضاروهن لتضيقوا علیهن (طلاق: ۶).

زنان طلاق داده را [تا پایان عده] به اندازه توانگری خود آنجا سکونت دهید که خود سکونت دارید و به آنان [در نفقه و مسکن] آسیب و زیان نرسانید تا زندگی را بر آنان سخت و دشوار کنید [و آنان مجبور به ترک خانه شوند].

دسته دوم آیات:

- ۱- و عاشروهن بالمعروف (نساء: ۱۹)؛ و با آنان به صورتی شایسته و پسندیده رفتار کنید.
 - ۲- و لهن مثل الذی علیهن بالمعروف (بقره: ۲۲۸)؛ و برای زنان، حقوق شایسته‌ای بر عهده مردان است، مانند حقوقی که برای مردان بر عهده آنان است.
 - ۳- فامساک بمعروف أو تسریح بإحسان (بقره: ۲۲۹).
 - [شوهر در هر مرتبه از رجوع] باید [همسرش را] به طور شایسته و متعارف نگه دارد، یا [با ترک رجوع، او را] به نیکی و خوشی رها کند.
 - ۴- فأمسکوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف و لا تمسکوهن ضرراً لثعدوا (بقره: ۲۳۱).
 - آنان را [با رجوع کردن] به طور شایسته و متعارف نگه دارید، یا [با ترک رجوع] به نیکی و خوشی رها کنید؛ و آنان را برای آزار رساندن و زیان زدن نگه ندارید تا بر آنان تعدی و ستم کنید.
 - ۵- فأمسکوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف (طلاق: ۲).
 - آنان را [با رجوع به زوجیت] به صورتی شایسته [که رعایت همه حقوق همسراری است] نگه دارید یا از آنان به طرزی شایسته [که پرداخت همه حقوق شرعیه اوست] جدا شوید.
- درست است که برخی از آیات، ناظر به ایام شیردهی یا عده زن می‌شود، اما به نظر می‌رسد از مجموع آیات دهگانه یاد شده می‌توان وجوب پرداخت اصل نفقه‌ی زن بر عهده‌ی مرد را استنباط نمود. چه اینکه آنجا که در ایام عده، دستور به پرداخت نفقه می‌دهد در غیر آن ایام و طول زندگی مشترک نیز به طریق اولی این حق برای زن، وجود خواهد داشت. چون حداقل در ایام عده طلاق رجعی، زوجین در شرف جدایی از یکدیگر هستند، لذا اگر در چنین ایامی تأمین نفقه‌ی زوجة واجب باشد پس در روزهای عادی زندگی هم قطعاً واجب خواهد بود.
- همچنین آیات دسته دوم به‌طور کلی فرمان به معاشرت و امساک به معروف می‌دهند که وجوب پرداخت نفقه‌ی زن نیز از میان آن قابل برداشت است؛ زیرا از مصادیق مهم امساک و معاشرت به معروف، همین تأمین نفقه‌ی همسر است که بر عهده‌ی مرد واجب می‌شود.

۴-۲- مبانی روایی

در باب نفقات از کتاب شریف وسائل الشیعه چندین روایت وارد شده که دلالت بر وجوب پرداخت نفقه‌ی زن توسط مرد دارد. از جمله این روایات که از امام صادق (ع) نقل شده است:

۱- قلت من الذی اجبر علی نفقته - قال الولدان و الولد و الزوجه و الوارث الصغیر (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱: ۵۱۲-۵۱۱).

از حضرت پرسیدم: پرداخت نفقه‌ی چه افرادی بر من واجب است؟ فرمودند: پدر و مادر، فرزند، همسر و وارث صغیر.

۲- لا یجبر الرجل الا علی نفقه الابوین و الولد - قال ابن ابی عمیر قلت لجمیل و المراه... (همان، ج ۲۱: ۵۱).

فقط نفقه‌ی پدر و مادر، فرزند و زن بر عهده‌ی مرد واجب است.

۳- سال ابا عبدالله (ع) عن حق المراه علی زوجها - قال یسبع بطنها و یکسو جنتها - و ان جهلت غفر لها (همان، ج ۲۱: ۵۱۰).

از حضرت درباره حق زن بر مرد پرسیدند، فرمودند: شکمش را سیر کند و بدنش را لباس بپوشاند و از اشتباهات و خطاهایش درگذرد.

این روایات درباره‌ی حق زن بر مرد و برخی مصادیق نفقه، سخن گفته‌است و در روایات دیگری شبیه به همین مضمون نقل شده و این حقوق را مصداق احسان مرد به زن دانسته است.^۱

۴- روایتی از امام رضا (ع) نیز در تفسیر «فامساک بمعروف» وارد شده است که حضرت آن را خودداری از آزار و اذیت زن و پیش کش کردن نفقه به او معنا کرده‌اند.^۲

۴-۳- مبانی فقهی

مهریه به مجرد عقد، بر ذمه‌ی زوج لازم می‌آید؛ اما در مورد اینکه آیا نفقه نیز همانند مهریه به صرف عقد بر زوج واجب می‌شود یا باید حتماً تمکین انجام شود، بین برخی از فقها تفاوت نظر وجود دارد (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۶: ۴۸؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲: ۲۹۱). یک دیدگاه هم مطرح است که بین شرط وجوب و شرط تسلیم، تفکیک قائل شده است و وجوب اصل نفقه را منوط به عقد

۱. نقل اسحاق بن عمار: قلت لأبی عبدالله ع ما حق المرأة علی زوجها - أذی إذا فعله کان محسناً - قال یسبعها و یکسوها و إن جهلت غفر لها الحدیث. و نقل یونس بن عمار: زوجنی ابو عبدالله ع جاریة کانت لإسماعیل ابنه فقال - أحسن إليها قلت و ما الاحسان إليها - قال أشبع بطنها و اکس جنتها و اغفر ذنبها الحدیث. (عاملی، ۱۴۰۹: ۵۱۱/۲۱، حدیث ۵ و ۸).

۲. العیاشی فی تفسیره عن أبی القاسم الفارسی قال: قلت للرضاع جعلت فداک - ان الله یقول فی کتابه فامساک بمعروف او تسریح باحسان - و ما یعنی بذلک - فقال اما الإمساک بالمعروف - فكف الأذی و احباء النفقه - و اما التسریح باحسان - فالطلاق علی ما نزل به الکتاب (عاملی، ۱۴۰۹: ۵۱۲/۲۱-۵۱۳).

اما وجوب تسليم آن را منوط به تمکين می‌داند (شيخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۶: ۴۸). اکثر فقها صرف وقوع عقد بين زوجين را برای وجوب نفقه به عهده‌ی شوهر، کافی ندانسته و عموماً با دو شرط پیش‌رو، نفقه را بر عهده‌ی زوج واجب می‌شمردند؛ یک اینکه عقد آن‌ها دائمی باشد و ديگر اینکه تمکين کامل از سوی زوجه صورت گرفته باشد (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲: ۲۹۱؛ حلی، ۱۴۰۵: ۴۸۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۳۶؛ همان، ۱۴۲۰، ج ۴: ۲۱). صرف امکان تمکين هم کافی نیست بلکه تمکين باید به سبب دخول، وجود پیدا کند (حلی، ۱۴۰۵: ۴۸۸-۴۸۹) یعنی هم امکان استمتاع زوجين از یکديگر و هم تحقق تمکين کامل از سوی زوجه، باید وجود داشته باشد (ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸: ۲۸۵).

۴-۴- مبانی حقوقی

در قانون مدنی؛ نفقه شامل همه نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن از قبيل مسکن، البسه، غذا، اثاث منزل و هزینه‌های درمانی و بهداشتی و داشتن خادم در صورت دائمی بودن عقد برعهده شوهر است.^۱

با توجه به مواد ۱۱۰۲ و ۱۱۰۶ و ۱۱۰۷ قانون مدنی، زوجه از زمان وقوع عقد نکاح، مستحق دریافت نفقه است، مگر این‌که در طول این مدت، بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت، امتناع کرده باشد که در این صورت مطابق ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی، مستحق نفقه نخواهد بود. با توجه به مفاد این ماده، تمکين به معنای ادای وظایف زوجیت است که معنایی وسیع‌تر از واقعه و آمیزش را دارد و به آن منحصر نمی‌گردد. زوج، حق هرگونه تمتع و برخورداري از زوجه‌ی خود را در حدود مقررات شرعی و قانونی به قصد التذاذ و کامجویی دارا خواهد بود و زوجه‌ای مستحق نفقه است که وظایف زوجیت خود را در قبال زوج، ادا نماید و منحصر کردن آن به واقعه، فاقد توجیه شرعی و قانونی است.^۲

بر پایه‌ی رویکرد قانون‌گذاران و اکثر فقها، به علاوه با مفهوم شناسی که از واژه‌ی تمکين صورت پذیرفت، به نظر می‌رسد وجوب نفقه غير از دوام عقد، مستلزم تحقق تمکين کامل از سوی زوجه به ویژه وجود یافتن نزدیکی و دخول است. بر این اساس، چنانچه تمکين به صورت کامل (عام و خاص) از جانب زوجه محقق شود، او مستحق نفقه است، وگرنه ناشزه می‌شود و نفقه‌اش ساقط خواهد شد (ر.ک: شيخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴: ۳۲۸).

۱. قانون مدنی، مواد ۱۱۰۶ و ۱۱۰۷.

۲. نظریه‌های شماره ۱۲۶/۷ مورخ ۱۳۷۶/۶/۲۸ و شماره ۵۹۴۶/۷ مورخ ۱۳۷۹/۶/۱۶ اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه.

۵- عدم تمکین و وجوب نفقه

بیان شد که مشهور فقها در بحث از اینکه نفقه با وجود تمکین، وجوب پیدا می‌کند یا با صرف عقد؛ شرط وجوب نفقه بر مرد را تمکین کامل از سوی زن دانسته‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲: ۲۹۱؛ حلی، ۱۴۰۵: ۴۸۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ج ۲: ۳۶؛ همان، ۱۴۲۰: ج ۴: ۲۱). پس اگر زنی از انجام وظایف زناشویی و تمکین به همان معانی عام و خاصی که بیان شد، خودداری کند، ناشزه می‌شود، به طوری که عدم تمکین، رابطه‌ی مستقیمی با نشوز دارد و در این صورت، دیگر زن، مستحق نفقه نخواهد بود؛ اما در مواردی که زوجه از تمکین، امتناع می‌نماید؛ این عدم تمکین از سوی زوجه هم می‌تواند بدون عذر و دلیل موجه باشد که در این صورت با ترک انفاق منافاتی ندارد، در چنین حالتی زوجه مستحق نفقه نیست و زوج می‌تواند نفقه‌ی چنین زنی را تأمین نکند. همچنین ممکن است عدم تمکین زوجه با عذر و دلیل موجه، صورت بپذیرد و مجوزی هم برای این کار داشته باشد، یعنی از چند منظر، عدم تمکین او، مجاز تلقی بشود، در چنین فروضی، آیا وجوب ادای نفقه بر ذمه‌ی زوج، باقی است یا خیر؟ همین مبحث در ادامه موشکافی خواهد شد.

۵-۱- وجوب نفقه در فرض عدم تمکین مجاز زوجه

بحث اصلی این نوشتار مبانی وجوب نفقه‌ی زوجه بر عهده‌ی زوج در موارد عدم تمکین مجاز زوجه می‌باشد که در دو قالب بیان مبانی وجوب در فرض عدم تمکین مجاز و همچنین ذکر مصادیق عدم تمکین مجاز زوجه ارائه می‌شود:

۵-۱-۱- مبانی وجوب نفقه در فرض عدم تمکین مجاز

در مباحث پیش‌رو به برخی مبانی و ادله اعتباری وجوب پرداخت نفقه‌ی زوجه بر عهده‌ی زوج در فرض عدم تمکین موجه و مجاز وی پرداخته خواهد شد.

۵-۱-۱-۱- عمومات قرآنی

بر اساس آنچه که در مبانی قرآنی و روایی وجوب نفقه‌ی زن توسط مرد بیان شد، می‌توان چنین استنباط کرد که اصل پرداخت نفقه‌ی زوجه، امری ضروری و غیرقابل خدشه در زندگی مشترک زناشویی است. همچنین احسان و نیکی به زن، معاشرت و امساک به معروف درباره‌ی همسر، از واجبات مسلم بر ذمه‌ی مرد است. به ویژه آیاتی مانند «و عاشروهن بالمعروف» (نساء: ۱۹) و «أسکنوهن من حیث سکنتم من وجدکم و لا تضاروهن لتضیقوا علیهن» (طلاق: ۶) دلالت صریح بر این مطلب دارند.

چنانچه طبق این آیات، مردان به نگهداری و معاشرت نیک با همسران و عدم اضرار به آنان امر می‌شوند؛ مراعات حال زنان در موارد عدم تمکین مجاز نیز از جمله‌ی مصادیق این دستور است؛ یعنی در این حالت، همچنان مرد موظف به معاشرت به معروف با همسرش می‌باشد و حق ندارد او را از نفقه‌اش محروم سازد؛ لذا پرداخت نفقه‌ی زن در واردی که مجاز به عدم تمکین است، بر عهده‌ی مرد بوده و واجب شمرده می‌شود.

۵-۱-۱-۲- عمومات روایی

فارغ از عمومات روایی که به عنوان مبانی وجوب اصل نفقه بیان شد، صاحب وسائل الشیعه در باب ششم از مبحث نفقات، به دو روایت درباره‌ی وابستگی وجوب نفقه به تمکین کامل زن، اشاره کرده است. از جمله اینکه امام صادق (ع) از قول حضرت رسول (ص) می‌فرماید: «ایما امراه خرجت من بیتها بغیر اذن زوجها فلا نفقه لها حتی ترجع». هر زنی بدون اذن شوهرش از منزل خارج شود، نفقه‌اش ساقط است تا زمانی که برگردد و از شوهرش اطاعت نماید؛ یا در روایت دیگر می‌فرماید: اگر زن به نافرمانی‌اش پایان داد و از شما (شوهر) اطاعت کرد، آن هنگام باید نفقه‌ی او را بدهید «فإذا انتهین و اطعنکم ففعلیکم رزقهن و کسوتهن بالمعروف» (ر.ک: عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲: ۵۱۷). در این دو روایت وجوب نفقه مشروط به تمکین از سوی زن شده و درصدد است به صورت مطلق این مسئله را بیان نماید. در نگاه اول به نظر می‌رسد بر اساس همین دو روایت باید حکم نمود که در صورت تمکین از سوی زن، وجوب نفقه بر مرد محقق می‌شود، اما اگر تمکین محقق نشود نفقه‌اش از عهده‌ی مرد ساقط شده و زن ناشزه است و دیگر نفقه ندارد.

در حقیقت بر اساس آیات و روایات مذکور نفقه‌ی زوجه‌ای بر مرد واجب است که از مرد اطاعت نماید و او را تمکین کند، اما با دقت بیشتر و قراردادن این روایات در کنار آیات، به ویژه در آیاتی که دستور به معاشرت و امساک به معروف با همسران می‌دهند، برآیندی حاصل خواهد شد که باتوجه به آن باید موارد عدم تمکین مجاز را استثناء کرد؛ یعنی گرچه روایات شریفه صریحاً تمکین را در وجوب نفقه، شرط می‌داند، اما از ظاهر آن‌ها برمی‌آید که مرادشان شرایط عادی است که زن هیچ مانعی برای تمکین ندارد، ولی تمکین نمی‌کند؛ لذا اگر شرایط عادی نباشد و زن مانعی برای تمکین داشته باشد طبیعتاً معذور است.

بر این اساس می‌توان نتیجه گرفت که در عدم تمکین غیرمجاز قطعاً نفقه‌ی زن ساقط است، اما در موارد عدم تمکین مجاز، همچنان نفقه‌ی زن بر عهده‌ی مرد ثابت خواهد بود.

۵-۱-۱-۳- قاعده لاضرر و لاجرح

به نظر می‌رسد مبنای دیگری که می‌توان در برخی از موارد عدم تمکین به آن تمسک جست و به موجب آن عدم تمکین زوجه را مجاز دانست، قاعده‌ی لاضرر و لاجرح می‌باشد.

اگرچه از جمع بین آیات و روایات می‌توان دریافت نفقه‌ی زن در صورت تمکین بر شوهر واجب است، اما این گستره تا جایی است که شرایط عادی باشد و مانعی عقلی یا شرعی برای تمکین زن وجود نداشته باشد؛ زیرا مطابق قاعده‌ی لاضرر، حکم ضرری در شریعت مقدس، نفی شده است (مصطفوی، ۱۴۲۱: ۲۴۳). همچنین بر اساس قاعده‌ی لاجرح، هر حکمی که ثبوت آن مستلزم حرج بر مکلفین باشد، جعل نشده یا نفی و برداشته شده است (ایروانی، ۱۴۲۶، ج ۱: ۱۷۲)؛ بنابراین وجود ضرر یا حرج و مشقتی که مانع از تمکین زن به نفع مرد باشد، موجب مجوز عقلی یا شرعی برای عدم تمکین وی خواهد شد.

بر این اساس، حداقل در برخی از مصادیقی که در آینده از آن‌ها بحث می‌شود مانند حالت حیض یا نفاس زن، ابتلای مرد به بیماری‌های مقاربتی، خوف ضرر بدنی، مالی و شرافتی برای زن در بازگشت به منزل شوهر، مناسب نبودن مسکن با وضعیت زن و ابتلای زن به بیماری مانع از نزدیکی؛ می‌توان به قاعده لاضرر و لاجرح متمسک شد و حکم به جواز عدم تمکین زن صادر نمود. در نتیجه با کمک این دو قاعده، در عدم تمکین مجاز، زن ناشزه محسوب نمی‌شود، لذا همچنان نفقه‌اش پابرجاست و پرداخت آن بر عهده‌ی شوهر واجب خواهد بود.

۵-۱-۱-۴- ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی

مهم‌ترین مبنا و دلیل قانونی برای اثبات وجوب نفقه در موارد عدم تمکین مجاز، ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی است، آنجا که مقرر می‌دارد: «هرگاه زن بدون مانع مشروع از اداء وظایف زوجیت امتناع کند، مستحق نفقه نخواهد بود».

بر اساس مفهوم این ماده، اگر زن برای امتناع از وظایف زوجیت (تمکین) مانع مشروعی داشته باشد، همچنان مستحق نفقه است. به نظر می‌رسد مراد از مانع مشروع در عبارت این ماده، لزوماً فقط آنچه در شرع مقدس آمده نباشد بلکه همان مانع مجاز، منظور است؛ یعنی مانع و عاملی که به زن، اجازه بدهد تا از شوهرش تمکین ننماید و در عین حال ناشزه هم محسوب نشود و همچنان پرداخت نفقه‌ی او بر ذمه‌ی زوج، وجوب داشته باشد. در حقیقت این موارد، همان مصادیق عدم تمکین مجاز زوجه است که در آن‌ها، نفقه‌ی زوجه بر عهده‌ی زوج همچنان ثابت است.

۵-۱-۲- مصادیق عدم تمکین مجاز زوجه

پس از مراجعه‌ی به منابع فقهی و حقوقی، مصادیق عدم تمکین مجاز زوجه را می‌توان در سه قالب مصادیق عقلی، مصادیق شرعی و مصادیق قانونی ارائه کرد. البته ممکن است در برخی از موارد هم‌پوشانی‌هایی هم بین این سه قسم وجود داشته باشد که طبیعی به نظر می‌رسد؛ یعنی ممکن است برخی از مصادیق دو یا هر سه وجه عقلی، شرعی و قانونی را در خود جای داده باشند.

۵-۱-۲-۱- مصادیق عقلی

حکم عقلی، اولین ادله جواز عدم تمکین برای زوجه است یعنی بر اساس حکم عقل در موارد ذیل، زن نباید یا نمی‌تواند از شوهرش تمکین کند:

الف- بیماری مانع از نزدیکی

چنانچه زوجه دچار یک بیماری شود که نتواند برای نزدیکی خود را در اختیار همسرش بگذارد این عذر او از نگاه عقلی موجه محسوب می‌شود و مصداق نشوز نیست، لذا همچنان زوجه مستحق نفقه است و پرداخت آن بر عهده شوهر واجب است. این مسئله مورد التفات فقها نیز قرار گرفته است (ر.ک: خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۳۱۴).

ب- مسافرت زوجه

سفر رفتن زوجه یا با اذن زوج است یا بدون اذن؛ اگر زن با اذن از همسرش به مسافرت‌های مستحب یا مباحی برود معلوم است که چون با اذن زوج بوده نفقه‌اش ساقط نیست. همچنین در مسافرت‌های واجب مثل سفر حج واجب که یک واجب مضیق شمرده می‌شود یا سفر برای معالجه و درمان بیماری (امامی، بی‌تا، ج ۴: ۴۵۴) نیازی به اذن زوج نیست و اگر زن بدون اذن همسرش هم به چنین مسافرت واجب‌ی برود ناشزه نمی‌شود و باز هم بر ذمه‌ی مرد هست که نفقه همسرش را بدهد، چه برسد به آنجایی که سفر واجب را هم با اذن زوج انجام داده است. این مسئله مبنای فقهی نیز دارد و فقها از جمله صاحب تحریرالوسیله به آن توجه کرده‌اند (ر.ک: خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۳۱۴).

ج- تقصیر مرد

اگر عدم تمکین زوجه ناشی از اقدامات زوج و در نتیجه‌ی تقصیر وی باشد نظیر اینکه زوج به واسطه‌ی اذیت‌کردن و کتک‌زدن، امکان تمکین زوجه را از بین برده و او مضطر به ترک منزل شده باشد. چنانچه این امر به اثبات برسد زن ناشزه محسوب نشده و مستحق دریافت نفقه است و در صورت حصول شرایط مقرر در ماده ۶۴۲ قانون مجازات اسلامی، زوج می‌تواند مورد تعقیب

کیفری نیز قرار بگیرد^۱ (ر.ک: لنکرانی، بی تا، ج ۱: ۴۸۸). همچنین در مواردی که شوهر به جهتی قادر به انجام وظایف زناشویی نباشد، باید نفقه‌ی همسرش را بپردازد، مانند آنکه شوهر در مسافرت باشد یا در بازداشتگاه و زندان به سر ببرد یا اینکه در اثر بیماری از نزدیکی با زن خود ممنوع گردد و توانایی انجام آن را نداشته باشد (امامی، بی تا ج ۴: ۴۵۶-۴۵۵).

د- زندانی شدن زوجه

زندانی شدن از اموری است که امکان دارد برای برخی از زنان پیش بیاید و ناچاراً تمکین را با مشکل مواجه کند. این مسئله استثنایی و اضطراری شمرده می‌شود چنانکه یکی از نظریه‌های اداره حقوقی قوه قضائیه، مسئله را چنین بیان می‌دارد: زندانی شدن زوجه غیرقابل پیش‌بینی و غیرقابل اجتناب محسوب و مانع تمکین است، اما موجب عدم استحقاق نفقه نیست.^۲ موارد فوق غیر از مبنای عقلی، مورد التفات فقها و قانون‌گذاران نیز قرار گرفته است؛ یعنی در کنار حکم عقل به جواز، این مسائل بر پایه‌ی فتوای فقها و دیدگاه قانون‌گذاران نیز قابل اثبات هستند که برای آگاهی از آن می‌توان به آدرس‌های داده‌شده مراجعه نمود.

۵-۱-۲-۲- مصادیق شرعی

موارد زیر مجوز شرعی دارد و زوجه از جهت شرع مقدس و بر اساس فتاوی فقهای فقه‌ها اجازه دارد چنانچه در شرایط ذیل قرار گرفت از شوهرش تمکین نکند، اما استحقاق نفقه نیز داشته باشد و بر شوهرش واجب است نفقه‌اش را به‌طور تمام و کمال بپردازد.

الف- ترک اطاعت شوهر در امور غیر واجب

بدیهی است در اموری که زوجه شرعاً تکلیفی در برابر همسرش ندارد، می‌تواند از انجام آن‌ها صرف‌نظر کند و سبب اسقاط نفقه‌اش نمی‌شود. مانند امتناع از خدمات منزل و مواردی که مربوط به استمتاع شوهر نیست نظیر خیاطی، آشپزی، جارو کردن، پهن کردن فرش و رختخواب و... (ر.ک: اصفهانی، ۱۴۲۲: ۷۵۵).

ب- محرم بودن زن

یکی از محرمات در حال احرام، آمیزش و استمتاع جنسی است. زنی که در حال احرام باشد، طبیعتاً نمی‌تواند این کار را انجام دهد و این امر مانعی بر سر راه تمکین برای شوهر خواهد بود.

۱. نظریه ۷/۱۹۶۷- ۳/۲۴/۱۳۸۳ اداره حقوقی قوه قضائیه.

۲. نظریه ۷/۱۰۱۷۶- ۷/۲۳/۱۰/۱۳۷۱ اداره حقوقی قوه قضائیه.

اين مسئله يك مانع شرعی محسوب می‌شود و موجب سقوط نفقه‌ی زن نيست (ر.ک: خميني، بی‌تا، ج ۲: ۳۱۴).

ج- روزه واجب، اعتكاف واجب و هر واجب مضيق ديگر

بر ذمه بودن هر واجب مضيقی مانند روزه يا اعتكاف از مواردی است كه انجام فوری آن اولويت و وجوب دارد. بر اين اساس، زنی كه چنين واجبی را بر عهده دارد و منافی با امر تمکين است به طور شرعی تمکين بر او واجب نيست و چه بسا مبطل آن واجب بوده و حرام هم باشد، لذا نفقه‌اش محفوظ است و شوهر می‌بايست نفقه چنين زنی را بپردازد (ر.ک: همان، ج ۲: ۳۱۴).

د- حيض يا نفاس زن

از نظر فقهی، در شرايط حيض و نفاس زن، آميزش و جماع كردن در فرج، حرام است. بنا بر نظر مشهور فقها، وطی در ذُبر هم كراهت شديد دارد. نتيجه اينكه در اين موارد، تمکين برای زن از نظر شرعی ممنوع است، اما موجب سقوط نفقه نيست و زوج بايد نفقه چنين همسری را بپردازد (ر.ک: خميني، بی‌تا، ج ۲: ۳۱۴؛ همان، ۱۴۲۴، ج ۱: ۲۶۰ و ۳۰۰).

ه- صغيره بودن زوجه

هرگاه زوج كبير باشد و زوجه صغيره باشد، به گونه‌ای كه هنوز به سن استمتاع جايز از طريق جماع نرسیده باشد، به نظر مشهور فقها، نفقه بر عهده‌ی زوج واجب نيست؛ چراكه شرط تمکين از جانب زوجه محقق نشده است؛ اما بر اساس نگاه گروه ديگری از فقها كه به نظر می‌رسد ديده‌گاه احسن و قوی‌تری نيز باشد نفقه بر زوج واجب است؛ زيرا عدم تمکين به سبب عذر شرعی است؛ يعنی در شرع مقدس و فتاوی فقهای عظام وطی زوجه‌ی صغيره حرمت دارد (ر.ک: شهيد ثانی، ۱۴۱۰، ج ۵: ۴۶۵؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱: ۳۱۰؛ طاهری، ۱۴۱۸، ج ۳: ۲۰۴). لذا با وجود عذر شرعی، عدم تمکين زوجه در اين حالت، مجاز شمرده می‌شود و او همچنان مستحق نفقه خواهد بود.

۵-۱-۲-۳- مصاديق قانونی

موارد پيش‌رو عناوينی هستند كه در دل مواد قانونی جای گرفته‌اند و نگارنده آن‌ها را یافته و در کنار يكدیگر قرار داده است. بر اين اساس در موارد ذيل، زوجه قانوناً می‌تواند تمکين نکند، اما نفقه‌اش را هم از زوج بگيرد و پرداخت آن از ذمه‌ی زوج ساقط نمی‌گردد.

الف- حق حبس

ماده ۳۷۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هر يك از بايع و مشتری حق دارد از تسليم مبيع يا ثمن خودداری كند تا طرف ديگر حاضر به تسليم شود، مگر اينكه مبيع يا ثمن مؤجل باشد در اين

صورت هر کدام از مبیع یا ثمن که حال باشد باید تسلیم شود». این ماده درباره بیع سخن گفته است، اما به نظر می‌رسد خصوصیتی در عقد بیع نباشد که حق حبس را منحصر در متبایعین کند، بلکه طبیعت معاوضه چنین بستگی را ایجاب می‌کند؛ بنابراین حکم بالا در تمامی عقود معاوضی نیز جاری خواهد بود. از جمله عقود معاوضی عقد نکاح است که موقعیت مهر در آن مانند موقعیت عوض در عقد معوض است و به اعتبار رابطه و بستگی که بین مهر و بضع وجود دارد، قاعده حبس که از خصایص عقود معوض است نسبت به آن دو نیز جاری می‌شود (امامی، بی تا، ج ۴: ۳۹۴). در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی بیان می‌دارد: «زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد، امتناع کند؛ مشروط بر این که مهر او حال باشد و این امتناع مسقط حق نفقه نخواهد بود».^۱ این مسئله مورد نظر بسیاری از فقها هم قرار گرفته و بر آن فتوا نیز داده‌اند (ر.ک: شیخ طوسی، ۴۰۰: ۴۷۵؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲: ۵۹۱؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱: ۴۱؛ لنکرانی، بی تا، ج ۲: ۳۹۵). البته باید توجه داشت که امتناع ایفاء وظایف در مقابل شوهر از منظر حقوق امامیه، فقط امتناع از نزدیکی را در برمی‌گیرد؛ لذا زن نمی‌تواند حسن معاشرت، اطاعت از شوهر و سکونت در منزل شوهر را منوط به گرفتن مهریه کند (امامی، بی تا، ج ۴: ۳۹۴). چنان که در یکی از نظریه‌های اداره حقوقی قوه قضائیه نیز آمده است: «منظور از عبارت «ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد» مذکور در مواد ۱۰۸۵ و ۱۰۸۶ قانون مدنی، تمکین خاص به معنی مطلق دخول است و لذا اذن زوجه به زوج برای برخورداری از سایر استمتاعات بدون دخول، حق حبس زوجه را ساقط نمی‌کند».^۲ از سویی با توجه به مدلول ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی منظور از مهر همه مهر است نه بخشی از آن، لذا زوج تا تمام مهر را پرداخت ننماید زن می‌تواند از حق حبس استفاده کند. بنابراین شرط، سقوط حق حبس با رضایت زوجه یا پرداخت همه مهریه است. همچنین اگر قبل از اخذ مهر، تمکین خاص نموده باشد دیگر نمی‌تواند از حق حبس خود استفاده کند.^۳

۱. طبق رأی وحدت رویه شماره ۶۳۳ مورخ ۱۳۷۸/۲/۱۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، در این مورد، زوج را به علت نپرداختن نفقه نمی‌توان تعقیب کیفری و از لحاظ جزائی محکوم نمود: ... گرچه طبق ماده (۱۰۸۵) قانون مدنی مادام که مهریه زوجه تسلیم نشده، در صورت حال بودن مهر، زن می‌تواند از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند و این امتناع مسقط حق نفقه نخواهد بود، لکن مقررات این ماده صرفاً به رابطه حقوقی زوجه و عدم سقوط حق مطالبه نفقه زن مربوط است و از نقطه نظر جزایی با لحاظ مدلول ماده (۶۴۲) قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده) مصوب ۱۳۷۵/۳/۲ مجلس شورای اسلامی که به موجب آن حکم به مجازات شوهر به علت امتناع از تأدیه نفقه زن، به تمکین زن منوط شده است و با وصف امتناع زوجه از تمکین و لو به اعتدال استفاده از اختیار حاصله از مقررات ماده (۱۰۸۵) قانون مدنی، حکم به مجازات شوهر نخواهد شد و در این صورت حکم شعبه دوم دادگاه عمومی تهران مشعر بر برائت شوهر از اتهام ترک انفاق زن که با این نظر مطابقت دارد با اکثریت قریب به اتفاق آراء صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود.

۲. ر.ک: نظریه شماره ۷/۵۴۵۵ مورخ ۱۳۸۱/۵/۳۰ اداره حقوقی قوه قضائیه.

۳. ر.ک: نظریه شماره ۷/۶۰۷۷ مورخ ۱۳۸۰/۷/۱ اداره حقوقی قوه قضائیه.

ب- مناسب نبودن مسکن با وضعیت زن

ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی درباره‌ی نفقه مقرر داشته: «نفقه عبارت است از همه نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن از قبیل مسکن...». از سوی دیگر، اصل اولیه ماده ۱۱۱۴ قانون مدنی، زن را مکلف به سکونت در منزلی که شوهر تعیین کرده می‌نماید. بر این اساس در صورتی که شوهر منزل مناسب با وضعیت زن را برای سکونت او اختیار نکند، زن می‌تواند به خانه‌ی شوهر نرود، مانند آنکه شوهر برای همسرش که شایسته داشتن خانه مستقلی است، اتاقی نامناسب یا اجاره‌ای یا منزلی در منطقه‌ی نامتناسب با شئون زن، انتخاب کند (امامی، بی‌تا، ج ۴: ۴۵۴).

با این وجود با نگاه جمعی به هر دو ماده می‌توان چنین نتیجه گرفت که زوجه با فرض اثبات عدم تناسب مسکن با وضعیت وی، می‌تواند از تمکین امتناع کند و بین شروع به تمکین و امتناع بعد از تمکین، تفاوتی وجود ندارد.^۱

بهانه‌ی زن به این که در خانه پدر و مادر شوهر، حاضر به سکونت نیست، از موانع مشروع مذکور در ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی نیست تا با استناد به آن تمکین نکند، بلکه اگر زوجه مدعی آن است که زندگی در خانه‌ی پدر و مادر شوهر برای او مخاطره‌آمیز یا موجب عسر و حرج و غیرقابل تحمل است، لذا خواهان منزل مستقلی باشد، برای اجرای نظر خود، باید به دادگاه مراجعه و دادگاه پس از رسیدگی، مسکن مناسب را تشخیص و بر این اساس اتخاذ تصمیم نماید.^۲

در صورت اثبات مناسب نبودن مسکن با وضعیت زن، این مسئله مبنای قانونی پیدا می‌کند و اگر زوجه تمکین ننماید، این کار او از موارد عدم تمکین مجاز، شمرده می‌شود و همچنان استحقاق او بر دریافت نفقه از شوهر باقی است.

ج- خوف ضرر بدنی، مالی و شرافتی برای زن در بازگشت به منزل شوهر

مطابق ماده ۱۱۱۵ قانون مدنی «اگر بودن زن با شوهر در یک منزل، متضمن خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای زن باشد، زن می‌تواند مسکن علی‌حده اختیار کند و در صورت ثبوت مظنه ضرر مزبور، محکمه حکم بازگشت به منزل شوهر نخواهد داد و مادام که زن در بازگشتن به منزل مزبور معذور باشد، نفقه بر عهده شوهر خواهد بود».

در این ماده سه نوع ضرر، مدنظر قرار گرفته است (ر.ک: امامی، بی‌تا، ج ۴: ۴۵۰-۴۴۹؛ طاهری،

۱۴۱۸، ج ۳: ۳۰۰؛ محقق داماد، بی‌تا: ۳۱۲):

۱. ر.ک: نظریه شماره ۷/۳۸۳۸ مورخ ۱۳/۱۰/۱۳۷۸ اداره حقوقی قوه قضائیه.

۲. ر.ک: نظریه شماره ۷/۲۸۳۶ مورخ ۲۲/۴/۱۳۷۱ اداره حقوقی قوه قضائیه.

۱- ضرر بدنی؛ عبارت است خوف زن از آزار و اذیت و ضرب و قتل که ممکن است از طرف شوهر به صورت مستقیم یا غیرمستقیم به عمل آید؛ مانند زمانی که زن از ضرب و جرح شوهر یا کسان او خائف باشد.

۲- ضرر مالی؛ عبارت است از اینکه زن بترسد زوج یا کسان او اموالش را برابند. یکی از محققان می‌گوید: مراد بیم زن در اثر تهدید از طرف شوهر است که زن ناچار شود معاملات را انجام دهد. وی بیم زن از اینکه شوهر اثاثیه یا جهیزیه‌اش را می‌دزدد و یا از او می‌گیرد را کافی نمی‌داند، زیرا زن می‌تواند آن‌ها را از خانه خارج کند و به دیگری بسپارد (امامی، بی‌تا: ۴۵۰-۴۴۹).
۳- ضرر شرافتی؛ عبارت است از بیم زن از آنکه در اثر داد و فریاد و فحش‌های ناموسی از طرف شوهر، توجه همسایگان و عابریین جلب شود و آبروی زن بریزد یا آنکه شوهر، اشخاص ناشایست را به منزل بیاورد و زن بیم آن داشته باشد که رفت و آمد آنان موجب هتک احترام زن از نظر اجتماعی شود؛ مانند آنکه زوجه به سبب معاشرت و رفت و آمد دوستان ناباب زوج به منزل مسکونی او، از شرافت و حیثیت خویش ترسان باشد.

سکونت زن در منزل دیگر در مدتی که خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی دارد او را ناشزه نمی‌گرداند، لذا در صورت ثبوت خوف ضرر، دادگاه حکم به بازگشت نمی‌دهد و زوج را به پرداخت نفقه ملزم می‌سازد، زیرا خروج زوجه از منزل با مجوز قانونی صورت گرفته است؛ بنابراین ناشزه محسوب نشده و حق دریافت نفقه دارد. البته چون قانون مدنی، منشأ و سبب ایجاد بیم ضرر را مشخص نکرده، این مسئله در مواردی که زن تنها از ناحیه شوهر خائف باشد، اختصاص ندارد، بلکه اعم است از آنکه خود شوهر قصد تعرض و ایراد خسارت داشته باشد یا نزدیکان او یا هر عامل دیگری که این مسئله به ناچار با خروج زن از منزل، رفع می‌گردد (محقق داماد، بی‌تا: ۳۱۳).

د- ابتلای مرد به بیماری‌های مقاربتی یا واگیر

اگر زوج بیماری مقاربتی یا واگیردار داشته باشد زن می‌تواند از آمیزش با او خودداری کند و از نفقه هم محروم نشود. این حقی است که قانون به زوجه داده است؛ چنانکه ماده ۱۱۲۷ قانون مدنی نیز بیان می‌دارد: «هرگاه شوهر بعد از عقد، مبتلابه یکی از امراض مقاربتی گردد زن حق خواهد داشت که از نزدیکی با او امتناع نماید و امتناع به علت مزبور، مانع حق نفقه نخواهد بود».

۵-۲- کیفر شوهر تارک نفقه در عدم تمکین مجاز

اینکه در موارد عدم تمکین مجاز زن، شوهر چه کیفری دارد از مباحث مهم این نوشتار است. قانون فعلی، تمایل به حبس دارد، اما اکثر فقها نظرشان متفاوت است. در ادامه ضمن بیان تعریف،

شرایط و مصادیق ترک نفقه دیدگاه قانون‌گذار در جهت همسویی با قانون حمایت از خانواده نقد و دیدگاه بهتری ارائه خواهد شد.

۵-۲-۱- تعریف و شرایط ترک نفقه

منظور از ترک نفقه؛ ندادن هزینه‌ی زندگی زن و فرزند از سوی شوهر بدون عذر موجه است.^۱ اگر مبلغی که زوج به‌عنوان نفقه به زوج می‌پردازد به‌قدری باشد که کفاف تهیه مسکن یا اجاره مسکن و خرید لباس و وسایل منزل و غذا را بنماید مشمول ترک انفاق نیست، هرچند نفقه یک روز باشد، اما اگر فقط مبلغی جزئی در حد کفاف غذا و مخارج روزانه به زوج بپردازد (بدون تهیه مسکن و اثاث و لباس و سایر شقوق و جزئیات اموری که به‌عنوان انفاق قانونی محسوب می‌شوند) مشمول ترک انفاق است.^۲

جنبه جزایی ترک انفاق، منحصر به زمان حال است و شامل زمان گذشته و آینده نمی‌باشد. همچنین ترک انفاق، جرم مستمری است که می‌تواند به‌دفعات مورد شکایت واقع شود، یعنی تا زمان عدم انفاق زوج از سوی زوج، همچنان جرم ارتكابی استمرار دارد و هر جا که متهم مقیم باشد همان‌جا محل وقوع جرم ترک انفاق است.^۳

نظر به‌تصریح ماده ۶۴۲ قانون مجازات اسلامی، مجازات زوج تارک انفاق، دو شرط اساسی دارد: یکی داشتن استطاعت مالی زوج و دیگری تمکین از سوی زوج. هریک از این دو شرط که منتفی باشد زوج را به جهت نپرداختن نفقه نمی‌توان مجازات کرد،^۴ مگر در موارد جواز عدم تمکین که در ادامه بررسی می‌شود.

۵-۲-۲- دیدگاه حقوق‌دانان

آخرین نظر قانون‌گذار درباره‌ی مجازات مردی که توان مالی دارد، اما نفقه‌ی همسرش را در حالت تمکین او نمی‌دهد، حبس تعزیری درجه ششم است؛ آنجا که مقرر می‌دارد: «هرکس با داشتن استطاعت مالی، نفقه‌ی زن خود را در صورت تمکین او ندهد یا از تأدیبه‌ی نفقه‌ی سایر اشخاص واجب‌النفقه امتناع کند به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شود». مهم اینکه بنا بر تبصره همین ماده، امتناع از پرداخت نفقه‌ی زوجه‌ای که به‌موجب قانون، مجاز به عدم تمکین است، مشمول مقررات این ماده شده است.^۵

۱. ر.ک: مقررات احوال شخصیه مسیحیان پروتستان ایران، ماده ۱۰۲.

۲. ر.ک: نظریه شماره ۷/۲۲۵۸-۶/۲-۱۳۷۸، اداره کل حقوقی قوه قضائیه.

۳. ر.ک: نظریه‌های شماره ۷/۱۹۶۷-۳/۲۴-۱۳۸۳ و شماره ۷/۹۸۳-۲/۱۴-۱۳۸۳ اداره کل حقوقی قوه قضائیه.

۴. ر.ک: نظریه شماره ۷/۲۷۲۸-۴/۲۲-۱۳۸۴، اداره کل حقوقی قوه قضائیه.

۵. ر.ک: تبصره ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده مصوب (۱۳۹۱/۱۲/۰۱).

بر اساس ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی؛ حبس تعزیری درجه‌ی ششم، حبس بیش از ۶ ماه تا ۲ سال را شامل می‌شود؛ درحالی‌که پیش‌ازاین، در ماده‌ی قانونی، مجازات چنین فردی حبس از ۳ ماه و یک روز تا ۵ ماه بوده است چنانکه ماده ۶۴۲ منسوخ از کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی آن را چنین بیان داشته است: «هرکس با داشتن استطاعت مالی نفقه‌ی زن خود را در صورت تمکین ندهد یا از تأدیه‌ی نفقه‌ی سایر اشخاص واجب‌النفقه امتناع نماید، دادگاه او را از ۳ ماه و یک روز تا ۵ ماه حبس محکوم می‌نماید».

ناگفته پیداست که با توجه به تغییر در این ماده‌ی قانونی، نوع مجازات همان حبس است اما شدت بیشتری پیدا کرده است. به نظر می‌رسد نظر به سیاست‌های جدید قانون‌گذار مبنی بر کاهش حبس و تعداد زندانیان، این روش مجازات قابل توجیه نباشد.

۵-۲-۳- دیدگاه فقها

در نگاه فقها، فارغ از عدم تمکین مجاز یا غیرمجاز زن، به‌صورت کلی در ترک نفقه‌ی زن، برخی از متقدمین، قائل به اِعمال حبس هستند، اما در میان فقهای معاصر، این مسئله جرم‌انگاری نشده و بیشتر گرایش‌ها به سمت الزام زوج به پرداخت نفقه یا طلاق زن است و فتوای به حبس، کمتر دیده می‌شود یا اصلاً دیده نمی‌شود (ر.ک: طبسی، بی‌تا: ۳۰۴).

از نظر فقها شوهری که دارای استطاعت مالی برای پرداخت نفقه‌ی همسرش می‌باشد و به هر دلیلی آن را نمی‌پردازد، چهار نظر مطرح است (ر.ک: قاسمی، ۱۴۲۶، ج ۱: ۵۱۳):

دیدگاه اول: اجبار شوهر متمکن به پرداخت نفقه یا طلاق همسرش (توسط خودش و امام) (شیخ طوسی، ۱۴۰۰: ۴۷۵؛ ابن‌براج، ۱۴۰۶، ج ۲: ۲۱۴-۲۱۳؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲: ۵۹۲؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۳: ۱۲۳)

دیدگاه دوم: اجبار شوهر متمکن به پرداخت نفقه و در صورت امتناع، حبس او (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۶: ۲۲؛ ابن‌براج، ۱۴۰۶، ج ۲: ۳۴۸)

دیدگاه سوم: اجبار شوهر متمکن به پرداخت نفقه و در صورت امتناع، حبس یا پرداخت نفقه حتی با فروش اموال او (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۷: ۵۹۳)

دیدگاه چهارم: پرداخت اجباری نفقه‌ی زوجه از اموال شوهر متمکن و ممتنع حتی با فروش اموال او (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸: ۳۶۲؛ سبزواری، ۱۴۲۳: ۳۹۰)

۶- نقد و بررسی و ارائه دیدگاه

همان‌طور که ملاحظه می‌شود در کلام فقها چهار نظر وجود دارد و حکم به حبس به صورت قطعی فقط در دیدگاه دوم به چشم می‌خورد، چه اینکه در دیدگاه سوم حکم به حبس به نحو اختیار مطرح شده و قطعی نیست؛ بنابراین در مقام مقایسه، کفهی ترازو به سوی حبس نیست، بلکه کفهی غیرحبس سنگین‌تر است.

به نظر می‌رسد این تفاوت نگاه فقهی درباره‌ی فتوای به حبس یا غیرحبس، ناشی از ضعف سند روایات باشد که حکم به حبس در آن‌ها مطرح شده است (ر.ک: طبسی، بی‌تا: ۳۰۴). لذا فقهایی که حکم به حبس نداده‌اند نتوانستند به روایاتی که قائل به حبس شده‌اند اعتماد کنند. از جمله‌ی فقهایی معاصر نظیر سید ابوالحسن اصفهانی، آیت‌الله خویی و حضرت امام (ره) فتوای به حبس ندارند (ر.ک: اصفهانی، ۱۴۲۲، ج ۳: ۶۳۵؛ خویی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۲۸۹-۲۸۸؛ خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۳۲۳).

۶-۱- دیدگاه مختار و پیشنهاد به قانون‌گذار

در باب کيفر شوهر تارک نفقه در فرض عدم تمکين مجاز، نظر نگارندگان استفاده از راهکارها و مجازات‌های جایگزین حبس است که به نظر اکثر فقها نیز نزدیک خواهد بود. در ادامه پس از بررسی آسیب‌های متوجه حبس، پیشنهادهاى لازم جهت قانون‌گذاری بهتر ارائه می‌شود:

۶-۱-۱- آسیب‌شناسی حکم به حبس

درست است که عدم تمکين زوجة با یکی از مبانی مجاز، صورت پذیرفته است و باید به موجب «کل من ترک واجباً أو ارتكب حراماً فللامام و نائبه تعزيره» (ر.ک: خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۴۷۷) شوهر تارک انفاق را در این فروض، مجازات کرد اما به نظر می‌رسد مجازات به حبس آن‌هم از ۶ ماه تا ۲ سال در ماده مصوب جدید شدیدتر از حکم مصوب پیشین و غیرمنطقی می‌باشد. چه اینکه توجه به جهات تخفیف عنوان شده در مواد ۳۷ و ۳۸ قانون مجازات اسلامی و همچنین عنایت ویژه به مجازات‌های جایگزین حبس، در ماده ۶۴ به بعد همان قانون از ضروریات مؤکد قانون‌گذاری جدید شمرده می‌شود؛ بنابراین بایسته است که قانون‌گذاران، اهتمام زیادی به آسیب‌ها و آثار مخرب این شیوه از قانون‌گذاری که به برخی از نمونه‌های آن اشاره می‌شود داشته باشند.

۱. آثار منفی بر خانواده و مخصوصاً فرزندان؛ که می‌تواند تا مدت‌ها دامن‌گیر آن‌ها شود. چه اینکه وقتی خانواده و فرزندان فرد متوجه شوند که مثلاً پدرشان زندانی شده و دیگر هرچند به صورت موقت، سایه‌ای بر سرشان نیست، اثرات مخرب روحی و روانی بر آنان دارد و روی

آرامش را در ادامه‌ی مسیر زندگی نخواهند یافت. این مسئله با قانون حمایت از خانواده تطبیق ندارد و صد در صد موجبات تخریب خانواده را فراهم خواهد آورد.

۲. ایجاد کینه و نفرت بین زوجین و سردی کانون خانواده؛ که مغایر اصل حمایت‌گری از خانواده است. اگر تاکنون احتمال می‌رفت که رابطه‌ی عاطفی بین زن و شوهر با کنار هم بودن بیشتر، تحکیم و تصحیح شود، حبس زوج، مانع از آن خواهد شد و غیر از افزایش کینه و تنفر بین آنان روز به روز، کانون خانواده را بیشتر در معرض خطر و سردی روابط سوق می‌دهد.

۳. خدشه‌دار شدن آبرو و حیثیت اجتماعی فرد؛ که با برچسب زندانی و سابقه‌دار محقق می‌شود. فردی که جامعه و اطرافیان او را با چشم سابقه‌دار بنگرند، دیگر جایگاه پیشین خود را در اجتماع نخواهد داشت.

۴. از دست دادن منبع درآمد و کسب‌وکار و از بین بردن زمینه برای تأمین نفقه همسر و فرزندان که می‌تواند موجب خدشه در آبرو و موقعیت اجتماعی فرد باشد. با حبس شوهر ضمن ضرر به کسب‌وکار و درآمد فرد، به علت ایجاد سابقه کیفری، فرد نمی‌تواند در آینده کاری به دست آورد و از آن طریق به امرارمعاش بپردازد. همچنین حبس، زمینه را برای تأمین نفقه‌ی همسر و فرزندان، از بین می‌برد و در کسب او اختلال ایجاد می‌کند و زمینه‌ی اشتغال و هرگونه فعالیت شغلی را از وی سلب می‌نماید.

۵. راهی برای فرار از مسئولیت؛ که می‌تواند زمینه را برای سوءاستفاده افراد دیگر ایجاد کند. افراد می‌آموزند که با زنی ازدواج کنند و تمتعات مدنظر را از او ببرند، اما بعد از مدتی از ادای تکالیف خود در قبال زن از جمله نفقه، خودداری کنند و در نهایت به حبس محکوم شوند. چنین حبسی برای عده‌ای خوشایند است و کجا بهتر برای کسی که خانه و زندگی دیگری ندارد و در حبس به او رسیدگی می‌شود و جای استراحت و غذایش فراهم است.

۶. الگوسازی منفی برای جوانان و خوف از تشکیل خانواده و ازدواج که معضل بسیار مهم جامعه‌ی امروز است. برخی از جوانان، به جهت ترس‌های روانی از مسائل ازدواج و مسائل معیشتی و اقتصادی خیانت‌ها و مطالبه‌ی مهریه و نفقه و زندانی شدن به خاطر آن‌ها، انگیزه‌ای برای ازدواج ندارند. جوان امروز با خود می‌گوید: «اگر بنا باشد به سبب یک ترک نفقه به زندان افکنده شوم، همان بهتر که ازدواج نکنم و تن به چنین سختی ندهم.» چنین تفکرات و معضلاتی موجب افزایش سن ازدواج دختران و پسران و کاهش نرخ ازدواج و همچنین درگیری آن‌ها در طلاق عاطفی و حقوقی خواهد شد.

۷. عدم تناسب جرم و مجازات؛ که از مسائل مورد تأکید در فرآیند قانون‌گذاری است، در مسئله‌ی ترک نفقه‌ی زوجه نیز جریان دارد؛ یعنی به نظر می‌رسد جرم ترک نفقه با مجازات سنگینی مثل حبس که در ماده‌ی جدید، شدت و غلظت هم پیدا کرده تناسب ندارد. این مسئله در مقایسه با جرم‌های مشابه مفهوم وسیعی پیدا می‌کند.

۶-۱-۲- پیشنهادها

با عنایت به آسیب‌هایی که مطرح شد به نظر می‌رسد بتوان راهکارهایی را به‌عنوان جایگزین حبس زوج، مطرح کرد که هم آثار فوق را نداشته باشد و هم زن به‌حق خود برسد یا به طریقی از این مهلکه نجات یابد:

۱. الزام زوج به کار و پرداخت نفقه‌ی زوجه؛ بهتر از حبس، سبب رسیدن زن به حقوق مالی‌اش می‌شود، زیرا حبس، راه کسب مالی و درآمد را بر مرد می‌بندد. اگر مرد حبس نشود و زوج همچنان در کنار زن بماند، احتمال آشتی، آرامش روانی و گرمی کانون خانواده قوی‌تر است.

۲. الزام زوج به پرداخت جریمه مالی؛ می‌تواند راهی برای پرداخت سریع‌تر نفقه‌ی زوجه باشد. در این فرض برای زوج مهلتی در نظر گرفته می‌شود تا نفقه را هرچه زودتر بپردازد و چنانچه تا موعد منظور، پرداخت صورت نگیرد به جریمه نقدی محکوم می‌شود نه حبس. ممکن است کسی اشکال کند که این راهکار هم یک بحث مالی است و کسی که بی‌مبالات باشد برایش تفاوتی ندارد که بدهی‌اش نفقه باشد یا مال دیگر؟! پاسخ این است که قانون‌گذار می‌تواند برای ضمانت اجرای آن به قاضی اجازه بدهد که مثلاً چیزی را در رهن بگیرد یا همه‌ی موارد چهارگانه پیشنهادی را باهم لحاظ کند تا حکم، استحکام بیشتری داشته باشد.

۳. تحت نظر قرار دادن و محرومیت از برخی حقوق اجتماعی؛ مانند خدمات بانکی، بیمه‌ای، آموزشی و... . همچنین می‌توان او را کنترل نمود و ورود و خروج وی از شهر یا کشور را تحت نظر گرفت یا ممنوع کرد تا سریع‌تر نفقه‌ی همسرش را تأدیه نماید.

۴. الزام فرد به طلاق از جانب شوهر یا شخص قاضی؛ که در تعبیر برخی از فقها و روایات (ر.ک: عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱: ۵۰۹) نیز به این مضمون اشاره شده است. در این راهکار، قاضی ابتدا شوهر مستنکف از پرداخت نفقه را به طلاق دادن زن، الزام می‌کند و در صورت امتناع، قاضی شخصاً می‌تواند اقدام به این کار نماید. این مسئله می‌تواند ضامن اجرای پرداخت نفقه یا نجات زوجه شود. دادن حق طلاق به زن با شرط ضمن عقد؛ یکی دیگر از راهکارها که در قانون فعلی پیش‌بینی و بدان عمل می‌شود. اعطای حق طلاق به زوجه می‌باشد. در صفحه‌ی ۱۰ سندهای

فعلی ازدواج که از سوی سازمان ثبت اسناد و املاک کشور در اختیار دفاتر رسمی ازدواج قرار می‌گیرد، به این نکته اشاره شده است: این مسئله می‌تواند به‌عنوان یک شرط ضمن عقد نکاح مطرح شود و به تأیید و امضای زوجین برسد؛ یعنی هرگاه زوجه با ترک انفاق شوهرش مواجهه شد، بتواند خودش را مطلقه کند. اگر این‌گونه شود ضمانت اجرایی برای پرداخت به‌هنگام نفقه‌ی زن خواهد بود. همچنین در موارد عسر و حرج، سبب نجات زوجه می‌گردد.

به نظر می‌رسد غیر از بحث سپردن حق طلاق به زن که حین عقد نکاح می‌بایست صورت بگیرد و لحاظ آن به‌هنگام مواجه شدن با ترک انفاق، سایر راهکارهای مطرح شده، قابلیت اجرا به همان شکل را داشته باشند؛ یعنی در مقام تقابل با ترک انفاقِ زوجه به نحو کلی، قانون‌گذار می‌بایست ابتدا فرد را الزام به پرداخت نفقه نماید، هر چند بعد از کسب درآمد یا به صورت پرداخت اقساطی باشد. چنانچه راه پیشین کارساز نبود، در مرحله‌ی دوم او را تهدید یا ملزم به پرداخت جریمه نقدی نماید. در مرحله‌ی سوم نیز او را تحت نظر و کنترل دستگاه قضایی و انتظامی قرار می‌دهد و در صورت نیاز، خدمات و حقوق اجتماعی‌اش با توجه به شرایط و اقتضائات، سلب یا محدود یا ممنوع می‌شود و در صورت عدم کارایی فرد را ملزم به طلاق زن می‌کند و در صورت امتناع، خود قاضی، با رضایت زن، حکم طلاق قضایی او را صادر می‌کند.

۱۰۶

نتیجه‌گیری

با تکیه بر ادله‌ی قرآنی و روایی، استنباط از قاعده لاضرر و لاجرح و همچنین ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی می‌توان عدم تمکین زن را در مواردی موجه و جایز دانست و او را غیرناشزه محسوب کرد. در نتیجه زوجه همچنان استحقاق دریافت نفقه از شوهرش را دارد و شوهر نمی‌تواند با استناد به شرط تمکین، در پرداخت نفقه‌ی زن، کوتاهی بورزد یا تمرد کند. قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱)، کیفر زوج تارک انفاق را در این موارد، بیش از پیش کرده و حبس از ۶ ماه تا ۲ سال در نظر گرفته است که به نظر می‌رسد با منافع خانواده در تضاد باشد. همچنین فقها کمتر این مسئله را جرم‌انگاری کرده‌اند و تمایل کمی به مجازات حبس دارند؛ لذا پیشنهاد می‌گردد جهت حمایت واقعی از کانون خانواده و جلوگیری از آسیب‌های ناشی از این نوع قانون‌گذاری، ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده اصلاح شود به‌گونه‌ای که از مجازات‌های جایگزین حبس مانند دادن حق طلاق به زن، الزام زوج به کار و پرداخت نفقه، الزام به جریمه نقدی و اعمال محدودیت در خدمات اجتماعی و... استفاده شود.

منابع

- ◀ قرآن کریم، ترجمه: حسین انصاریان.
- ◀ قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷/۰۲/۱۸.
- ◀ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۰۱.
- ◀ نظریه مشورتی اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه در مورد قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی و آیین‌نامه اجرایی قانون مذکور، مصوب ۱۳۹۱/۰۶/۲۰.
- ◀ ابن ادريس، محمد بن احمد، (۱۴۱۰). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی (والمستطرفات)، تحقیق: حسن موسوی و ابوالحسن ابن مسیح، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ◀ ابن براج، قاضی عبدالعزيز طرابلسی، (۱۴۰۶). المهذب، تحقیق: جمعی از محققین و مصححین تحت إشراف شیخ جعفر سبحانی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ◀ ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، (۱۴۰۸). الوسيلة إلى نيل الفضيلة، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی.
- ◀ ابن فارس، احمد، (۱۴۰۴). معجم مقاییس اللغة، تحقیق: عبدالسلام محمد هارون، قم، مکتب الأعلام الاسلامی.
- ◀ ابن منظور، محمد بن مکرم، (۱۴۱۴). لسان العرب، چاپ سوم، بیروت، دارصادر.
- ◀ ابوجیب، سعدی، (۱۴۰۸). القاموس الفقهي لغة و اصطلاحاً، چاپ دوم، دمشق، دارالفکر.
- ◀ احدی، سیف‌الله، (۱۴۰۰). «نگرشی اخلاقی تربیتی به تن‌پوش‌هم‌بودن فطری و روانی زوجین»، مطالعات راهبردی زنان، د ۲۴، ش ۹۳.
- ◀ اصفهانی، سید ابوالحسن، (۱۴۲۲). وسیلة النجاة (مع حواشی الامام الخمينی)، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- ◀ امامی، سید حسن، (بی‌تا). حقوق مدنی، تهران، اسلامیه.
- ◀ ایروانی، باقر، (۱۴۲۶). دروس تمهیدیة فی القواعد الفقهیه، چاپ سوم، قم، دار الفقه للطباعة والنشر.
- ◀ بحرانی آل عصفور، حسین بن محمد، (بی‌تا). الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع (للفیض)؛ تحقیق و تصحیح: محسن آل عصفور، قم، مجمع البحوث العلمیه.
- ◀ بحرانی، یوسف، (۱۴۰۵). الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ◀ بستانی، فؤاد افرام، (۱۳۷۵). فرهنگ ابجدی، چاپ دوم، تهران، اسلامی.
- ◀ پروین، فرهاد و وحیده حسینی، (۱۳۹۲). «شرایط، قلمرو و آثار فقهی و حقوقی ریاست زوج در رابطه با زوجه»، پژوهش حقوق خصوصی، س ۲، ش ۴.
- ◀ جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، (۱۴۲۶). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.

- ◀ حلی، یحیی بن سعید، (۱۴۰۵). *الجامع للشرائع*، قم، مؤسسه سیدالشهدا العلمیه.
- ◀ حمیری، نشوان بن سعید، (۱۴۲۰). *شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلام*، تحقیق و تصحیح: مطهر بن علی اریانی و...، دمشق، دارالفکر.
- ◀ خلخالی، سیدمحمد مهدی موسوی، (۱۴۲۲). *حاکمیت در اسلام یا ولایت فقیه*، ترجمه: جعفر الهادی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ◀ خمینی، سید روح الله موسوی، (بی تا). *تحریر الوسیله*، قم، دارالعلم.
- ◀ _____ (۱۴۲۴). *توضیح المسائل مراجع (محشی)*، تحقیق: سید محمد حسین بنی هاشمی، هشتم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ◀ خوبی، سید ابو القاسم موسوی، (۱۴۱۰). *منهاج الصالحین*، چاپ بیست و هشتم، قم، مدینه العلم.
- ◀ راغب اصفهانی، حسین بن محمد، (۱۴۱۲). *مفردات ألفاظ القرآن*، بیروت، دارالقلم.
- ◀ زبیدی، مرتضی، (۱۴۱۴). *تاج العروس من جواهر القاموس*، تحقیق: علی شیری، بیروت، دارالفکر.
- ◀ زمخشری، محمود بن عمر، (۱۳۸۶). *مقدمه الأدب*، تهران، مؤسسه مطالعات اسلامی دانشگاه تهران.
- ◀ سبزواری، محمدباقر، (۱۴۲۳). *کفایه الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ◀ شهریوی، شهرزاد و عبدالرضا برزگر، (۱۳۹۴). «آسیب شناسی قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات - ماده ۶۴۲ سابق و ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده»، *همایش ملی عدالت، اخلاق، فقه و حقوق*، س ۲.
- ◀ شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی، (۱۴۱۰). *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی - کلاتر)*، قم، داورى.
- ◀ _____ (۱۴۱۳). *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- ◀ شیخ طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، (۱۳۸۷). *المبسوط فی فقه الإمامیه*، چاپ سوم، تهران، المكتبة الرضویه.
- ◀ _____ (۱۴۰۰). *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوى*، دوم، بیروت، دارالکتاب العربی.
- ◀ طاهری، حبیب الله، (۱۴۱۸). *حقوق مدنی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ◀ طبسی، نجم الدین، *حقوق زندانی و موارد زندان در اسلام*، گروه مترجمان، قم: بوستان کتاب، (بی تا).
- ◀ _____ *موارد السجن فی النصوص و الفتاوى*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، (بی تا).
- ◀ طریحی، فخرالدین بن محمد، (۱۳۷۵). *مجمع البحرین*، تحقیق: احمد حسینی اشکوری، چاپ سوم، تهران، مرتضوی.
- ◀ عاملی، حر، محمد بن حسن، (۱۴۰۹). *وسائل الشیعه*، قم، آل البيت (ع).

- ◀ علامه حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۰). *إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ◀ _____ (۱۴۲۰). *تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیة (ط - الحدیثة)*، تصحیح: ابراهیم بهادری، قم، امام صادق (ع).
- ◀ فاضل هندی، محمد بن حسن، (۱۴۱۶). *كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ◀ فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، (۱۴۱۵). *القاموس المحيط*، بیروت، دارالکتب العلمیه.
- ◀ فیومی، احمد بن محمد، (۱۴۱۴). *المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی*، چاپ دوم، قم، دار الهجره.
- ◀ قاسمی، محمدعلی و همکاران، (۱۴۲۶). *فقیهان امامی و عرصه‌های ولایت فقیه*، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
- ◀ قرشی، سیدعلی اکبر، (۱۴۱۲). *قاموس قرآن*، چاپ ششم، تهران، دار الکتب الإسلامیه.
- ◀ کاوندی، حجت الله، (۱۳۹۵). *احکام حقوقی خانواده*، چاپ دوم، قم، پژوهشگاه علوم اسلامی امام صادق (ع).
- ◀ لنکرانی، محمد فاضل موحدی، (بی تا). *جامع المسائل*، چاپ یازدهم، قم، امیر قلم.
- ◀ محقق حلی، نجم الدین، جعفر بن حسن، (۱۴۰۸). *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان.
- ◀ محقق داماد یزدی، سید مصطفی، (بی تا). *بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
- ◀ محمود، عبدالرحمان، (بی تا). *معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیه*، قاهره، دارالفضیله.
- ◀ مصطفوی، سیدمحمدکاظم، (۱۴۲۱). *مائة قاعدة فقهیه*، چاپ چهارم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ◀ منصورآبادی، عباس و جواد ریاحی، (۱۳۹۱). «مفهوم‌شناسی مبانی در پژوهش‌های حقوقی»، مجله پژوهش‌های حقوقی، د ۱۱، ش ۲۲.
- ◀ نجفی، محمدحسن، (۱۴۰۴). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی.

عدالت جنسیتی و گفتمان عدم‌تغییر در احکام فقهی زنان

مهدی شجریان*

چکیده

عدالت جنسیتی؛ به معنای عدالت استحقاقی میان زنان و مردان، در سطح واقعی ملازمه‌ای با برابری میان آنان ندارد؛ اما در سطح ادراکی هنگامی که نابرابری وجود داشته باشد، نیازمند توجیه خواهد بود. در فقه اسلامی احکام فردی و اجتماعی متمایز میان زنان و مردان، فراوان هستند. گفتمان رایج فقیهان در قبال این احکام، عدم‌تغییر است. در این نوشتار عملکرد گفتمان مذکور، در قبال عدالت جنسیتی واقعی و ظرفیت‌سازی برای ادراک عدالت جنسیتی با روش تحلیلی بررسی شده است. این گفتمان با تکیه بر برخی مبانی نظری نظیر «محدود شمردن عقل در مقام استنباط»، «تکیه بر حکمت مطلق شارع» و «تکیه بر اجماع و شهرت»، در صدد فهم و استنباط فتاوی تمایز است. برخی از طرفداران این گفتمان نیز می‌کوشند تا از منظر کلامی، حکمت‌های این تمایزات را تبیین کنند. بر اساس یافته‌های مطالعه، مبانی نظری مذکور توان توجیه تمامی این تمایزات را ندارند و از سوی دیگر، ذکر حکمت‌های مذکور نیز تمام فتاوی تمایز را توجیه نمی‌نماید، در نتیجه این گفتمان در مواجهه واقعی و ادراکی با مسئله عدالت جنسیتی وضعیت مطلوبی ندارد و لازم است در استنباط‌های فقهی، از طریق «اجتهاد در اصول استنباط» و نیز «بازنگری در ادله فقهی» با نظر به اقتضائات اجتماعی عصر کنونی، در فتاوی تمایز باز پژوهی صورت پذیرد.

واژگان کلیدی

عدالت جنسیتی، احکام فقهی زنان، فقه اسلامی، استنباط فقهی، ادراک عدالت.

۱- مقدمه و بیان مسئله

پژوهشگران حوزه عدالت، این مفهوم را در دو سطح «عدالت واقعی» و «ادراک عدالت»^۱ بررسی می‌کنند. (see: Rawls, 1975: 465). عدالت واقعی هنگامی محقق می‌شود که مناسبات عادلانه بر رفتارهای فردی و ساختارهای اجتماعی حاکم گردد، اما ادراک عدالت لزوماً با تحقق این امر شکل نمی‌گیرد، بلکه ناظر به سطح ادراک و قضاوتی است که شخص در باب تحقق عدالت در بستر جامعه دارد. جامعه هنگامی به نقطه آرمانی خود می‌رسد که هم عدالت واقعی محقق شود و هم شهروندان در خصوص محقق بودن شرایط عادلانه به وضعیت مطلوبی از حیث به ادراک و باور برسند.

مراد از عدالت جنسیتی، «عدالت استحقاقی در مورد زنان و مردان است».^۲ بر این اساس، تحقق «عدالت واقعی» میان زنان و مردان لزوماً به ایجاد برابری میان آن‌ها در همه ساحت‌های فردی و اجتماعی نخواهد انجامید و از این منظر، دستیابی به حقوق شایسته، به عدالت واقعی می‌انجامد و برابری یا نابرابری، هیچ‌یک اصلی برای دستیابی به عدالت نیستند. باین‌همه در حوزه «ادراک عدالت»، نابرابری خلاف اصل است و ذهن‌های پرسش‌گر در مواجهه با احکام و قوانین متفاوت، از وجه عادلانه بودن آن سؤال می‌کنند و در صورتی که پاسخی قانع‌کننده دریافت نکنند، در حوزه ادراک عدالت آسیب می‌بینند؛ هرچند که عدالت واقعی مستقر باشد. تفاوت‌هایی که آن‌ها ناموجه می‌پندارند، آرامش فردی‌شان را سلب می‌کند و از منظر اجتماعی می‌تواند آن‌ها را تا مرز یک مخالف مدنی و عنصری رادیکال سوق دهد.

در فقه اسلامی احکام متمایز میان زنان و مردان، فراوان است. سن تکلیف، اجازه ولی در ازدواج دختر، تعدد همسر، اطاعت از همسر، لزوم تمکین زن، حق طلاق، عده، شهادت، پوشش، ارث، دیه، قصاص، خروج از منزل، حضانت کودک و ... برخی نمونه‌های این احکام متمایزند. هنگامی که شخص با طیف گسترده این احکام مواجه می‌شود، وضعیت را غیرعادلانه ارزیابی می‌کند، بنابراین اثبات موجه و عادلانه بودن چنین احکامی امری لازم و ضروری است.

به صورت کلی در مواجهه با این فتاوی‌های تمایز، دو گفتمان در میان فقیهان قابل رهگیری است: اول: گفتمان غالب فقهای اسلامی در طول تاریخ اسلام است که به عدم تغییر و ابقای احکام فقهی

1. Perception of justice.

۲. نگارنده مقصود خود از عدالت و عدالت جنسیتی را در دو مقاله پژوهشی مطرح نموده است. رک: شجریان، ۱۳۹۹ الف، ۳۱-۴۹؛ همان، ۱۳۹۹ ب، ۹۳-۱۱۶.

مذکور می‌انجامد و گفتمان دوم که می‌کوشد این تمایزات را کاهش دهد و در احکام فقهی زنان تغییراتی ایجاد کند که در دهه‌های اخیر مطرح شده است.

مقاله پیش رو گفتمان نخست را در کانون توجه خود قرار می‌دهد^۱ و این سؤال اصلی را دنبال می‌کند: «عملکرد گفتمان عدم‌تغییر احکام فقهی زنان، در قبال تحقق عدالت جنسیتی واقعی و ادراک عدالت جنسیتی چگونه ارزیابی می‌شود»؟

مقصود از ادراک عدالت جنسیتی، گزارش از وضعیت محقق ادراک عدالت در جامعه نیست، بلکه مقصود ظرفیت سنجی گفتمان مذکور برای تقویت احساس برقراری عدالت و ادراک عادلانه بودن شهروندان در قبال احکام تمایز است. جهت پاسخ به این پرسش سؤالات فرعی دیگری هم مطرح می‌شود: مبانی نظری تداوم‌بخش این گفتمان کدام‌اند؟ این مبانی نظری تا چه میزان قابل دفاع بوده و تا چه حدی در اثبات عدالت واقعی و نیز ظرفیت‌سازی جهت تقویت ادراک عدالت توفیق دارند؟ در ذیل این گفتمان چه گرایش‌های خردی قابل صورت‌بندی هستند و نحوه مواجهه آن‌ها با فتاوی‌ متمایز زنان و مردان چگونه است؟ چه اشکالات روش‌شناسانه‌ای در این گرایش‌ها قابل رهگیری است؟ آیا با تکیه صرف بر این گفتمان می‌توان به تحقق عدالت جنسیتی واقعی و ظرفیت‌سازی جهت تحقق ادراک آن در بستر جامعه، امیدوار بود؟

نگارنده هیچ پیشینه خاصی برای مسئله اصلی تحقیق سراغ ندارد. پیشینه عام تحقیق، صرف‌نظر از منابعی که متضمن فتاوی‌ تمایز هستند و در ضمن متن مقاله، از آن‌ها استفاده شده است، منابعی دیگر هستند که زوایایی از این گفتمان را تبیین کرده‌اند. محمدتقی سبحانی در کتاب «الگوی جامع شخصیت زن مسلمان» (۱۳۸۲)، مهریزی در مقاله «رویکردهای مذهبی در تاریخ معاصر ایران به زن» (۱۳۸۴) و پزشکی در کتاب «صورت‌بندی مطالعات زنان در جهان اسلام» (۱۳۸۷)، رویکردهای سنتی در مسائل زنان را تبیین کرده‌اند. با این‌همه، تحقیق پیش رو، از این آثار متمایز است: اولاً در این مقاله بر موضوع «عدالت جنسیتی» در سطح واقعی و ادراکی تمرکز شده و میزان توفیق گفتمان عدم‌تغییر فقهی احکام زنان را در مواجهه با این مسئله سنجیده است. ثانیاً منابع مذکور تمرکزی بر فتاوی‌ متمایز و آراء فقیهان در این خصوص ندارند، بلکه دیدگاه‌های اندیشمندان مختلف را در حوزه‌های متفاوت زنان رصد کرده‌اند. ثالثاً در این مقاله چالش‌های روش‌شناسانه این گفتمان تبیین خواهد شد و برخلاف منابع مذکور، به نقد محتوایی آن‌ها بسنده نخواهد شد.

۱. نگارنده در مقاله‌ای دیگر گفتمان دوم را بررسی کرده است (شجریان، ۱۴۰۰).

این پژوهش در تبیین «گفتمان عدم‌تغییر احکام فقهی زنان»، روش توصیفی دارد و در مقام نقد و بررسی آن روش تحلیلی - انتقادی دارد و استدلال‌های فقهی و اصولی صاحبان این گفتمان را نقد و بررسی می‌کند. این تحقیق بنیادی می‌تواند در شیوه استنباط احکام فقهی زنان مورد استفاده قرار گیرد.

در این پژوهش ۳ سؤال اصلی مطرح و پاسخ‌ها در ۳ بخش ارائه شده است: بخش اول، مبانی نظری گفتمان مذکور را تبیین می‌کند؛ در بخش دوم، دو گرایش ذیل این گفتمان توصیف شده است و بخش سوم، به نقد و بررسی این گفتمان و چالش‌های روش‌شناختی آن می‌پردازد.

۲- اصول و مبانی نظری مرتبط

۲-۱- دایره محدود ادراک عقل در احکام شرعی

هر چند اصولیون امامیه معتقد به حسن و قبح ذاتی و عقلی هستند (ر.ک: اصفهانی، ۱۴۲۹، ج ۳: ۳۵۲) و مانند اخباریون ادراک عقلی حسن و قبح ذاتی را انکار نمی‌کنند (ر.ک: استرآبادی و عاملی، ۱۴۲۶: ۹۱) و نظیر اشاعره با انکار حسن و قبح ذاتی، عقل را در مقام ادراک خوبی و بدی افعال تعطیل نمی‌دانند (باقلانی، ۱۳۸۲: ۱۱۹؛ تفتازانی، ۱۴۲۸، ج ۴: ۲۸۲)، اما اغلب آن‌ها دامنه ادراک عقل را در این حوزه مضیق می‌دانند و عملاً در روش آن‌ها، حضور فعال عقل به محاق رفته و مهم‌ترین کارکردهای آن محدود به امور ذیل می‌شود:

الف. عقل مستقل در باب حسن و قبح عناوینی کلی مانند عدل و ظلم، اطاعت و عصیان خدا و ... قضاوت می‌کند و ورود به مصادیق آن‌ها ندارد. این قضاوت‌های کلی نه محل اختلاف هستند و نه بیرون از دایره دلالت‌های ارشادی کتاب و سنت.

ب. عقل گاهی توجیه‌گر احکام اکتشافی فقهی است و حکم موجود شرع را تأیید می‌کند و منفعلانه تنها در خدمت احکام شرعی موجود و ثابت‌شده قرار می‌گیرد، بدون اینکه نقش فعالی در اثبات آن‌ها ایفا کند.

۳. عقل گاهی قضاوت در باب ملازمه میان یک حکم شرعی یا عرفی را با حکم شرعی دیگر (غیر مستقلات عقلیه) عهده‌دار می‌شود برای مثال وقتی شرع به وجوب حج حکم می‌کند، عقل مقدمات آن نظیر طی مسافت و تأمین مقدمات سفر و ... را لازم می‌شمارد.

۴. نهایتاً اگر برفرض در خصوص مسئله‌ای هیچ دلیل نقلی معتبری وجود نداشته باشد و عقل در آغاز به‌طور مستقل درصدد کشف چنین حکمی برآید و در پی یافتن مصلحتی الزامی یا

مفسده‌ای الزامی حکم نماید، از او پذیرفته می‌شود (ر.ک: علی‌دوست، ۱۳۹۱: ۱۴۳). البته این فرض نیز چندان به واقعیت نمی‌رسد تا جایی که برخی معتقدند هرچند حکم عقل حجت است، لکن در بین احکام شرعی، حتی یک حکم نیز با عقل مستقل به اثبات نرسیده، مگر اینکه در بیان شرع نیز وجود داشته است (صدر، ۱۴۰۳: ۹۸).

از آنچه بیان شد نمایان می‌شود که تشکیک و تردید عقل در احکام شرعی و باورهای ظنی آن در تقابل با این احکام، حتی اگر ظن قوی باشند در نزد اصولیون اعتباری ندارد. اگر حکمی شرعی با ادله معتبر نقلی به اثبات برسد و در نقطه مقابل، عقل مصلحت یا مفسده‌ای در آن نبیند یا حتی با ظن قوی در این حکم مفسده‌ای فردی یا اجتماعی بیاید، چنین برداشتی از عقل در میان اصولیون امامیه فاقد اعتبار است. دامنه این عدم اعتبار حتی به جایی تعمیم پیدا می‌کند که ظن شخصی مجتهد به حکم عقل، بسیار قوی و ظن شخصی او به حکم شرعی ثابت شده، بسیار ضعیف باشد. برای مثال اگر در مسئله «لزوم اجازه زوجه از زوج برای خروج از منزل»، ادله نقلی، ظن معتبر ضعیفی برای شخص مجتهد حاصل کنند، اما در عین حال او در سایه ملاحظه برخی از مناسبات حیات اجتماعی، ظن قوی‌تری به نقطه مقابل این مسئله داشته باشد، این ظن قوی‌تر در متدولوژی فقه‌ها اعتباری ندارد و کنار گذاشته می‌شود. در همین نقطه است که احکام متمایز فقهی زنان و مردان، وقتی با ادله نقلی معتبر ثابت می‌شوند، به عقل عرضه نمی‌شوند و آنچه از مخالفت‌های عقل با این احکام وجود دارد، احکامی ظنی و نامعتبر و از اساس غیرعقلی و در سطح قیاس و استحسان شمرده شده و کنار نهاده می‌شود؛ زیرا به اعتقاد اصولیون تلاش برای کشف ملاک‌های واقعی احکام توسط عقل، روندی مخرب و پر خطا است و باید از آن پرهیز شود (انصاری، ۱۴۱۶، ج ۱: ۶۳-۶۲) و دقیقاً در همین نقطه است که تمایزات فقهی مذکور نیز با سویه‌ای تبعیدی پذیرفته می‌شود و گفت‌وگو در احکام فقهی زنان تشبیت می‌شود.

۲-۲- تکیه بر حکمت مطلق شارع مقدس

با توجه به اثبات کمال مطلق شارع در مباحث کلامی، اگر ذاتی کامل مطلق و حکیم مطلق باشد، فعل او نیز بدون شک - چه در حوزه تکوین و چه در حوزه تشریح - کامل و حکیمانه است و نقصی در آن فرض نمی‌شود (ر.ک: شجریان، ۱۳۹۵: ۸۱-۷۶).

ممکن است فقیه‌ی منکر حسن و قبح عقلی باشد و مانند اشاعره عقل را در شناخت احکام شرعی قاصر شمارد، اما برخلاف آنان، این احکام را تابع مصالح و مفاسدی واقعی بداند که شارع مقدس آن‌ها را در حق مکلفین، از سر لطف و حکمت خود ملاحظه کرده و به تبع آن‌ها این احکام

را انشاء نموده است. در نتیجه هر چند این مصالح و مفساد واقعی، علت ثبوتی این احکام هستند اما نمی‌توان با کشف برخی از مصالح و مفساد، حکم شرعی را اثبات کرد. در این مقام نهایتاً می‌توان بایبان شارع، از آن مصالح واقعی پرده برداشت و وجود آن‌ها را تصدیق کرد، حتی اگر ماهیت آن‌ها مجهول باقی بماند؛ در نتیجه تنها راه اثبات مصالح و مفساد واقعی احکام، رجوع به امرونی‌های شارع خواهد بود (ر.ک: اصفهانی، ۱۴۲۹، ج ۳: ۳۴۹-۳۵۲؛ خویی، ۱۴۱۷، ج ۳: ۷۰) و بر این اساس در احکام فقهی زنان نیز چاره کار تسلیم و پذیرش کامل آن‌ها محسوب می‌شود (علاسوند، ۱۳۸۲: ۲۰-۲۱).

۲-۳- تحفظ بر فتاوی‌های تمایز با تکیه بر اجماع و شهرت

غالب فقها تلاش می‌کنند در فتاوی‌های خود، از سر احتیاط و تحفظ، بیرون از دایره اجماعات و حتی مشهورات فقهی پیشین، قدم نگذارند و برخلاف آن‌ها حکمی را مطرح نکنند. در حوزه مسائل زنان نیز این گفتمان قابل رهگیری است. از عبارات محقق اردبیلی به دست می‌آید که در خصوص پوشش قدمین زن در نماز، متمایل به عدم تکلیف بوده است، اما در عین حال از خوف اجماع، چنین فتاوی‌ای صادر نمی‌کند و می‌گوید: «اگر ترس از اجماع مورد ادعا وجود نداشت، حتی ممکن بود به استثناء غیر از قدمین، در نماز از سر و آنچه غالباً پوشیده نمی‌شود نیز استثناء قائل شویم» (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۲: ۱۰۵). نکته حائز اهمیت در این عبارت این است که آنچه موجب امتناع محقق اردبیلی از فتاوی‌های مذکور شده، صرفاً اجماعی منقول است که نسبت واقعی بودن آن نیز اعتماد نداشته است، زیرا از تعبیر «الاجماع المدعی» استفاده کرده است، اما در عین حال همین اجماع ضعیف نیز موجب خوف او شده و از فتاوی‌های برخلاف آن جلوگیری کرده است.

در نمونه‌های دیگر فیروزآبادی در خصوص اشتراط مرد بودن مرجع تقلید معتقد است: صرف نظر از اجماع منقول از شهید ثانی، هیچ دلیل دیگری مبنی بر اشتراط مرد بودن در مجتهد وجود ندارد «اما در عین حال جرأت فتاوی‌های عدم اشتراط، در حالی که فقهی‌های شیعه بر آن اتفاق نظر دارند، مشکل‌تر است؛ در نتیجه آنچه مطابق با احتیاط است اشتراط امور سه‌گانه: بلوغ، مرد بودن و حلال زاده بودن، مجتهد است» (فیروزآبادی، ۱۴۰۰، ج ۶: ۲۹۴-۲۹۳).

۳- دو گرایش در گفتمان عدم تغییر احکام متمایز

۳-۱- گرایش عدم تغییر تعبدی

فقهی‌های امامیه بر اساس مبانی نظری مطروحه دسترسی به ملاک‌های واقعی احکام مسلم شرع از جمله «علت حکم» و «حکمت حکم» را امری ناممکن تلقی می‌کنند. «علت حکم» همان ملاک واقعی و ثبوتی (حسن و قبح ذاتی) است که حکم دایره مدار آن است؛ مانند «مست‌کننده بودن»

که علت حرمت شراب است. در نتیجه اگر شراب تبدیل به سرکه شود، حرمت آن منتفی می‌گردد. در مقابل «حکمت حکم» تنها برخی از مصلحت‌های موجود در یک حکم را مطرح می‌کند، اما در عین حال حکم دایر مدار آن نیست؛ مانند «بقای نسل» که حکمت نکاح است نه علت آن. به همین روی نمی‌توان در از دواج موقت - که حکمت مذکور در آن منتفی است - معتقد به حرمت شد (سبحانی، ۱۳۸۳: ۹۷).

به هر روی در این گرایش، نه تنها علت احکام متمایز بررسی نمی‌شود، بلکه حکمت این احکام نیز تبیین نمی‌شود و از موضعی کاملاً تعبدی، پس از استنباط این احکام از ادله فقهی بر لزوم تسلیم در برابر آن‌ها تأکید می‌شود.

این گفت‌وگو سابقه بسیار طولانی در فقه امامیه دارد و بیان می‌کند فقیه از آن جهت که فقیه است به کشف حکمت احکام شرعی نظر ندارد، بلکه می‌کوشد تا یک حکم را بر پایه ادله معتبر فقهی استنباط کند و به مفاد آن فتوا دهد. در نتیجه علت یا حکمت حکم در فرآیند استنباط حکم او نقشی ندارند. به تعبیر برخی از نویسندگان: «مسائل فقهی علت مشخصی ندارد و لزومی هم ندارد داشته باشد، به عبارت دیگر آنچه ما می‌توانیم در مسائل فقهی به دنبال آن باشیم دلیل آن است نه علت آن دلیل»^۱ (مهرپور، ۱۳۷۹: ۳۰۳). برخی دیگر نیز از اساس با ارائه این حکمت‌ها مخالفت می‌ورزند و آن‌ها را ذوقی و استحسان می‌شمارند (ر.ک: قربان‌نیا، ۱۳۹۲: ۱۶۴).

۳-۲- گرایش عدم‌تغییر تعقلی

این گرایش از منظری عقلی و کلامی می‌کوشد تا با بیان حکمت فتاوی‌های تمایز، اندیشه عمومی را اقناع کند. این گرایش در میان فقهای معاصر از علامه طباطبایی و شاگردان او (ر.ک: طباطبایی، ۱۳۹۰، ج ۲: ۲۷۶-۲۷۳؛ مطهری، ۱۳۷۶، ج ۱: ۲۰۰-۱۹۸) به وضوح دیده می‌شود. در ادامه نمونه‌هایی از حکمت‌های بیان شده در برخی فتاوی‌های متمایز جهت نقد و بررسی این گرایش مرور می‌شود.

حکمت سرپرستی مردان بر زنان

در آیه ۳۴ سوره نساء می‌خوانیم: «مردان سرپرست زنان هستند به دلیل اینکه خدا بعضی را بر بعضی دیگر برتری داده است و به دلیل اینکه مردان از اموال خود انفاق می‌کنند». روشن است که در آیه تصریحی به برتری مرد بر زن نشده است اما باین همه، اغلب مفسرین قرآن، حکمت این برتری را که سرپرستی مردان بر زنان است به اموری مانند عقل، دانش، دوران‌دیشی، حسن‌رأی، اراده و ... مرتبط دانسته و مردان را در این امور دارای تقدم و اولویت شمرده‌اند (طبرسی، ۱۴۱۲، ج

۱. مقصود از علت همان مصالح و مفاسد واقعی در احکام و مقصود از دلیل همان حجت‌های شرعی بر احکام نظیر ظواهر روایات است.

۱: ۲۵۳؛ طبرسی، ۱۳۷۲: ج ۳، ۶۹؛ زمخشری، ۱۴۰۷: ج ۱، ۵۰۵؛ صادقی تهرانی، ۱۴۰۶: ج ۷، ۱۳۶؛ حلی، ۱۴۲۴: ۲، ۲۱۱؛ اردبیلی، بی تا: ج ۳، ۷۵).

به اعتقاد علامه طباطبایی قییم در این آیه به معنای سرپرست است و علت آن در خود آیه بیان شده است: «بما فضل الله بعضهم علی بعض»، مردان قییم زنان هستند؛ زیرا در اموری نظیر قدرت تعقل، توان تحمل سختی‌ها و ... بر زنان برتری دارند در حالی که حیات زنان، حیاتی احساسی و عاطفی است. این علت، سرپرستی مردان را از محیط خانواده به سایر عرصه‌های حیات اجتماعی تعمیم می‌دهد. در نتیجه نوع مردان نه تنها در محیط خانه و در زندگی زناشویی سرپرست زنان هستند، بلکه در عرصه‌های اجتماعی، حکمرانی و قضاوت نیز مردان بر زنان مقدم هستند (طباطبایی، ۱۳۹۰، ج ۴: ۳۴۳).

حکمت تمایز دیه زن و مرد

جوادی آملی در توجیه تمایز دیه زنان و مردان معتقد است: حکم دیه در اسلام، ارتباطی با ارزش معنوی علمی و عملی افراد ندارد؛ زیرا به‌رغم اینکه در منطق قرآن، عالم و جاهل و ... برابر نیستند، اما در عین حال دیه همه آن‌ها برابر است (جوادی آملی، ۱۳۸۸: ۳۵۴-۳۵۵). دیه یک جبران اقتصادی در مقابل ضرری است که به بدن شخص وارد شده است. غالباً بدن مرد نسبت به بدن زن، منشأ اقتصادی قوی‌تری است؛ زیرا مردان بیش از زنان عنصر تولید ثروت در جامعه هستند؛ بنابراین تفاوت دیه زن و مرد را نباید با تفاوت آن‌ها در ارزش‌های انسانی و معنوی مرتبط ساخت، بلکه این تمایز به تمایز آن‌ها در مرتبه بدن بازگشت می‌کند (همان: ۴۲۱-۴۱۸).

حکمت اختصاص حق طلاق به مردان

در خصوص حکمت اختصاصی حق طلاق به مردان جهانگیری معتقد است: عقد ازدواج به پاره‌ای از محدودیت‌ها برای زن بازگشت می‌کند؛ نظیر عدم جواز معاشرت زن با مردی دیگر، آمادگی همیشگی زن برای لذت جنسی مرد و ... زن با ایجاب عقد نکاح خود را در معرض این محدودیت‌ها قرار داده است و مرد با قبول این ایجاب، محدودیت‌های مذکور را برای زن قطعی ساخته است. از طرفی دیگر حقیقت طلاق چیزی جز رها ساختن و آزادی زن از این قیود و محدودیت‌ها نیست. حال که طلاق رهاسازی زن از قیود و محدودیت‌های ازدواج است در نتیجه نمی‌توان آن را ظلم به زن محسوب کرد، مگر اینکه در مورد خاصی، نظیر جایی که طلاق دادن مرد بدون هیچ دلیل موجهی است و در عین حال برای زن موجب عسر و حرج می‌گردد، طلاق دادن زن ظلم بر او محسوب شود که از این جهت حرام خواهد شد (جهانگیری، ۱۳۸۵: ۳۶۳-۳۶۰).

حکمت عدم نفوذ گواهی شهادت زنان در دعاوی مالی

مصباح یزدی در خصوص حکمت عدم پذیرش گواهی شهادت زنان در دادگاه‌های حقوقی و کیفری معتقد است فلسفه تحمل شهادت و ادای آن، ضایع نشدن حقوق از دست‌رفته افراد است، به همین جهت کسانی که متصدی شهادت می‌شوند باید دو وصف را دارا باشند: اولاً در مقام تحمل شهادت هوشیار و زیرک باشند و دوم آنکه در مقام ادای شهادت نیز مغلوب احساسات خود نشوند. مردان در هر دو جهت بر زنان برتری دارند. هم در ضبط وقایع هوشیاری بیشتری دارند و هم در مقام ادای شهادت کمتر گرفتار عواطف و احساسات می‌شوند به همین دلیل شهادت آن‌ها در دادگاه برابر با شهادت مردان محسوب نشده است (مصباح یزدی، ۱۳۸۵: ج ۵، ۲۹۸-۲۹۶).

برخی دیگر نیز معتقدند اولاً شهادت زنان در حقوق الهی نافذ نیست؛ زیرا بنای شارع بر این است که به مجرد احتمال شبهه، حدود را ساقط کند (الحدود تدرء بالشبهات)، بنابراین عدم پذیرش گواهی شهادت زنان به این دلیل است که حدود به سرعت اجرا نشوند. ثانیاً در حق الناس نیز در مواردی شهادت زنان پذیرفته نمی‌شود؛ زیرا شهادت یک حق نیست که زنان از آن محروم شده باشند، بلکه یک تکلیف است؛ بنابراین شارع حقی را از ایشان سلب نکرده است تا محل اشکال باشد. به این ترتیب تکلیف آن‌ها نسبت به مردان آسان‌تر شده است (علی‌محمدی و حسینی، ۱۳۹۲: ۱۳۳-۱۳۱).

۴- نقد گفت‌وگو در احکام فقهی زنان

۴-۱- از منظر کارکرد محدود عقل در استنباط احکام شرع

هرچند در خصوص کارکرد عقل و روش رایج میان بسیاری از فقها در باب استفاده محدود از این ابزار، در این مجال نمی‌توان نقد و بررسی نمود، اما لازم به ذکر است عقل می‌تواند نقش بیشتری در مقام استنباط احکام شرعی ایفا کند (ر.ک: علیدوست، ۱۳۹۰: ۹۱؛ همان، ۱۳۹۱: ۵۲-۴۸) و در مسائل زنان نیز برخی از فقیهان تلاش کرده‌اند تا این ظرفیت را به فعلیت برسانند (ر.ک: صانعی، ۱۳۸۴: ۳۹-۴۲).

۴-۲- از منظر حکمت مطلق شارع مقدس

هرچند شارع مقدس در احکام شرعی خود، مصالحی واقعی را در متعلق تکلیف یا در نفس تکلیف لحاظ می‌کند (ر.ک: علیدوست، ۱۳۹۱: ۱۱۷)؛ اما این مبنا نمی‌تواند حکیمانه بودن همه احکام متمایز زنان با مردان را اثبات کند. در خصوص این ادعا بیان نکات ذیل ضروری است:

الف. برهان بر حکیمانه بودن دستورات شارع، تنها بر «هستی حکمت» اصرار دارد و تعرضی به «چیستی حکمت» ندارد. فقیه وقتی یقین کرد که حکمی به صورت مسلم حکم شرعی است، به صورت مسلم، حکیمانه بودن آن را تصدیق می کند، اما لزوماً وجه حکیمانه بودن آن را نخواهد دانست (ملاصدرا، ۱۴۲۰: ۳۵۰). این در حالی است که «ادراک عدالت» هنگامی محقق می شود که مخاطب، چیستی حکمت این تمایزات فقهی را دریابد. البته علم به چیستی حکمت، شرط لازم است و شرط کافی نیست و شکل گیری ادراک عدالت به عوامل متعدد غیر معرفتی وابسته است که در این مجال به آن‌ها پرداخته نمی شود. به هر روی این گفتمان هر چند حکیمانه بودن این تمایزات را به لحاظ علمی بپذیرد، اما به لحاظ عملی و روان شناختی و واقعیت های اجتماعی، نمی تواند شبهات ذهنی زنان را حل و فصل کند، بلکه نهایتاً باید آن‌ها را به تعبد در احکام شرعی دعوت کند، که احتمال دارد دل در گرو این نوع تعبد نداشته باشند.

ب. اگر ثابت شود که حکمی واقعاً حکم شرع است، آنگاه وجود حکمتی در آن پذیرفته می شود، اما اگر اصل شرعی بودن حکم مورد تردید قرار گیرد، طبعاً وجود حکمت نیز محل تردید خواهد شد. به طور مثال اگر ثابت شود که دختران در سن نه سالگی و پسران در سن ۱۵ سالگی بالغ می شوند، آنگاه حکیمانه بودن این حکم شرعی قطعی، امری مسلم است؛ اما اگر در اصل وجود این حکم شرعی تردید شود - چنانچه برخی به غیر شرعی بودن این حکم باور دارند (ر.ک: مهریزی، ۱۳۸۲: ۴۳۱) - طبعاً موضوعی برای قضاوت در باب حکیمانه بودن یا نبودن حکم باقی نمی ماند.

ج. نکته بسیار مهم در این مقام این است که ملازمه قطعی میان امر و نهی در ادله نقلی و وجود مصلحت و مفسده واقعی در حکم مستنبط از این اوامر و نواهی شرعی وجود ندارد. نمی توان لزوماً از هر امر و نهی معتبر و حجتی که از ناحیه شارع به ما رسیده است، به وجود مصلحت واقعی و نفس الامری پی برد؛ زیرا در این مقام ممکن است امر و نهی مذکور به رغم اینکه حجت و متضمن حکم ظاهری هستند، از طریق یک اماره مخالف با واقع برای فقیه کشف شده باشند و بیانگر حکم واقعی و لوح محفوظی نباشند. به جهت احتمال جعلی بودن نص، حذف قرائن از نص توسط راوی، مصادره الفاظ توسط راوی، برداشت ناصحیح فقیه از نص و ... وجود امر و نهی مستفاد از نصوص ملازمه ای با وجود مصلحت و مفاسد واقعی در ورای حکم نخواهد داشت؛ در نتیجه سخنانی نظیر اینکه «به صورت کلی علم به وجود مصلحت یا مفسده در یک فعل، تابع تعلق امر و نهی شارع به آن است» (خویی، ۱۴۱۷، ج ۳: ۷۰) و نیز این

عبارت که: «جز از طریق نصوص نمی‌توان ملاک تام حکمی را کشف نمود» (قربان‌نیا، ۱۳۹۲: ۱۶۴) و نظایر آن‌ها، قابل قبول نیستند.^۱

د. هیچ ملازمه مطلق میان حکیمانه بودن احکام شرع و حکیمانه بودن فتاوی فقهی مجتهدین وجود ندارد. اولی ناظر به تشریح الهی و دومی ناظر به کشف و درک فقها و مجتهدین است و سرایت حکم اولی به دومی، از نوع مغالطه خلط مقام اثبات و ثبوت است. هر چند واقعیت شریعت به معنای احکامی که در مرتبه علم الهی حضور دارند حکیمانه هستند؛ اما فهم این احکام توسط فقیه از این تضمین قطعی برخوردار نیست. اولی «شریعت الهی» و دومی «شریعت فقهی» است. اولی امری الوهی و عاری از خطا است، اما دومی حاصل اجتهاد شخص فقیه است و فرآیندی بشری است که مسلماً خطا در آن وجود دارد.

آنچه گفته شد هرگز به معنای نفی حجیت ادله ظنی و شریعت فقهی نیست. حجیت این ادله و حجیت فتاوی مستند به آن‌ها، برای مکلفین در جای خود ثابت شده است و در این مقام، در ادله اثبات حجیت آن‌ها مناقشه‌ای مطرح نمی‌کنیم و نفی حجیت این امارات مدنظر نیست، بلکه نفی کشف قطعی آن‌ها از مصالح و مفاسد واقعی و نفس الامری مهم است و با این نفی، برهانی که بتواند وجود مصلحت و مفسده در تمام فتاوی تمایز را تضمین کند وجود نخواهد داشت و اثبات عقلی عادلانه بودن تمام فتاوی متمایز میسر نخواهد شد.

۴-۳- از منظر تکیه بر اجماع و شهرت

برخی از صاحب‌نظران فقهی در مقام تعیین وظایف شرعی مقلدین خود، از چهار چوب فتاوی مشهوری که فقهای پیشین پی‌ریزی کرده‌اند پا را فراتر نمی‌نهند. در این خصوص هم ملاحظاتی وجود دارد که در ادامه بیان خواهند شد:

الف. بر مبنای کتب اصولی، اجماع دلیل مستقلی در عرض عقل و نقل نیست و اعتبار آن تنها در صورتی پذیرفته است که کاشف از حکم شارع باشد. البته فقها برای اثبات این کاشفیت و تبیین کیفیت آن طرق مختلفی را بیان کرده‌اند که خالی از مناقشه نیستند (ر.ک: نایینی، ۱۳۷۶، ج ۳: ۱۵۱-۱۵۰). شیخ انصاری برخی از اقسام اجماع را با پاره‌ای از قیود معتبر می‌داند، اما معتقد است چنین اجماعات معتبری امکان وقوع نداشته و حاصل نشده‌اند (همان، ج ۱: ۹۵). وی معتقد است اتفاق فقها به خودی خود، نه مستلزم کشف موافقت معصوم است و نه مستلزم

۱. بر مبنای مصلحت سلوکیه شیخ انصاری یا مصلحت تسهیل محقق نائینی، در این موارد مصلحت جابره‌ای نصیب مکلفین می‌شود، اما این امر نیز وجود یک مصلحت واقعی در متعلق امر ونهی را اثبات نمی‌کند. جهت اطلاعات بیشتر ر.ک: (شجریان، ۱۳۹۷: ۹۵-۱۰۱).

اثبات وجود دلیل معتبری در نزد فقها و فقط در صورتی که فقیه به این اجماع امارات، شواهد دیگری را ضمیمه کند و از مجموع این شواهد، به نظر قطعی در قول امام یا به وجود دلیل معتبری در نزد مجمعین دست پیدا کند، می‌توان آن را از باب حجیت ذاتی قطع معتبر شمرد (همان: ۱۰۳-۱۰۲).

به‌هرحال حتی قوی‌ترین نوع اجماع یعنی اجماع محصل - که شخص فقیه با بررسی فتاوای فقهای اعصار مختلف آن را کشف و تحصیل کرده - نیز فاقد حجیت است و در نهایت ظنی برای مجتهد به بار می‌آورد که دلیلی بر اعتبار و حجیت آن وجود ندارد. قطعی که شیخ انصاری از آن سخن گفته است نیز صرف‌نظر از مناقشه در باب حجیت ذاتی قطع، قاعده‌مند نیست و به ذات اجماع مربوط نمی‌شود؛ در عین حال اتفاق فقها بر خطا نیز امر محالی نیست (ر.ک: صدر، ۱۴۲۵، ج ۲: ۲۰۰-۱۹۶)، در نتیجه دستیابی به قطع در این مقام نیز مشکل است. بنابراین در نهایت حاصل چنین اجماعی، ظنی قوی بر موافقت معصوم است، اما دلیلی بر اعتبار چنین ظنی ارائه نشده، در نتیجه نمی‌توان آن را معتبر شمرد؛ در نتیجه وقتی اجماع محصل به‌عنوان قوی‌ترین صنف اجماع، فاقد حجیت باشد، وضعیت سایر اقسام اجماع نیز روشن می‌گردد.

ب. صدور فتوا شبیه فتاوای سایر فقها لزوماً امری مطابق با احتیاط نیست. احتیاط زمانی حاصل می‌شود که مجتهد به‌صورت روشمند و با تکیه بر ادله معتبر، حکم شرعی را استنباط کند. با تحفظ بر این فرآیند، استنباط و افتای مجتهد، امری مطابق با احتیاط خواهد بود و اگر به خطا رفته باشد برایش عذرآفرین است. وقتی اجماع به‌خودی‌خود فاقد اعتبار و حجیت است، نمی‌توان متأثر شدن فتوا از آن اجماع را امری مطابق با احتیاط شمرد، بلکه در این صورت فتوای مطابق با اجماع، فتوایی برخلاف احتیاط است. اگر حکم شرعی برای فقیهی با دلیلی معتبر ثابت شود، این حکم برای او و مقلدین وی حجت است و از نظر عقلی و شرعی مکلف به ابراز آن است و کتمان حکم مستکشف الهی، خلاف احتیاط و در مغایرت با طریقه مطلوب اجتهاد و پویایی فقه است.

ج. نکته بسیار مهم دیگر آنکه اجماعاتی که منشأ احکام متمایز میان زنان و مردان هستند، از برخی مبانی انسان‌شناسانه فقها در باب شخصیت زن اخذ شده‌اند. اگر این مبانی نظری محل تردید واقع شوند، کاشفیت اجماعات مذکور نیز مورد تردید قرار خواهد گرفت. در ادامه برخی از مبانی انسان‌شناسی مؤثر در صدور فتاوای فقهی را به‌صورت خلاصه گزارش کرده و پس از آن، نقد مدنظر را مطرح می‌کنیم.

عورت چیزی است که انسان آن را از روی حیا از دیگران می‌پوشاند (طریحی، ۱۳۷۵، ج ۳: ۴۱۶). بسیاری از فقیهان زن را عورت می‌دانند (آصفی، بی‌تا، ج ۱۲: ۲۳۹؛ ر.ک: کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵: ۵۳۵) و این دیدگاه در فتاوی‌ای آنان مؤثر بوده است. برای مثال به نقل بحرانی مشهور فقها نماز زن با صدای بلند را باطل می‌دانند؛ زیرا به گمان آن‌ها صدای زن عورت است و نباید اجنبی آن را بشنود (بحرانی، ۱۴۰۵: ۸، ۱۴۱). روشن است که با چنین پیش فرضی، جایی برای فتوا به جواز مرجعیت زنان نیز باقی نمی‌ماند و در پرده بودن آن‌ها و تصدی امور داخل خانه موضوعیت پیدا می‌کند و در نتیجه مقام مرجعیت برای آن‌ها جایز شمرده نمی‌شود (خویی، ۱۴۱۸: ۲۲۶).

نگاه برتر به جایگاه وجودی مرد، عاقل‌تر دانستن مرد و حسن تدبیر بیشتر برای مردان و ... منشأ برخی دیگر از فتاوا است. به همین جهت از نظر برخی فقیهان، برتری مردان بر زنان موجب شده تا «به آن‌ها نبوت و امامت و ولایت و اقامه شعائر و جهاد و قبول شهادت آنان در همه امور و فزونی سهمیه ارث و امثال آن داده شود» (مهرورزیان، ۱۳۹۴: ۱۵۴).

برخی از فقها نگاه نازلی به جایگاه انسانی زن دارند و در موارد متعددی زنان را در کنار کودکان، دیوانگان و ضعیفان یاد کرده‌اند (ر.ک: طوسی، ۱۴۱۱، ج ۲: ۸۵۴؛ حلی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۳؛ حلی، ۱۴۱۴، ج ۹: ۶۹). عده‌ای دیگر آنان را سفیه می‌شمارند به این معنا که اموال را تباه و ضایع می‌کنند (راوندی، ۱۴۰۵، ج ۲: ۱۱۶). برخی در خصوص نماز میت خواندن زنان، معتقد به عدم جواز هستند «زیرا مردان کامل‌تر از زنان هستند و دعای آن‌ها بیش از دعای زنان اجابت می‌شود و نماز خواندن زن بر میت موجب اهانت بر میت است» (حلی، ۱۴۱۴: ج ۲، ۴۶). برخی نیز غالب زنان را فاسق و عدالت در آن‌ها را امری نادر می‌دانند و به همین روی در خصوص زنی که مربی کودک است عدالت را شرط ندانسته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۳۱، ۲۸۹). گروهی دیگر هم مطرح کرده‌اند اگر آب برای غسل کردن یک نفر وجود داشته باشد و مردی جنب و زنی حائض هر دو نیاز به غسل داشته باشند، مرد مقدم است، زیرا او به کمال سزاوارتر است (حلی، ۱۴۱۴: ج ۲، ۲۲۳).

در این مجال درصدد بررسی محتوایی مبانی نظری مذکور نیستیم (ر.ک: شجریان، ۱۳۹۸: ۱۱۰-۹۳) و تنها بر این نکته روش شناسانه اشاره می‌کنیم که تأثیرگذاری این مبانی نظری در فتاوی‌ای مجتهدین، اجماعات آن‌ها را به سطح «اجماع مدرکی» یا «اجماع محتمل المدرك» (ر.ک: صدر، ۱۴۱۷، ج ۴: ۳۱۶) تنزل می‌دهد. در اجماع مدرکی، فتوای آحاد مجمعین، مستند به یک دلیل خاص است و روشن است که در چنین مواردی، آنچه برای مخاطب اجماع و فقیه معاصر اهمیت پیدا می‌کند، همان دلیل است نه اتفاق نظری که پیرامون یک فتوا وجود دارد (ر.ک: بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳: ۱۱۴)؛ بنابراین در مواردی که فتاوی‌ای اجماعی و مشهور فقها، مستند به مبانی انسان

شناسانه ایشان در باب شخصیت و جایگاه انسانی زن است، بررسی این مبانی و ورود تفصیلی به آن‌ها وظیفه مجتهد معاصر و مخاطب اجماع خواهد بود تا بتواند با تعیین موضع خود در قبال این مبانی، به ارزیابی آراء مجمعین بپردازد و صرف تبعیت از اجماع و شهرت آن‌ها و پذیرش تقلیدی مبانی نظری مذکور، نمی‌تواند فرآیندی موافق با احتیاط قلمداد شود، بلکه می‌تواند مصداقی از بی‌احتیاطی و تزییع برخی از حقوق جامعه زنان محسوب شود؛ بنابراین فقیه در فتاوی‌ای تمایز به‌جای تحفظ بر اجماعات و مشهورات باید مبانی نظری لازم در باب انسان‌شناسی و شناخت دقیق جایگاه زن را کسب کند و احتیاط حقیقی با تحصیل اجتهادی این مبانی و باز پژوهی در منابع و ادله معتبر فقهی حاصل می‌شود نه پذیرش مطلق مشهورات و فتاوی‌ای تمایز.

۴-۴-۴- نقد و بررسی گرایش عدم‌تغییر تعقلی

۴-۴-۴-۱- نقطه مثبت گرایش

این گرایش دغدغه اقناع اندیشه دارد و ظرفیت مناسبی جهت تحقق «ادراک عدالت جنسیتی» دارد. صرف‌نظر از «توجه به اقناع اندیشه» نکته قوت دیگری که می‌توان برای این گفتمان مطرح کرد «تحقق نسبی اقناع اندیشه» است. برخی از تحلیل‌های ارائه‌شده می‌توانند تا حد قابل‌قبولی تمایزات فقهی را توجیه کنند. به‌طور نمونه آنچه در تبیین حکمت تمایز ارث زن و مرد بیان شده است، دارای حیثیت اقناعی قابل‌قبولی است؛ زیرا هرچند در خصوص مسئله ارث بهره مالی زن کمتر از مرد است، اما با نظر به سایر قوانین شرعی، می‌توان دریافت که هرچند زن در ارث بهره کمتری می‌برد، چون مخارج مالی کمتری نسبت به مرد بر عهده دارد، عملاً بهره مالی او بیشتر خواهد بود؛ زیرا آنچه را در ارث تصاحب کرده، نباید به دیگری ببخشد. برخلاف مرد که در ارث و سایر اموالی که کسب می‌کند، زن و عیال واجب‌النفقه او شریک هستند (ر.ک: مطهری، ۱۳۸۵: ۲۳۹-۲۳۳).

۴-۴-۴-۲- چالش‌های عمومی گرایش

این گفتمان در اثبات عدالت واقعی از یک‌طرف و ظرفیت‌سازی جهت تحقق ادراک عدالت از سوی دیگر با محدودیت‌هایی مواجه است. مهم‌ترین و کلی‌ترین چالش در این خصوص، ادعای غیر کلی است که در این گفتمان مطرح می‌شود؛ زیرا این گفتمان مدعی کشف علت فتاوی‌ای تمایز نیست و نهایتاً حکمت آن‌ها را بیان می‌کند و چنانچه گذشت حکمت نمی‌تواند تمایز را در متن روابط اجتماعی و برای تک‌تک زنان و مردان توجیه کند و همواره موارد نقضی وجود دارند که با این حکمت‌ها توجیه نخواهند شد. برای مثال: در مورد ارث، به‌رغم قوت حکمت بیان‌شده، اما

با این بیان نمی‌توان تمام موارد تمایز را توجیه نمود، زیرا «زنان سرپرست خانواده» که مخارجی بیش از بسیاری از مردان برعهده دارند، مال کمتری را نسبت به مردان، تصاحب خواهند کرد و از سوی دیگر مردانی هم که تا آخر عمر هرگز نفقه مالی پرداخت نمی‌کنند و هزینه واجب‌النفقه‌ای بر ذمه ندارند، مال بیشتری نسبت به زنان کسب خواهند کرد. باین‌همه هیچ فقیهی در مورد چنین زنان و مردانی، فتوایی مبنی بر تساوی ارث یا فزونی سهم زن نمی‌دهد. دقیقاً در همین نقطه است که حکمت‌های مذکور هرچند تا حدودی اقناع‌اندیشه ایجاد می‌کنند، اما به‌صورت کلی نمی‌توانند «عدالت واقعی» را اثبات کرده و جهت تحقق «ادراک عدالت» ظرفیت‌سازی کنند. تمام حکمت‌هایی که پیش‌تر در مورد احکام متمایز ذکر شدند، چالش و موارد نقضی دارند که در جامعه کنونی پذیرفته نمی‌شود، برای مثال با حکمت سرپرستی مردان، نمی‌توان عدم سرپرستی زنی شایسته را - که هم به دلیل ویژگی‌های شخصیتی، شایستگی بیشتری نسبت به همسرش در اداره خانه دارد و هم مخارج مالی خانواده را تأمین می‌کند - توجیه نمود. حکمت تمایز دیه، نمی‌تواند دیه کمتر زنان مولد ثروت را - که نه تنها برای خانواده، بلکه برای جامعه نیز اشتغال و ثروت ایجاد می‌کنند، توجیه کند. حکمت اختصاص حق طلاق به مرد، حق طلاق مردان شهوت‌طلب را که درصدد خاتمه بخشیدن به محدودیت‌های ازدواج هستند، توجیه نمی‌کند و بالاخره حکمت عدم نفوذ شهادت، عدم پذیرش شهادت زنان فرهیخته - که به مراتب از برخی مردان باهوش‌تر و زیرک‌تر هستند و درعین حال برخلاف برخی مردان، مغلوب احساسات خویش نمی‌شوند - را توجیه نمی‌کند. بنابراین می‌توان بیان نمود که گفت‌وگو مذکور در ظرفیت‌سازی برای تحقق ادراک عدالت و در اثبات عدالت واقعی، توفیق کامل نخواهد داشت. در ادامه از چهار چالش سخن خواهیم گفت.

عدم اقامه استدلال

از نظر اغلب مفسرین، خصوصیات نظیر تعقل، اراده، دوراندیشی و ... در مردان و متقابلاً امور احساسی و عاطفی در زنان، حکمت سرپرستی مردان بر زنان است. آن‌ها برای اثبات این مدعا، استدلالی اقامه نکرده و صرفاً به طرح این ادعا اکتفا نموده و شک در آن را نفی کرده‌اند (فخر رازی، ۱۴۲۰، ج ۱۰: ۷۰). باین‌همه، برتری مردان بر زنان در امور مذکور، برخلاف دیدگاه‌های ذکر شده، امری بی‌نیاز از استدلال نیست؛ زیرا اولاً هیچ‌یک از این امور به‌طور صریح در آیه شریفه بیان نشده است، بلکه آیه به‌صورت مبهمی تنها از «برتری برخی بر برخی دیگر» سخن گفته است. مطهری به همین دلیل، موضوع مذکور را به معنای برتری مرد بر زن نمی‌داند، بلکه به معنای برتری طرفینی

زن و مرد در امور مختلف می‌شمارد که به‌موجب آن تنها سرپرستی مرد در محیط خانواده ثابت می‌شود نه سرپرستی در سایر امور (مطهری، ۱۳۹۴، ج ۲۹: ۴۴۷؛ همان، ۱۳۸۳: ۸۳۲). ثانیاً اگر این برتری در تجربه بشری، امری ثابت‌شده باشد، به‌سادگی نمی‌توان آن را امری طبیعی و تکوینی برشمرد، بلکه کاملاً ممکن است؛ چنانچه برخی مفسرین هم گفته‌اند، امری مرتبط به فرهنگ و شرایط حیات اجتماعی باشد (جوادی آملی، ۱۳۸۸: ۲۵۰).

همین نکته در مسئله عدم نفوذ شهادت زنان در محضر دادگاه نیز وجود دارد، زیرا هرچند دو شرط هوشیاری و زیرکی و غلبه بر احساسات، مطابق با غرض ادای شهادت در محضر دادگاه مطرح هستند، اما این ادعا که جامعه زنان در این دو شرط ضعیف‌تر از مردان هستند، ادعایی اثبات نشده است که متکی بر طرح همگانی یا برخی تجربیات بشری است که لزوماً این تمایزات را به نحو تکوینی اثبات نمی‌کنند.

عدم اقامه استدلال معتبر

چنانچه گذشت در مسئله ادای شهادت زنان، برخی عدم نفوذ شهادت زنان در حقوق الهی را به دلیل بنای شارع بر سقوط حد، به‌مجرد ایجاد شبهه می‌دانند و از سویی معتقدند عدم ادای شهادت زنان موجب تضييع حقوق آنان نمی‌شود، بلکه موجب سقوط یک تکلیف است؛ اما این دو استدلال هیچ‌یک قابل قبول نیستند؛ زیرا اولاً هرچند بنای شارع در حقوق الهی ساقط کردن آن‌ها به‌مجرد شک است اما باید پرسید که شارع به چه دلیل، این شک را در شهادت مردان لحاظ نکرده است؟ ثانیاً هرچند عدم نفوذ شهادت مستلزم سقوط تکلیف از ذمه زنان است، اما این مسئله دارای زوایای دیگری است که به آن‌ها توجه نشده است. از جمله اینکه چرا خدا این تکلیف را تنها از ذمه زنان برداشته و مردان را از این تکلیف معاف نکرده است؟! دیگر اینکه چرا خداوند حق کسی را که تنها یک شاهد زن دارد را لحاظ نکرده است تا وی از وصول به این حق محروم نماند؟! در نمونه دیگر می‌توان از حکمت تمایز در دیه سخن گفت. برفرض که بپذیریم دیه در قبال ارزش انسانیت مقتول جعل نشده است، اما تأکید بر این مقدمه که فقدان زن در مقابل فقدان مرد، ضربه اقتصادی کمتری به خانواده و جامعه وارد می‌کند صحیح نیست؛ زیرا امروزه بسیاری از بانوان عامل مباشر اقتصادی در نظم اجتماعی کنونی هستند، همچنین فقدان زنان با نقش‌های مادرانه و مراقبتی نیز موجب ضربه اقتصادی غیر مباشر است؛ زیرا عدم حیات چنین زنانی، موجب اختلال در فعالیت اقتصادی مردان خواهد شد.

پرهیز از استظهار علت حکم

برخی از حکمت‌هایی که در مورد فتاوی‌ای تمایز مطرح می‌شوند، اموری هستند که در منابع دینی به آن‌ها اشاره شده است. در این موارد طرفداران گفت‌وگو عدم تغییر تعقلی از این امور، حکمت می‌فهمند و از اینکه آن‌ها را علت حکم محسوب کرده و حکم تمایز را دایر مدار آن بدانند، پرهیز می‌کنند، برای مثال در مسئله سرپرستی مردان بر زنان در آیه ۳۴ سوره نساء، دو امر «برتری بعضی بر بعضی دیگر» و «انفاق مالی مردان»، در خود آیه شریفه، به‌عنوان وجه این سرپرستی بیان شده است اما صاحبان این گفت‌وگو، از عبارت آیه مذکور «علت» را استظهار نکرده و آن را صرفاً «حکمت» شمرده‌اند، به همین روی حتی اگر در خصوص یک زن خاص برتری او برای سرپرستی بر مرد ثابت شود و انفاق مالی نیز بر عهده خود او باشد، باز هم فتوای به سرپرستی زنان نخواهند داد.

به نظر می‌رسد راه برای استظهار علت از چنین عبارت‌هایی لزوماً مسدود نیست. چنانچه برخی اصولیون مطرح کرده‌اند، در صحت استظهار علت، ظهور عقلایی کفایت می‌کند و ملاک اعتبار آن، همین ظهور است (حلی، ۱۴۲۵، ج ۲: ۲۰۱؛ نجم‌آبادی، ۱۳۸۰، ج ۱: ۵۰۸؛ مظفر، ۱۳۷۵، ج ۲: ۲۰۱). در نتیجه اگر عرف از یک عبارتی علت استظهار کند، می‌توان با تکیه بر این استظهار، علت را کشف کرد و از کلیت حکم تمایز دست برداشت و آن را منحصر به موارد وجود علت شمرد. در این صورت در آیه مذکور ملاک سرپرستی، زن بودن یا مرد بودن نخواهد بود بلکه این دو موضوعیت ندارند و آنچه موضوعیت پیدا می‌کند همان علت حکم است. برخی از فقهای معاصر با تکیه بر همین مبنا در خصوص مسئله شهادت زنان علت استظهار کرده‌اند و کلیت حکم به تمایز را منتفی شمرده‌اند (صانعی، ۱۳۸۸: ۵۹-۵۷).

عدم توجه به اقتضائات اجتماعی یک حکم

تحلیل‌هایی که درصدد تبیین حکمت تمایزات فقهی هستند، نیازمند توجه به اقتضائات عصری و اجتماعی هستند و این مهمی است که در برخی از آن‌ها مورد توجه کامل نبوده است. تحلیلی که پیش‌تر برای توجیه تمایز حق طلاق بیان شد در این مقام قابل توجه است. در این تحلیل، آثار روانی طلاق که بر زن عارض می‌شود و مشکلات و درگیری‌های ملموس و عینی یک مطلقه در جامعه، مورد توجه قرار نگرفته است. توجه به این آثار اجتماعی نشان می‌دهد طلاق صرف رها کردن زن از پاره‌ای محدودیت‌ها نیست، بلکه تحمیل مشکلات عدیده‌ای است که بر او در متن حیات فردی و اجتماعی بار می‌شود. رویکرد فقه اجتماعی به این مسائل بسیار کارگشا است و می‌تواند از دریچه تبدیلی که برای موضوعات حاصل شده است، راه برای طرح احکام جدید را بگشاید.

بحث و نتیجه گیری

- دایره محدود عقل در استنباط احکام شرعی، موجب شده تا گفتمان عدم تغییر احکام فقهی زنان، در اثبات عدالت جنسیتی واقعی و موجه بودن تمایزات فقهی میان زنان و مردان و نیز ظرفیت سازی برای ادراک آن توفیق چندانی نداشته باشد.

- امکان خطای مجتهد در مقام استنباط حکم، موجب می شود تا به صرف حکیم بودن شارع مقدس، حکیمانه بودن تمام فتاوی تمایز از ناحیه مجتهدین اثبات نشود؛ زیرا کاملاً محتمل است که فتاوی او به رغم حجیت در مقام عمل، مطابق با واقع نباشند و در نتیجه در مقام علم، عدالت واقعی و ادراکی ثابت نخواهد شد.

- در تحکیم این تمایزات نیز نمی توان به اجماعی بودن و مشهور بودن آن ها تکیه کرد، زیرا صرف نظر از مناقشه در اصل حجیت اجماع، این اجماعات به دلیل مبانی انسان شناسانه برخی فقیهان در مورد زن قابل تأمل و مدرکی هستند.

- گرایش عدم تغییر عقلی، هر چند می کوشد با تشریح حکمت آن ها، اندیشه اقناع شود و از این منظر در اثبات عدالت جنسیتی واقعی و ظرفیت سازی برای تحقق ادراک آن تا حدودی مؤثر بوده است، اما در عین حال با یک چالش عمومی مواجه است؛ زیرا این حکمت ها تمایزات مذکور را در میان تمام افراد جامعه زنان و مردان موجه نخواهند کرد.

- صرف نظر از چالش عمومی مذکور، این گرایش به لحاظ روش شناختی از مشکلات دیگری نظیر عدم اقامه استدلال، اقامه استدلال های نامعتبر، پرهیز از استظهار علت حکم و عدم توجه به اقتضائات اجتماعی احکام نیز رنج می برد.

- با توجه به آنچه گفته شد گفتمان عدم تغییر احکام فقهی زنان با دو گرایش خرد شامل عقلی و تعبدی، در اثبات عدالت جنسیتی واقعی و نیز ظرفیت سازی برای تحقق ادراک آن در سطح جامعه توفیق چندانی نخواهد داشت و از این منظر، پیشنهاد مشخص تحقیق توجه بیشتر فقیهان به سمت گفتمان های بدیل است.

- گفتمان بدیل مطلوب به معنای گذر از فقاقت نیست، بلکه لازم است دو اتفاق عمده رخ دهد: ۱. اجتهاد در قواعد استنباط و توسعه و تزییق در آن ها؛ برای مثال عقل، اعتبار بیشتری پیدا کند و اجماع و شهرت به صورت واقعی از اعتبار ساقط شود؛ ۲. بازنگری در ادله و باز پژوهی در آن ها، با نظر به قواعد جدید از یک سو و توجه به اقتضائات عصری و زمانی از سوی دیگر. چنین گفتمانی عدالت جنسیتی در دو سطح واقعی و ادراکی را بهتر تأمین خواهد کرد.

منابع

- ◀ اردبیلی، احمد بن محمد، (۱۴۰۳ ق). مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ◀ _____ زبده البیان فی احکام القرآن، تهران: المكتبة الجعفریه، (بی تا).
- ◀ استرآبادی، محمد امین و سید نورالدین موسوی عاملی، (۱۴۲۶ ق). الفوائد المدنیة و بذیله الشواهد المکیه، چ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ◀ انصاری، مرتضی، (۱۴۱۶ ق). فرائد الأصول، چ پنجم، قم: موسسه النشر الاسلامی.
- ◀ اصفهانی، محمد حسین، (۱۴۲۹ ق). نهایت الدرایه فی شرح الکفایه، چ دوم، بیروت: موسسه آل‌البت علیهم السلام.
- ◀ آصفی، محمد مهدی، مجله فقه اهل‌البت علیهم السلام، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی، (بی تا).
- ◀ باقلانی، (۱۳۸۲). الانصاف فیما یجب اعتقاده، قم: دار الکتب العلمیه.
- ◀ بجنوردی، سید حسن، (۱۴۱۹ ق). القواعد الفقهیه، قم: نشر الهادی.
- ◀ بحرانی، آل‌عصفور، (۱۴۰۵ ق). الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ◀ تفتازانی، سعدالدین، (۱۴۲۸ ق). شرح المقاصد، بیروت: الشریف الرضی.
- ◀ جوادی آملی، عبدالله، (۱۳۸۸). زن در آئینه جلال و جمال، چ چهارم، قم: اسراء.
- ◀ جهانگیری، محسن، (۱۳۸۵). بررسی تمایزهای فقهی زن و مرد، قم: بوستان کتاب.
- ◀ حسینی فیروزآبادی، مرتضی، (۱۴۰۰ ق). عنایه الأصول فی شرح کفایه الأصول، چ چهارم، قم: کتاب فروشی فیروزآبادی.
- ◀ حلّی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۴ ق). تذکره الفقهاء، قم: مؤسسه آل‌البت.
- ◀ _____ (۱۴۲۵ ق). نهایت الوصول الی علم الأصول، قم: موسسه الامام الصادق (ع).
- ◀ حلّی، ابن‌ادریس، (۱۴۱۰ ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ◀ حلّی، مقداد بن عبدالله، (۱۴۲۴ ق). کنز العرفان فی فقه القرآن، قم: انتشارات مرتضوی.
- ◀ خوبی، ابوالقاسم، (۱۴۱۷ ق). محاضرات فی أصول الفقه، چ چهارم، قم: طبع دارالهادی.
- ◀ _____ (۱۴۱۸ ق). التنقیح فی شرح العروه الوثقی، قم: تحت اشراف آقای لطفی.
- ◀ راوندی، قطب‌الدین، (۱۴۰۵ ق). فقه القرآن، چ دوم، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی.
- ◀ زمخشری، محمود، (۱۴۰۷ ق). الکشاف عن حقائق غوامض التنزیل، بیروت: دارالکتب العربی.
- ◀ سبحانی تبریزی، جعفر، (۱۳۸۳). أصول الفقه المقارن فیما لا نص فیہ، قم: موسسه امام صادق (ع).
- ◀ شجریان، مهدی، (۱۳۹۷). «نگرشی نوین در تبیین ضرورت عقلی عمل به دستورات شرعی»، عقل و دین، س ۸، ش ۱۵.
- ◀ _____ (۱۳۹۵). «بررسی گستره شریعت از منظر دیدگاه‌های رایج در مصالح و مفاسد واقعیه»، آیین حکمت، س ۱۰، ش ۳۵.

۸. _____ (۱۳۹۸). «جایگاه انسانی زن از منظر ملاصدرا»، پژوهش‌های عقلی نوین، س ۴، ش ۸.
- _____ (۱۳۹۹ الف). «بررسی رویکردهای رایج در مفهوم عدالت جنسیتی»، مطالعات اسلامی زنان و خانواده، س ۷، ش ۱۲.
- _____ (۱۳۹۹ ب). «راه‌حلی برای چالش مفهوم شناسی عدالت»، حکمت اسلامی، س ۷، ش ۳.
- _____ (۱۴۰۰). «عدالت جنسیتی و گفتمان تغییر در احکام فقهی زنان»، مطالعات راهبردی زنان، س ۲۳، ش ۹۱.
- _____ شهرستانی، محمد، (۱۴۲۴ ق). الملل والنحل، ج دوم، چ سوم، بیروت: الشریف الرضی.
- _____ صادقی تهرانی، محمد، (۱۴۰۶ ق). الفرقان فی تفسیر القرآن، ج هفتم، چ دوم، قم: فرهنگ اسلامی.
- _____ صانعی، یوسف، (۱۳۸۴). برابری قصاص، قم: فقه الثقلین.
- _____ (۱۳۸۸). شهادت زن در اسلام، قم: فقه الثقلین.
- _____ صدر، محمدباقر، (۱۴۰۳ ق). الفتاوی الواضحه وفقاً لمذهب اهل‌البیت علیهم‌السلام، چ هشتم، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.
- _____ (۱۴۱۷ ق). بحوث فی علم الأصول، چ سوم، قم: موسسه دائره‌المعارف فقه اسلامی.
- _____ (۱۴۲۵ ق). دروس فی علم الاصول، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- _____ طباطبایی، سید محمدحسین، (۱۳۹۰ ق). المیزان فی تفسیر القرآن، چ دوم، بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
- _____ طبرسی، فضل بن حسن، (۱۳۷۲). مجمع‌البیان فی تفسیر القرآن، چ سوم، تهران: ناصرخسرو.
- _____ (۱۴۱۲ ق). تفسیر جوامع الجامع، قم: مرکز مدیریت حوزه علمیه قم.
- _____ طریحی، فخرالدین، (۱۳۷۵). مجمع‌البحرین، چ سوم، تهران: مرتضوی.
- _____ طوسی، محمدبن حسن، (۱۴۱۱ ق). مصباح‌المتجهد، بیروت: مؤسسه فقه الشیعه.
- _____ علاسوند، فریبا، (۱۳۸۲). «نگاهی گذرا به مبانی و تفاوت‌ها در فقه زنان»، حوراء، س ۱، ش ۱.
- _____ علیدوست، ابوالقاسم، (۱۳۹۰). فقه و مصلحت، چ دوم، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- _____ (۱۳۹۱). فقه و عقل، چ پنجم، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- _____ علی‌محمدی، حامد و آمنه سادات حسینی، (۱۳۹۲). «تفاوت شهادت زن و مرد در فقه و حقوق»، مطالعات راهبردی زنان، س ۵، ش ۶۰.
- _____ فخر رازی، محمد، (۱۴۲۰ ق). التفسیر الکبیر، چ سوم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- _____ قربان‌نیا، ناصر، (۱۳۹۲). تامل در فقه تحول در حقوق، تهران: نشر میزان.
- _____ کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷ ق). الکافی، چ چهارم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- _____ مصباح یزدی، محمدتقی، (۱۳۸۵). پرسش‌ها و پاسخ‌ها، قم: موسسه آموزشی پژوهشی امام خمینی.
- _____ مطهری، مرتضی، (۱۳۷۶). عدل الهی (مجموعه آثار ج ۱)، چاپ هفتم، تهران: صدرا.
- _____ (۱۳۸۵). نظام حقوق زن در اسلام (مجموعه آثار، ج ۱۹)، چ ششم، تهران: صدرا.

- ◀ _____ (۱۳۸۳). فلسفه تاریخ (مجموعه آثار، ج ۱۵)، تهران: صدرا.
- ◀ _____ (۱۳۹۴). زن و مسائل قضایی و سیاسی (مجموعه آثار، ج ۲۹)، چ دوم، تهران: صدرا.
- ◀ مظفر، محمدرضا، (۱۳۷۵). أصول الفقه، چ پنجم، قم: طبع اسماعیلیان.
- ◀ ملاصدرا، (۱۴۲۰ ق). مجموعه رسائل فلسفی صدرالمتألهین، تهران: حکمت، ۱۴۲۰ ق.
- ◀ مهرپور، حسین، (۱۳۷۹). مباحثی از حقوق زن، تهران: اطلاعات.
- ◀ مهرورزیان، طاهره، (۱۳۹۴). «علل تفاوت تفاسیر فقها و اندیشمندان مسلمان درباره حقوق سیاسی اجتماعی زنان از متون ثابت دینی»، پژوهش نامه زنان، س ۶، ش ۲.
- ◀ مهریزی، مهدی، (۱۳۸۲). شخصیت و حقوق زن در اسلام، تهران: علمی فرهنگی.
- ◀ نائینی، محمدحسین، (۱۳۷۶). فوائد الأصول، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- ◀ نجفی، محمدحسن، (۱۴۰۴ ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، چ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ◀ نجم آبادی، ابوالفضل، (۱۳۸۰). الأصول، ج یکم، قم: موسسه آیه الله العظمی البروجردی.
- Rawls, John, (1971). *A theory of justice*, United States: Harvard University Press.

مطالعه تطبیقی حق بر شیردهی و تغذیه با شیر مادر

سید مهدی کاظمی*، زهرا مشایخی**

چکیده

شیردهی، رابطه‌ای دوسویه میان مادر و کودک است که از یک طرف حقی برای مادر جهت تغذیه فرزند با شیر مادر ایجاد می‌کند و از سوی دیگر از جمله حقوق کودک است که متضمن مصالح عالی بهداشت وی و از منسوبات حق بنیادین کودک بر تغذیه است. بر این اساس لازم است از سوی دولت‌ها و جامعه محترم شمرده شود. البته مسئله چارچوب حدود و ثغور حقوق و آزادی‌های طفل و مادر نیازمند تبیین است. اینکه آیا حقی به‌عنوان تغذیه با شیر مادر برای کودک وجود دارد؟ آیا شیردهی به طفل برای مادر حق است یا تکلیف و آیا می‌توان مادر را از شیردهی به فرزند خویش منع یا او را به این امر مکلف نمود؟ آیا سنخ دیگری از حق در رابطه عمودی میان دولت و شهروند در این خصوص وجود دارد. این سؤالات در مورد حقوق مرتبط با شیردهی و پاسخ دهی به آن‌ها مستلزم بررسی نقش دولت‌ها در حمایت از تغذیه با شیر مادر و وضع مقرره‌های حمایتی و استخدام ابزارهای تشویقی و نیز بررسی مقرره‌های حقوق خانواده در قالب نهادهای مرتبط است. نتایج این مطالعه که به بررسی تطبیقی نقش دولت در اسناد بین‌المللی و حقوق ایران و بررسی تطبیقی حق و تکلیف شیردهی در فقه امامیه و عامه و نیز نظام حقوق ایران و سایر کشورهای اسلامی پرداخته، نشان می‌دهد حقوق و آزادی‌های بنیادین مادر، بر حق عادی کودک بر تغذیه با شیر مادر مقدم است، با این حال دولت‌ها مکلف به رفع موانع در حوزه شیردهی می‌باشند.

واژگان کلیدی

حق بر تغذیه، حق بر شیردهی، حضانت، نفقه، رضاع.

*. دانشجوی دکتری حقوق خانواده، دانشگاه شهید بهشتی، ایران، تهران (نویسنده‌ی مسئول) (seyedbox@gmail.com)

** . دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، ایران، تهران (z.mashayekhi@outlook.com)

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۲۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۲

۱- مقدمه و بیان مسئله

قواعد حقوقی حاکم بر نهاد خانواده به‌عنوان کانون تبادل عواطف انسانی، از دیگر نهادهای اجتماعی کمتر بوده است. در نهاد خانواده مهرورزی و فداکاری، بر قواعد خشک حقوقی غلبه می‌یابد و این قواعد اخلاقی است که بر مسند حکمرانی قلمرو خانواده تکیه زده است؛ هرچند این حکمرانی در عرصه روابط والدین و فرزندان بیش از روابط میان زوجین دیده می‌شود که از مصادیق بارز آن رابطه‌ی شیردهی میان کودک و مادر می‌باشد. رابطه‌ای که علاوه بر ضرورت آن در تغذیه و سلامت جسمانی کودک، در تکوین شخصیت کودک، رشد عاطفی و سلامت روان نیز مؤثر است. از سوی دیگر، شیردهی به فرزند، ضمن ایجاد آرامش روحی و روانی مادر، ارزشمندی اخلاقی دارد که به‌سادگی قابل چشم‌پوشی نیست.

تغذیه با شیر مادر که تغذیه‌ی طبیعی نیز خوانده می‌شود، به‌عنوان یک عامل حیاتی در رشد و نمو و سلامت شیرخواران شناخته شده است (سیفی و رزمخواه، ۱۴۰۰: ۵۶). در منابع دینی از جمله قرآن کریم بر ارزش شیر مادر و شیردهی صحه گذاشته است: «والوالدات یرضعن أولادهن حولین کاملین لمن اراد ان یتم الرضاعه...»

و مادران فرزندان خود را دو سال تمام شیر دهند. این حکم برای کسی است که بخواهد دوران شیرخوارگی را تکمیل کند.»

همچنین پیامبر اسلام (ص) فرموده‌اند: «لیس للصبی لبن خیر من لبن امه؛ شیری برای کودک بهتر از شیر مادرش نیست.» (حرعاملی، ج ۲: ۴۶۸)

در این عرصه، همواره تکالیف والدین بر حقوق آن‌ها غلبه دارد و در حقوق خانواده، حمایت از کودکان به‌عنوان اشخاصی ضعیف و وابسته به بزرگسالان بیش از حقوق والدین مورد توجه است. با این وجود، در مواردی در کشاکش حقوق والد و فرزند، جانب والد گرفته‌شده و آزادی عمل وی نسبت به نیاز فرزند محترم‌تر شناخته‌شده است. مسئله شیردهی مادر به کودک خود، یکی از این موارد است.

یکی از حقوق ضروری و بنیادین کودک، حق بر نگهداری و تربیت اوست که در نظام حقوق اسلام تحت عنوان «حضانة» از آن یاد می‌شود. در انجام تکلیف حضانت، اصولاً والدین نسبت به کلیه اعمال و رفتارهایی که عقلاً و عرفاً برای نگهداری کودک لازم است، تکلیف دارند، اما لوازم حضانت در قانون و شرع، احصاء نشده است. باین‌حال در فقه امامیه و به‌تبع آن در قانون مدنی ایران، تنها یک مصداق از زمره تکالیف حضانتی مادر استثناء شده است و آن مسئله رضاع یا شیر

دادن به کودک است. ماده ۱۱۷۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «مادر مجبور نیست که به طفل خود شیر بدهد، مگر در صورتی که تغذیه طفل به غیر شیر مادر ممکن نباشد.»

این مقرر که در بادی امر مغایر با اخلاق و توصیه‌های پزشکی و دینی در خصوص لزوم تغذیه کودک با شیر مادر است؛ این سؤال را در ذهن ایجاد می‌کند که آیا می‌توان آن را مغایر با موازین حقوق بشری در خصوص حق تغذیه کودک دانست؟ آیا در اسناد بین‌المللی حقوق کودک، حقی برای کودک تحت عنوان حق تغذیه با شیر مادر شناخته شده است؟ آیا نظام حقوقی ایران در خصوص مقوله شیردهی، موافق با رویکرد حقوق بشری است؟

از سوی دیگر حق مادر بر شیردهی طفل خود، محل بحث و بررسی است. زیرا شیردهی محدودیت‌هایی را در شغل و تحصیل و سایر آزادی‌ها برای مادر ایجاد می‌کند و این حق، عملاً تضییق خواهد شد. حمایت از چنین حقی از یک‌سو مداخله دولت در حمایت از زنان شیرده را در برقراری امتیازهای شغلی و تحصیلی یا ایجاد امکان شیردهی برای زنان زندانی می‌طلبد و از سوی دیگر در کشاکش حقوق زوجین، در صورت امکان تغذیه کودک به طریق دیگری، لازم است دولت با اولویت‌بخشی به تغذیه با شیر مادر در راستای حمایت از حق بر شیردهی مادر و حق بر تغذیه کودک با شیر مادر گام‌های مؤثری بردارد. در این خصوص اسناد و کنوانسیون‌های حقوق بشری، حاوی مقرره‌های مفیدی برای دولت‌ها می‌باشند.

این موضوع در برخی مطالعات مورد بررسی قرار گرفته است. غلامعلی (۱۳۹۹) در مقاله «حق بر تغذیه با شیر مادر در پرتو مبانی حقوق بشر اسلامی» این موضوع را از زاویه گفتمان دینی اسلامی با رویکردی جامعه‌شناختی و نیز در رابطه دین با مسئله شیردهی بررسی کرده است (غلامعلی، ۱۳۹۹). مختاریان و همکاران (۱۳۹۶) نیز در اثری تحت عنوان «ضرورت اخلاقی تغذیه با شیر مادر و پایبندی به حقوق نوزادان» به فوائد تغذیه با شیر مادر و ملاحظات اخلاقی آن پرداخته است (مختاریان و همکاران، ۱۳۹۶). زر نشان و رضوانی مفرد (۱۳۹۶) در مقاله خود با عنوان «حمایت از حق تغذیه کودک با شیر مادر در اسلام و نظام بین‌المللی حقوق بشر» ضمن بررسی مبنای حق‌انگاری تغذیه با شیر مادر در پرتو نظریه‌های اراده و منفعت و رویکرد فمینیستی، به جلوه‌هایی از این حق در برخی از اسناد بین‌المللی و فواید و برکات شیردهی در آیات و روایات پرداخته‌اند لکن نوشتار حاضر در حوزه بین‌المللی، یک گام فراتر نهاده و ضمن ارائه تصویر جامع‌تری از نظام بین‌الملل در کلیه اسناد بین‌المللی، دکتترین شناسایی حق بر تغذیه با شیر مادر را منعکس نموده است. همچنین نقش و تکلیف دولت‌ها را از منظر بین‌المللی و نیز در حقوق ایران در حمایت

از حق بر شیردهی و وضع مقرره‌های تشویقی و ایجاد نهادهای ارفاقی و سیاست‌های حمایتی به تفصیل بحث کرده و ضمن پرداختن به حق و تکلیف شیردهی و تغذیه با شیر مادر در چارچوب نهادهای حقوق خانواده از جمله «حضانت» و «انفاق» مقایسه تطبیقی این موضوع را در نظام حقوق خانواده ایران، فقه امامیه، فقه عامه و سایر کشورهای اسلامی تبیین نموده است (زر نشان و رضوانی مفرد، ۱۳۹۶).

حق بر تغذیه از حقوق اساسی و بنیادین هر فرد است که در همه نظام‌های حقوقی و اسناد بین‌المللی به رسمیت شناخته شده است. به تبع حق تغذیه کودکان به لحاظ آنکه، کودکان از اقشار آسیب‌پذیر جامعه و وابسته به بزرگسالان هستند از اهمیت بیشتری برخوردار است. حق بر دسترسی به غذای مغذی و سالم و باکیفیت مطلوب، متضمن رعایت مصالح عالیه کودک خواهد بود. بر اساس استانداردهای علمی شیرمادر بهترین ماده غذایی برای اطفال تا سن دوسالگی است. شیر مادر از نظر علم پزشکی دارای مزایای خاصی برای تغذیه کودک است که آن را از سایر مواد غذایی ممتاز می‌سازد از جمله می‌توان به مغذی بودن، هضم آسان، درجه حرارت مناسب، جذب بالای آهن، وجود پادتن‌های لازم برای محافظت از کودک در برابر بیماری‌های عفونی و همچنین تقویت روابط عاطفی میان کودک و مادر در زمان شیردهی اشاره کرد (دزی صفت، ۱۳۸۶: ۱۷۴-۱۷۳؛ وزیری، ۱۳۸۴: ۱۵۴-۱۵۲؛ فیض، ۱۳۹۴: ۳۳۳-۳۳۰؛ باوند و تانیس، ۱۳۹۳: ۳۴۶؛ تقوی اردکانی و عزالدین زنجانی، ۱۳۹۴: ۳۹-۳۷).

بنابراین اصولاً از نظر پزشکی تغذیه کودک با شیر مادر توصیه می‌شود، مگر اینکه مشکلاتی مانند ابتلای مادر به بیماری‌های حاد یا مزمن، برآمدگی بیش از حد نوک سینه یا فرورفتگی آن و وجود نقص عضو در لب‌ها یا سقف دهان نوزاد وجود داشته باشد (دزی صفت، ۱۳۸۶: ۱۷۵). از سوی دیگر در منابع متعدد بر حق مادر بر شیردهی و آزادی عمل او در این خصوص تأکید و دولت‌ها مکلف بر رفع کلیه موانع شیردهی با شیر مادر شده‌اند تا زنان بتوانند با آزادی عمل نسبت به شیر دادن به فرزند خود اقدام نمایند. از این رو دولت‌ها باید کلیه زمینه‌های لازم برای حمایت از زنان شیرده را فراهم آورند.

۲- حق بر تغذیه با شیر مادر در نظام حقوق بین‌الملل و اسناد حقوق بشری

حق بر تغذیه یکی از حقوق مسلم در اسناد بین‌المللی حقوق بشر و حقوق کودک است. اعلامیه جهانی حقوق بشر^۱ مصوب ۱۹۴۸ در ماده (۱) ۲۵ مقرر می‌دارد: «هرکس حق دارد

1. The Universal Declaration of Human Rights 1948

از یک استاندارد زندگی که برای سلامت و رفاه خود و خانواده‌اش از حیث خوراک، پوشاک، مسکن و مراقبت‌های درمانی و خدمات لازم اجتماعی، مناسب باشد بهره‌مند گردد...» همین در میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی^۱ مصوب ۱۹۷۶ نیز این حق به رسمیت شناخته شده است؛ به موجب ماده (۱) ۱۱ این میثاق، «دولت‌های عضو پیمان‌نامه، حق هر کس را به داشتن سطح مناسب زندگی برای خود و خانواده‌اش شامل خوراک، پوشاک و مسکن مناسب و همچنین بهبود مداوم شرایط زندگی به رسمیت می‌شناسند...» در ادامه، در بند دوم مزبور، حق اساسی هر کس برای رهایی از گرسنگی به رسمیت شناخته شده است. در کنوانسیون حقوق کودک^۲ مصوب ۱۹۸۹، دو ماده به حق تغذیه کودک پرداخته است؛ ماده (۱) ۲۴ این کنوانسیون مقرر می‌دارد: «دولت‌های عضو، حق کودک را برای بر خورداری از بالاترین معیارهای بهداشتی و تسهیلات قابل حصول برای درمان بیماری و بازیابی سلامت به رسمیت می‌شناسند.» در بند دوم ماده مزبور دولت‌ها مکلف شده‌اند تا اقدامات مناسب برای تأمین حق تغذیه، بهداشت و سلامت کودک را انجام دهند. در ماده (۳) ۲۷ کنوانسیون مزبور نیز دولت‌ها موظف شده‌اند تا به‌ویژه در مورد تغذیه، پوشاک و مسکن کودکان، کمک‌های لازم را به والدین آن‌ها ارائه دهند. به‌علاوه در ماده ۱۵ میثاق حقوق کودک در اسلام^۳ مصوب ۲۰۰۵ صناعاً نیز به حق کودک نسبت به سلامت جسمی و تغذیه اشاره شده است. مطابق این ماده، استحقاق کودک در مراقبت جسمی و روحی باید از طریق فراهم نمودن مراقبت‌های لازم برای مادران در طی دوره شیردهی و همچنین تخفیف احکام قضایی یا تعویق اجرای مجازات‌ها در دوران شیردهی مادر و کاهش ساعات کاری مادران شیرده تحقق یابد. در نتیجه در اسناد بین‌المللی حقوق بشر، حق انسان و علی‌الخصوص کودک، نسبت به تغذیه، بهداشت و سلامت جسمی به‌عنوان یکی از حقوق مسلم تلقی شده است؛ لکن این پرسش قابل طرح است که آیا مطابق اسناد بین‌المللی موجود، می‌توان برای کودک حقی تحت عنوان «حق تغذیه با شیر مادر»^۴ شناسایی و تعریف نمود؟ آیا مادر تکلیفی برای شیر دادن به کودک خود دارد؟ آیا دولت‌ها موظف شده‌اند تا حق بر تغذیه با شیر مادر را در قوانین داخلی خود به رسمیت بشناسند و از آن حمایت کنند؟

1. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1976

2. Convention on the Rights of the Child 1989

3. Covenant on the Rights of the Child in Islam 2005

4. Breastfeeding

مسئله شیردهی کودک، در برخی از اسناد بین‌المللی مورد اشاره قرار گرفته است. برای مثال ماده ۲۴ کنوانسیون حقوق کودک مصوب ۱۹۸۹، پس از آنکه در بند اول به تعهد سلبی دولت‌ها در زمینه‌ی بهداشت و سلامت کودکان اشاره می‌کند، در بند دوم به تعهد ایجابی دولت‌های عضو کنوانسیون در خصوص پیگیری و انجام اقدامات لازم در زمینه‌ی بهداشت کودکان اشاره دارد و در نهایت دولت‌ها را مکلف می‌کند تا در خصوص مزایای تغذیه با شیر مادر اقدامات مقتضی از جمله آموزش و اطلاع‌رسانی را به عمل آورند. در همین راستا کمیته حقوق کودک در گزارش‌هایی که از وضعیت حقوق کودکان در کشورهای لهستان و تانزانیا در سال ۲۰۱۵ منتشر کرده است، به وضعیت تغذیه کودکان با شیر مادر در این کشورها توجه داشته است.^۱ از سوی دیگر ماده (۱) ۱۵ میثاق حقوق کودک در اسلام مصوب ۲۰۰۵ نیز دولت‌ها را موظف به مراقبت از مادران در طی دوران شیردهی کرده است. به‌علاوه در اسناد بین‌المللی حقوق بشر، موارد متعددی وجود دارد که حاکی از لزوم به تأخیر انداختن مجازات مادران در دوران شیردهی است؛ مانند ماده ۱۲ منشور عربی حقوق بشر^۲ مصوب ۱۹۹۴ که بر ممنوعیت اعدام مادران شیرده تا قبل از سن دوسالگی فرزندان آن‌ها دلالت دارد.

۱۳۸

با این وجود موارد دیگری در جامعه بین‌الملل به چشم می‌خورد که موضوع آن‌ها به‌طور خاص مسئله تغذیه کودک از شیر مادر است. ظاهراً نخستین سندی که به‌طور خاص به این موضوع پرداخته، کنوانسیون حمایت از مادران مصوب ۱۹۱۹ است. حمایت از مادران از طریق مرخصی زایمان، حق دریافت و استفاده از مزایای پزشکی، ممنوعیت اخراج در طول مرخصی زایمان و در نهایت حق داشتن استراحت روزانه برای تغذیه با شیر مادر از جمله حمایت‌های حقوقی این سند محسوب می‌شود (زرنشان و رضوانی‌مفرد، ۱۳۹۶: ۵۹۵).

مجمع جهانی بهداشت^۳ در سال ۱۹۸۱، قانون بین‌المللی بازاریابی جایگزین‌های شیر مادر^۴ را در پاسخ به نگرانی‌هایی که در خصوص بازار نامناسب و رو به رشد جایگزین‌های شیر مادر وجود داشته، به تصویب می‌رساند و در سالیان بعد، این مجمع قطعنامه‌هایی را در ارتباط با این قانون وضع می‌کند (George Kent, 2001: 94).

در سال ۱۹۹۰ اعلامیه تأمین، ارتقاء و حمایت از شیردهی مادر در نشستی که در مرکز رشد

1. www.ohchr.org

2. The Arab Charter on Human Rights 1994

3. The World Health Assembly

4. International Code of Marketing and Breast-milk Substitutes

کودک در فلورانس ایتالیا و با موضوع شیردهی برگزار شد، به تصویب رسید.^۱ یکی از اهداف جهانی این اعلامیه این گونه بیان شده است: «کلیه زنان باید برای شیردهی توانمند گردند و کلیه کودکان شیرخوار باید از تولد تا ۲۴ ماهگی، منحصراً با شیر مادر تغذیه شوند.»^۲ در سال ۱۹۹۱ هیئت اجرایی یونیسف قطعنامه‌ای به شماره ۱۹۹۱/۲۲ تصویب نمود که مطابق آن، اعلامیه مذکور مصوب ۱۹۹۰، به‌عنوان اساس و پایه اقدامات و سیاست‌گذاری‌های یونیسف در حمایت از کودکان شیرخوار شناخته شد. در ادامه و در سال ۱۹۹۶، مجمع جهانی بهداشت نیز طی قطعنامه شماره ۱۹/۴۵ در زمینه‌ی تغذیه شیرخواران، حمایت خود را نسبت به اعلامیه ۱۹۹۰ اعلام کرد (George Kent, 2001: 94).

در سال ۱۹۹۲، مطابق اعلامیه جهانی و برنامه اقدام برای تغذیه^۳، در نشست در کنفرانس بین‌المللی تغذیه در رم تا پایان دهه ۹۰ باید کلیه موانع شیردهی مادران کاهش داده شود.^۴ در ماده ۳۰ این برنامه اقدام آمده است: «شیردهی توسط مادر، مطمئن‌ترین شیوه تأمین امنیت غذایی کودکان است و باید ارتقاء یابد و با سیاست‌ها و برنامه‌های مناسب حمایت شود.»^۵ ماده ۳۳ این برنامه نیز عنوان می‌کند: «دولت‌ها با همکاری کلیه اشخاص مرتبط، باید با تشویق و توانمندسازی زنان به شیردهی انحصاری طی ۲۴ ماهگی زندگی کودکانشان، از بیماری‌های منتقله از مواد غذایی و آب و دیگر عفونت‌ها در شیرخواران و کودکان جلوگیری کنند.»^۶ در ماده ۳۴ نیز جزئیات مفصل‌تری در خصوص اقدام برای ارتقای شیردهی توسط مادران ذکر شده است. در کنفرانس اتحاد جهانی برای اقدام به شیردهی^۷ (WABA) که در سال ۱۹۹۶ در تایلند برگزار شد، بیانیه‌ای در خصوص تغذیه کودکان و حقوق بشر تنظیم شد.^۸ پرسش اصلی در این کنفرانس این بود که آیا کودکان شیرخوار باید حقی نسبت به شیر مادر داشته باشند یا خیر؟ این مسئله

1. www.elogica.com.br/waba/inno.htm

2. 'all women should be enabled to practice exclusive breastfeeding and all infants should be fed exclusively on breast-milk from birth to four-six months of age.'

3. World Declaration and Plan of Action for Nutrition

4. www.fao.org/waicert/faoinfo/economic/esn/icn/icnconts.htm

5. 'Breastfeeding is the most secure means of assuring the food security of infants and should be promoted and protected through appropriate policies and programmes.'

6. 'Governments in cooperation with all concerned parties, should ... prevent food-borne and water-borne diseases and other infections in infants and young children by encouraging and enabling women to breastfeed exclusively during the first four to six months of their children's lives.'

7. World Alliance for Breastfeeding Action (WABA)

8. www.waba.org.my/about-waba

از آنجایی که آزادی و اختیار عمل مادر را محدود می‌کند و وی را مکلف به شیر دادن می‌نماید، چالش‌زا و قابل بحث بود. اتحاد جهانی برای اقدام به شیردهی در سال ۱۹۹۸، اعلامیه‌ای را تحت عنوان «شیردهی، زنان و اشتغال؛ حقوق بشر و راهکارها»^۱ صادر نمود.^۲ در مقابل یونیسف نیز متنی را تحت این عنوان منتشر نمود که «شیردهی چگونه می‌تواند از حقوق بشر باشد؟» این گونه مباحثات در خصوص حق کودک بر تغذیه از شیر مادر به‌عنوان یک حق حقوق بشری ادامه داشت تا نهایتاً در ۱۹ ژانویه ۲۰۰۰، اصولی هفت‌گانه تحت عنوان «بیانیه اجماعی در مورد حق تغذیه شیرخواران»^۳ منتشر شد که مبتنی بر استنباطاتی است که از اصول و قوانین بین‌المللی حقوق بشر اخذ شده است. این اصول به قرار ذیل است:

۱. شیرخواران حق دارند تا از گرسنگی رهایی یابند و از بهترین استانداردهای بهداشتی برخوردار شوند.

۲. شیرخواران حق دارند تا از تغذیه کافی، خدمات بهداشتی و مراقبت برخوردار شوند.

۳. دولت و دیگران موظف‌اند به روابط پرورشی بین مادر و کودک احترام گذاشته، آن را حمایت و تسهیل کنند.

۴. زنان دارای حقوق اجتماعی، اقتصادی، بهداشتی هستند و نسبت به دیگر شرایطی که برای شیردهی از سینه یا رساندن شیر سینه خود با وسایلی دیگر به شیرخوار، مناسب است دارای حق می‌باشند. این بدین معناست که زنان نسبت به امور زیر حق دارند:

- مراقبت مناسب دوران بارداری؛

- دسترسی به اطلاعات اساسی در مورد بهداشت کودک، تغذیه، مزایای شیردهی، اصول شیردهی مطلوب و روش‌های جایگزین تهیه شیر مادر؛

- حمایت در برابر اطلاعات غلط در زمینه‌ی تغذیه کودک؛

- حمایت خانواده و جامعه در عمل شیردهی از سینه؛

- حمایت مادرانه قانون که زنان را قادر سازد تا در طی دوران شیردهی دارای شغل پردرآمد نیز باشند؛

- وجود وسایل بهداشتی کودک پسند.

1. Declaration on Breastfeeding, women and work: Human Rights and Creative Solutions

2. www.waba.org.br/planacti.htm

3. Consensus Statement Regarding the Nutrition Rights of Infants

۵. زنان و شیرخواران حق دارند تا در برابر عواملی که می‌تواند مانع شیردهی شود یا آن را محدود کند، حمایت قانونی شوند. در ارتباط با اسناد ذیل:

- کنوانسیون حقوق کودک؛

- قانون بین‌المللی بازاریابی جایگزین‌های شیر مادر و قطعنامه‌های مرتبط مجمع جهانی بهداشت؛

- کنوانسیون حمایت مادری سازمان بین‌المللی کار شماره ۱۰۳ و اصلاحات آن؛^۱

- اعلامیه تأمین، ارتقاء و حمایت از شیردهی از سینه.

۶. دولت‌ها نسبت به حمایت، حفظ و ارتقای شیردهی از طریق فعالیت‌های آموزشی عمومی و تسهیل شرایط شیردهی تعهد دارند و در غیر این صورت باید تضمین دهند که شیرخواران دسترسی مطمئنی به شیر مادر دارند.

۷. هیچ زنی نباید از شیردهی منع گردد.

در ادامه بحث، پاسخ به سؤال دوم ضروری است: آیا از منظر حقوق بشر می‌توان برای

۱۴۱

کودک حقی تحت عنوان «حق تغذیه با شیر مادر» را به رسمیت شناخت؟ برخی با تکیه بر ماده ۳ کنوانسیون حقوق کودک که بر اصل مصالح عالی‌ه کودک تأکید دارد، نظر داده‌اند که تغذیه کودک با شیر مادر مناسب‌ترین شکل تغذیه او در مقایسه با سایر جایگزین‌های شیر مادر است، بنابراین رعایت مصالح عالی‌ه کودک ایجاب می‌کند که برای وی نسبت به تغذیه با شیر مادر حقی بین‌المللی بشناسیم (George Kent, 2001: 97). در مقابل برخی مطرح نموده‌اند: اگرچه رعایت اصل مصالح عالی‌ه کودک در کلیه تصمیم‌گیری‌ها محترم است، لکن در کنوانسیون حقوق کودک و سایر اسناد بین‌المللی مربوط به کودک، این‌گونه فرض شده است که پدر و مادر در خصوص منافع عالی‌ه کودک تصمیم‌گیرنده هستند و هر آنچه آن‌ها برای کودک خویش به مصلحت بدانند، باید در مورد وی اعمال شود و دولت‌ها صرفاً باید در موارد ضروری و فوق‌العاده و خاص دال بر اقدام والدین خلاف مصالح عالی‌ه کودک، دخالت نمایند. این گروه، ضمن احترام به استدلال زیربنایی قائلین به وجوب تغذیه کودک با شیر مادر، به عنوان بهترین وسیله تغذیه و تأمین بهداشت کودک، اعلام می‌دارند که این مسئله از فهم نادرست طبیعت حقوق بشر ایجاد شده است، زیرا حقوق بشر ادعا ندارد که بهترین و مناسب‌ترین رفتارها را برای افراد تجویز می‌نماید،

۱. این کنوانسیون توسط کنفرانس عمومی سازمان بین‌المللی کار که در سال ۱۹۵۲ در ژنو توسط هیئت حاکمه دفتر بین‌المللی کار تشکیل شد، به تصویب رسید و دامنه حمایت را به تعداد بیشتری از گروه‌های کارگر زن گسترش داد تا زنان شاغل در شرکت‌های صنعتی و مشاغل غیرصنعتی و کشاورزی را نیز در برگیرد.

بلکه می‌خواهد تا مانع محدودیت‌هایی شود که از بیرون و توسط دولت‌ها بر آزادی‌های اشخاص تحمیل می‌شوند؛ بنابراین مردم آزاد هستند تا سیگار بکشند یا از غذاهای نامناسب تغذیه نمایند، ولو اینکه برای سلامتی آن‌ها مضر باشد. به عبارتی دیگر، حقوق بشر باید ساحت رابطه مادر - فرزندی را از دخالت‌های خارج از خانواده مصون دارد نه اینکه خود در این رابطه دخالت نموده و مادران را مجبور به شیردهی نماید (George Kent, 2002: 184). مطابق این رویکرد، مادران باید در شیردهی به کودکان خود دارای آزادی عمل باشند تا با صلاحدید خود و مشورت با سایر اعضای خانواده، بهترین تصمیم را در خصوص تغذیه کودک خود اتخاذ نمایند (George Kent, 2006: 27); (M.C Latham, 1997: 416). بدین ترتیب قوانین کشورها باید طوری تنظیم شود که از مداخله دولت و سایر افراد در رابطه میان مادر و کودک جلوگیری نماید و از طرفی شرایطی را فراهم سازد که مادران به اطلاعات مناسب و صحیحی درباره شیردهی و مزایای آن دسترسی داشته باشند. این همان رویکردی است که در قانون بین‌المللی بازاریابی جایگزین‌های شیر مادر اتخاذ شده است. قانون مزبور خرید و فروش و استفاده از شیر خشک را ممنوع نمی‌سازد اما تأکید می‌کند که والدین باید از اطلاعات کامل و مناسبی را در این زمینه برخوردار شوند تا بتوانند تصمیم‌گیری آگاهانه‌ای در خصوص تغذیه نوزادشان داشته باشند. مطابق این مقرر بین‌المللی، وظیفه اصلی دولت‌ها اجبار زنان به شیر دادن توسط وضع قوانین نیست بلکه حذف کلیه موانعی که در این خصوص وجود دارد و ترویج اطلاعات مناسب در زمینه‌ی شیردهی از تعهدات آن‌هاست. همین رویکرد در سایر مقررات و بیانیه‌های بین‌المللی ذکر شده نیز قابل مشاهده است و در هیچ‌یک از آن‌ها، علی‌رغم تأکید به ترویج شیردهی، مقرره‌ای مشاهده نمی‌شود که دولت‌ها با وضع قوانینی ملزم به اجبار مادران به شیردهی شوند، لذا در نظام بین‌المللی حقوق بشر، نمی‌توان حق کودک بر تغذیه با شیر مادر را به‌عنوان یک حق بشری به رسمیت شناخت و در اثر آن مادران را مکلف به شیردهی نمود. بر همین اساس اکثر نظام‌های حقوقی دنیا، مادران را در خصوص شیردهی به کودکان خود آزاد گذاشته‌اند تا مطابق آنچه موافق با مصلحت خود و کودکانشان می‌پندارند اقدام نمایند (M.C Latham, 1997: 183).

۳- حق بر تغذیه با شیر مادر در نظام حقوقی ایران

در اصل ۴۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (فصل سوم: حقوق اساسی) دولت‌ها در تأمین نیاز اساسی بر خوراک مکلف شده‌اند، لذا حق بر تغذیه به‌عنوان حقی بنیادین در نظام حقوقی ایران به رسمیت شناخته شده است. حق بر تغذیه با شیر مادر نیز از منشعبات آن حق

اساسی است که نظام حقوقی ایران در راستای ترویج تغذیه با شیر مادر و توسعه آن، در سال ۱۳۷۴ قانون «ترویج تغذیه با شیر مادر و حمایت از مادران در دوران شیردهی» را به تصویب مجلس شورای اسلامی رساند. مطابق ماده ۱ این قانون، «ورود هر نوع شیر خشک و غذاهای کمکی شیرخوار، باید با رعایت قانون مقررات صادرات و واردات کشور صورت گیرد و شیر خشک فقط از طریق داروخانه‌ها توزیع شود.» در ماده ۲ قانون مزبور نیز انتشار هرگونه جزوه، کتاب، نشریه و ... در مورد جایگزین‌های شیر مادر منوط به رعایت ضوابط و معیارهایی شده است. به‌اضافه در ماده ۳ این قانون و در راستای حذف یکی از مهم‌ترین موانع تغذیه کودک با شیر مادر، یعنی اشتغال مادران، تسهیلاتی در خصوص مرخصی و امنیت شغلی مادران شاغل شیرده در نظر گرفته شده است. میزان مرخصی یک‌ساعته شیردهی، به‌موجب اصلاح ماده ۳ قانون مذکور (مصوب ۱۳۸۴ مجلس شورای اسلامی) تا پایان ۲۴ ماهگی طفل افزایش یافت. تضمین قضایی حق مرخصی ساعتی زنان شیرده در آرای دیوان عدالت اداری مشهود است. در این راستا حتی دستور موقت نیز صادر گردیده است که نشان از درک قضایی از فوریت و اهمیت حق شیردهی دارد: «در خصوص درخواست مطروحه نظر به اینکه به‌موجب قانون ترویج تغذیه با شیر مادر و حمایت از مادران در دوران شیردهی مصوب ۱۳۷۴/۱۲/۲۷ و قانون اصلاح ماده ۳ قانون مذکور مصوب ۱۳۸۴/۴/۶ مجلس شورای اسلامی، مادران شیرده بعد از شروع به کار مجدد، در صورت ادامه شیردهی می‌توانند حداکثر تا ۲۴ ماهگی کودک روزانه یک ساعت از مرخصی (بدون کسر از مرخصی استحقاقی و حسب نیاز کودک حداکثر در ۳ نوبت) استفاده کنند، لذا بنا بر استنادات قانونی مذکور و مواد ۳۴ و ۳۵ و ۳۶ و ۳۸ و ۳۹ قانون تشکیلات و آئین دادرسی دیوان عدالت اداری، با احراز ضرورت و فوریت امر، دستور موقت به اجرای قوانین فوق و استفاده شاکی از یک ساعت مرخصی تا ۲۴ ماهگی تا اطلاع ثانوی را صادر و اعلام می‌دارد. دستور موقت صادره، قطعی است. شعبه ۴۲ دیوان عدالت اداری» این شعبه در دادنامه بدوی نیز حق مرخصی ساعتی شیردهی خواهان، را به‌موجب قانون مذکور تأیید کرده است و به‌موجب دادنامه ۹۴۰۹۹۷۰۹۵۶۳۰۰۴۱۱ مورخ ۱۳۹۴/۰۷/۱۸ قطعیت یافته است.^۱

در این خصوص بانوان مشمول قانون کار، تابع ضوابط مربوط به خود هستند؛ به‌موجب ماده ۷۸ قانون کار «در کارگاه‌هایی که دارای کارگر زن هستند، کارفرما مکلف است به مادران شیرده تا پایان دوسالگی کودک پس از هر سه ساعت نیم ساعت فرصت شیر دادن بدهد. این فرصت

۱. مندرج در سایت: <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/27170>، همچنین برای ملاحظه آرای مشابه: <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/33764>

جزء ساعات کار آنان محسوب می‌شود و همچنین کارفرما مکلف است متناسب با تعداد کودکان و با در نظر گرفتن گروه سنی آنها مراکز مربوط به نگهداری کودکان (از قبیل شیرخوارگاه، مهدکودک و...) را ایجاد نماید.»

همچنین دولت ایران در اجرای احکام کیفری نیز از زنان شیرده حمایت مؤثر به عمل آورده است. مطابق ماده ۵۰۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، اجرای مجازات زنان شیرده تا رسیدن طفل به دوسالگی به تعویق می‌افتد که در ماده ۱۰ آیین‌نامه شماره ۹۰۰۰/۲۷۸۶۳/۱۰۰ مورخ ۱۳۹۸/۳/۲۷ ریاست محترم قوه قضائیه با عنوان «نحوه اجرای احکام حدود، سلب حیات، قطع عضو، قصاص نفس و عضو و جرح، دیات، شلاق، تبعید، نفی بلد، اقامت اجباری و منع از اقامت در محل یا محل‌های معین» به تعویق اجرای مجازات مادر در مدت شیردهی پرداخته است. افزون بر این به موجب ماده ۱۵۸ آیین‌نامه اجرایی شماره ۹۰۰۰/۱۴۳۳۹/۱۰۰ مورخ ۱۴۰۰/۲/۲۸ ریاست محترم قوه قضائیه با عنوان «آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور» مادران زندانی می‌توانند فرزند شیرخوار خود را تا سن دوسالگی در مؤسسه نگهداری کنند. افزایش مدت مذکور تا سقف شش سال با نظر شورای طبقه‌بندی امکان‌پذیر است؛ به‌علاوه مؤسسه مکلف به تهیه تغذیه مناسب برای مادران زندانی و اطفال همراه آنان می‌باشد و در بند «ت» همان ماده اشاره شده است که طفل شیرخوار و مادر وی تحت رژیم خاص غذایی قرار می‌گیرند.

حمایت‌های دولت از زنان شیرده در قانون «حمایت از خانواده و جوانی جمعیت» نیز مشاهده می‌شود که نشان از ارتقای سطح حمایت‌های دولت ایران از حق شیردهی و تغذیه با شیر مادر است. از جمله این حمایت‌ها می‌توان به اختیاری بودن اشتغال در نوبت‌کاری شب برای مادران شیرده (بند ب ماده ۱۷)، تکلیف سازمان‌ها و شرکت‌های دولتی بر تجهیز اماکن و تدارک امکانات لازم خدماتی، رفاهی و آموزشی برای شیردهی بانوان (ماده ۲۲)، شناسایی مادران شیرده نیازمند و ارائه خدمات سبب تغذیه و بسته بهداشتی رایگان (ماده ۲۴)، حمایت تحصیلی از مادران شیرده (بند ج ماده ۲۶)، برقراری بیمه پایه درمان برای مادران شیرده بر اساس آزمون وسع (ماده ۴۴) اشاره کرد.

بنابراین نظام حقوقی ایران در خصوص تعهد دولت‌ها به ترویج و توسعه تغذیه با شیر مادر که در اسناد بین‌المللی از جمله کنوانسیون حقوق کودک بدان اشاره شده است، با خلأ قانونی خاصی مواجه نیست.

۴- حمایت از حق بر شیردهی و تغذیه با شیر مادر در نظام حقوق خانواده

فارغ از تکالیف دولت در به رسمیت شناختن و تضمین حق بر شیردهی و تغذیه با شیر مادر که در حیطه روابط میان دولت و شهروند می‌گنجد و دولت‌ها مکلفاند کلیه امکانات و شرایط لازم در این خصوص را فراهم کنند، بررسی روابط میان اعضای خانواده و بالاخص مادر و کودک در بحث شیردهی درخور اعتناست؛ در ادامه نسبت حق کودک بر تغذیه با شیر مادر و حق مادر بر شیردهی و تأمین آزادی‌های اساسی وی مورد بحث قرار می‌گیرد. بر این اساس هرچند انفاق به زوجه و طفل بر عهده زوج است و تغذیه نیز یکی از مصادیق بارز انفاق تلقی می‌گردد، لکن به جهت نقش حضانتی والدین در اسلام و قانون مدنی ایران، مسئله رضاع از سوی مادر مطرح می‌شود که به صورت تطبیقی در حقوق خانواده ایران، فقه امامیه و فقه عامه و برخی از کشورهای اسلامی در ادامه بررسی خواهد شد.

۴-۱- بررسی حق و تکلیف شیردهی در حقوق خانواده ایران

مسئله شیردهی کودک از جمله فروع حقوق مادر - فرزندی است. در نظام حقوقی ایران روابط مادر و فرزند در نهاد حضانت تنظیم شده است؛ بنابراین از نظر علمی مسئله حق کودک بر شیر مادر باید ذیل حضانت بحث گردد. اما در قانون مدنی و نصوص روایی، تعریفی از حضانت دیده نمی‌شود؛ بنابراین حضانت، یک حقیقت شرعیه نیست و برای تعریف حضانت و تعیین لوازم آن باید به عرف رجوع نمود و از آن مدد گرفت.

مطالعه متون فقهی حاکی از آن است که تا قبل از قرن هفتم هجری، در میان فقها تعریف خاصی از حضانت ارائه نشده است (انصاری شیرازی، ۱۴۲۹، ج ۱: ۳۰۳). برای نخستین بار علامه حلی حضانت را به «ولایت و سلطنت بر تربیت طفل» تعریف نمود (حلی، ۱۴۱۳، ج ۳: ۱۰۱). متعاقباً شهید ثانی در کتاب مسالک و صاحب ریاض نیز از همین تعریف استفاده نموده‌اند (جبعی‌العالمی، ۱۴۱۳، ج ۸: ۴۲۱؛ طباطبائی، ۱۴۱۸، ج ۱۲: ۱۵۳)؛ اما مرحوم صاحب جواهر از جمله فقهای است که بر این تعریف اشکال نموده و معتقد است که مطابق این تعریف، حضانت غیرقابل اسقاط است؛ درحالی‌که در ادله مربوط به حضانت تعبیر به احقیقیت و الویت مادر نسبت به پدر و همچنین تعبیر به مشیت و اراده ابوبن شده است که به موجب آن اگر مادر از حق خود امتناع کند، نوبت به پدر می‌رسد و اگر وی نیز امتناع نماید، نگهداری فرزند با حاکم شرع است؛ بنابراین از آنجاکه حضانت قابل اسقاط توسط ابوبن است، نمی‌توان آن را تعبیر به ولایت نمود (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱: ۲۸۴).

حقوقدانان تعاریف مشابهی از حضانت ارائه داده‌اند؛ برخی آن را «عبارت از نگهداری مادی و معنوی طفل به‌توسط کسانی که قانون مقرر داشته است» تعریف نموده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۴: ۲۱۶) و برخی دیگر در تعریف حضانت گفته‌اند: «حضانت نگه‌داشتن طفل، مواظبت و مراقبت او و تنظیم روابط او با خارج است، با رعایت حق ملاقات که برای خویشان نزدیک طفل شناخته شده است.» (صفایی و امامی، ج ۲: ۱۳۰). از این تعاریف می‌توان نتیجه گرفت که حضانت دارای دو بعد مادی و معنوی است. مراد از بعد مادی حضانت، همان نگهداری کودک و رشد جسمی و فیزیکی اوست و منظور از بعد معنوی حضانت، تربیت کودک و ارتقای رشد معنوی و اخلاقی وی است. مسئله تغذیه کودک و به‌تبع آن شیر دادن مادر به وی از جمله لوازم اولیه رشد کودک است که در بعد مادی حضانت (نگهداری) لحاظ می‌گردد.

گفته شد که حضانت از حقایق شرعیه نیست و برای تعیین لوازم آن باید به عرف رجوع نمود. از همین فقها برای تعیین لوازم حضانت به ذکر چند مثال از لوازم عرفیه نگهداری طفل اکتفاء نموده‌اند (جبعی‌العالمی، ۱۴۱۳، ج ۸: ۴۲). بر این اساس، شیر دادن مادر به طفل باید داخل در تکالیف حضانتی وی در نظر گرفته شود چراکه عرف عقلاء این امر را از ضروریات اولیه و از لوازم مسلم نگهداری و رشد کودک می‌داند. باین‌حال نظام حقوقی ایران به تبعیت از قول مشهور فقهای امامیه در ماده ۱۱۷۶ قانون مدنی، مسئله رضاع یا شیر دادن مادر به فرزند خود را از حضانت مستثنا کرده و آن را از تکالیف مادر نسبت به فرزند خویش نمی‌داند. به‌موجب این ماده، «مادر مجبور نیست که به طفل خود شیر بدهد، مگر در صورتی که تغذیه طفل به غیر از شیر مادر ممکن نباشد.» بدین ترتیب، برخلاف مورد حضانت که حق مادر از لوازم تکلیف اوست، شیر دادن به فرزند به‌واقع «حق» مادر است؛ اگر او بخواهد از این حق استفاده کند پدر یا مقام عمومی نمی‌تواند مانع او شود؛ ولی هرگاه مایل نباشد، اجبار او امکان ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۲: ۱۳۵). مضافاً بر اینکه این حق مادر، حقی است که دارای ماهیت مطالبه است و از این‌رو مادر می‌تواند از شوهر بخواهد برای شیر دادن به فرزند، به او اولویت دهد و فرزند را برای شیر دادن به زن دیگری نسیپارد (صفایی و امامی، ۱۳۹۳، ج ۲: ۱۳۳؛ حکمت‌نیا، ۱۳۹۰: ۲۷۱؛ موسوی‌الخمینی، ۱۴۳۴، ج ۲: ۲۷۹). در این خصوص گفته شده چون مادر در مقایسه با دیگران، نسبت به فرزند خود مهربان‌تر است، دارای نوعی حق تقدم در شیردهی به کودک خود است (سمرقندی، ۱۴۱۴، ج ۲: ۲۳۳).

از آثار انتفای تکلیف مادر نسبت به شیردهی این است که وی می‌تواند در ازای شیر دادن به فرزند خود مطالبه اجرت نماید. در این صورت، مطابق قاعده «احترام عمل مسلمان» پدر طفل باید اجرت شیر دادن مادر را از مال طفل بردارد که اصطلاحاً به آن «جره‌الرضاع» گفته

می‌شود و در صورتی که طفل مالی نداشته باشد، پدر باید از باب نفقه طفل اجرت رضاع را بدهد و در صورتی که پدر نیز مالی نداشته باشد، این تکلیف بر عهده جدّ پدری است و در صورتی که جدّ پدری نیز استطاعت نداشته باشد، بر مادر واجب است که به فرزند خود شیر دهد (صفایی و امامی، ۱۳۹۳، ج ۲: ۱۳۲؛ حائری شاهباغ، ۱۳۷۶، ج ۲: ۱۰۴۱؛ موسوی‌الخیمینی، ۱۴۳۴، ج ۲: ۲۷۹). البته در خصوص حق مادر بر مطالبه اجرت، در مواضعی که وی مکلف به شیر دادن است، اختلاف نظر وجود دارد. برخی از فقهای امامیه نظر داده‌اند که چون مادر وظیفه خود را در این مورد انجام می‌دهد، حق مطالبه اجرت ندارد. به عبارت آخری، وجوب رضاع، منافی استحقاق اجرت است (صفایی و امامی، ۱۳۹۳، ج ۲: ۱۳۳). در مقابل پاسخ داده شده است که وجوب امری با استحقاق اجرت آن منافات ندارد، چنانکه برای مثال بر مالک غذا واجب است آن را به شخصی که مضطر است بدهد، ولی می‌تواند عوض نیز بگیرد (وزیری، ۱۳۸۴: ۱۵۸). به هر حال قول مشهور فقهای امامیه این است که مادر حتی در مواضع وجوب رضاع نیز مستحق اجرت است (محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۲: ۲۸۹).

آنچه در خصوص «حق» مادر بر شیردهی گفته شد، به عنوان یک حکم اولی است که ممکن است مانند سایر احکام اولیه تحت تأثیر احکام ثانویه‌ای همچون لاضرر قرار گیرد. از این رو ماده ۱۱۷۶ قانون مدنی پس از آنکه حکم اولی حق مادر و عدم تکلیف وی نسبت به شیردهی را بیان می‌کند، بلافاصله در قالب مخصص متصل مقرر می‌دارد: «مگر در صورتی که تغذیه طفل به غیر شیر مادر ممکن نباشد.» بدین ترتیب، در شرایطی که از نظر پزشکی شیر مادر تنها وسیله تغذیه طفل باشد یا به دلیل عسرت پدر و مادر یا حوادث قهری امکان تهیه شیر خشک یا غذای مناسب دیگر ممکن نباشد و یا حتی کودک، سینه زنی غیر از مادر خود را نپذیرد، حق مادر بر شیر دادن تبدیل به تکلیف وی می‌گردد و می‌توان از دادگاه، اجبار وی بدین امر را درخواست نمود (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۷۱۶-۷۱۷)؛ بنابراین بخش اخیر ماده ۱۱۷۶ بر عنوان ثانوی «ضرر» مبتنی است؛ هر چند در تنظیم آن دقت لازم صورت نگرفته و تعبیر «ممکن نباشد» محدوده‌ی حکم ثانوی لاضرر را بدون دلیل، مضیق ساخته است؛ در حالی که از نظر فقهی ملاک دست برداشتن از حکم اولی، «عدم امکان تغذیه طفل به غیر شیر مادر» نیست، بلکه هرگاه امتناع مادر از رضاع کودک موجب شود که سلامت کودک در معرض خطر قرار گیرد، به حکم ثانوی، مادر به رضاع کودک مجبور خواهد شد (هدایت‌نیا، ۱۳۹۲: ۴۳۰).

در مجموع می‌توان گفت نظام حقوقی ایران در کشاکش حقوق مادر و کودک در مسئله شیردهی، آزادی عمل مادر و حق وی را محترم شناخته است و زن را از این حیث مکلف به شیر دادن به فرزند خود نکرده است. بدین ترتیب، در تطبیق موضع نظام بین‌المللی حقوق بشر، رویکرد

قانون ایران در خصوص شناسایی «حق مادر» نسبت به شیر دادن به فرزند خود، نه تنها تعارض و مغایرتی با اسناد بین‌المللی حقوق بشر و حقوق کودک ندارد، بلکه موافق آن‌ها نیز است. البته به اعتقاد نگارنده نظام حقوقی ایران یک گام نیز از موضع مقررات بین‌المللی در راستای ایجاد تعادل بین حقوق کودک و مادر جلوتر است؛ چراکه اولاً برای مادر نسبت به دیگران نوعی حق تقدم در شیر دادن به فرزند خود می‌شناسد و ثانیاً در مواردی که تغذیه کودک با غیر از شیرمادر ممکن نباشد، مادر را مکلف به شیر دادن به فرزند خود می‌کند.

۴-۲- بررسی حق و تکلیف شیردهی در فقه امامیه

موضع قانون مدنی ایران در خصوص شیردهی که در ماده ۱۱۷۶ ق.م منعکس شده، از نظر مشهور فقهای امامیه اخذ شده است که در ادامه به اجمال بررسی می‌شود.

در کتب فقها، مسئله حق کودک بر تغذیه با شیر مادر یا «ارضاع ولد» در ذیل احکام اولاد و مسئله حق حضانت مادر بحث شده است. مشهور فقهای امامیه اعتقاد دارند که شیر دادن طفل بر مادر واجب نیست و حتی بر این قول، ادعای اجماع نیز شده است (حلی، ۱۴۱۳، ج ۷: ۳۰۴؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱: ۲۷۲؛ طباطبائی، ۱۴۱۸، ج ۱۲: ۱۴۵). ادله این قول، علاوه بر اصل عدم وجوب شامل موارد زیر است (نظری توکلی، ۱۳۹۱: ۶۰):

۱. بر اساس جمله شرطی آیه «فان ارضعن لکم فاتوهن اجورهن»؛ اگر مادر به کودک خود شیر دهد، پدر می‌باید دستمزد مادر را بپردازد؛ بنابراین وجود این شرط، حاکی از آن است که حق انتخاب شیردهی با مادر است، پس نمی‌توان او را مجبور به انجام آن کرد.

۲. آیه «لا تضار والده بولدها»؛ این آیه هر نوع ضرری را که به واسطه فرزند به مادر برسد، نفی کرده است؛ بنابراین اجبار مادر بر امر شیر دادن، از مصادیق اضرار به او بوده که به حکم آیه مزبور، ارتکاب آن حرام است.

۳. روایت سلیمان بن داود منقری؛ «سئل أبو عبدالله علیه السلام عن الرضاع؟ فقال: لا تجبر الحرة علی رضاع الولد و تجبر أم الولد.» (حرعاملی، بی تا، ج ۲۱: ۴۵۲)

در نقد دلیل اول می‌توان گفت که عبارت «فان ارضعن لکم فاتوهن اجورهن» در آیه ۶ سوره طلاق، در خصوص مطلقه باین است که عدم وجوب ارضاع برای وی مفروغ عنه و خالی از بحث است (بحرانی، بی تا، ج ۷: ۲۵؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۲: ۲۸۹، خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۴: ۴۶۹). به علاوه این آیه بر لزوم تعلق اجرت دلالت دارد نه عدم وجوب ارضاع؛ مگر آنکه قائل به تلازم میان عمل واجب و نفی تعلق اجرت به آن باشد (حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ج ۲۲: ۲۹۶-۲۹۵) که این نظر هم قابل

مناقشه است. چون ممکن است مصداقی یافت شود که این تلازم در آن جاری نباشد؛ مثل آنکه بر مالک غذا واجب است تا آن را به شخصی که مضطر است بدهد، ولی می‌تواند عوض آن را نیز اخذ کند (محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۲: ۲۸۹؛ طباطبائی، ۱۴۱۸، ج ۱۲: ۱۴۶؛ خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۴: ۴۶۹). به دلیل دوم نیز این اشکال وارد است که اجبار مادر به شیر دادن، عرفاً از مصادیق اضرار به وی نیست (حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ج ۲۲: ۲۹۶-۲۹۵)؛ اما در خصوص روایت منقری باید گفت که سند این روایت ضعیف است و شیخ صدوق در من لایحضره الفقیه نیز آن را به صورت مرسل ذکر کرده است؛ اگرچه عمل مشهور فقهاء به این روایت، ضعف آن را جبران کرده و ظاهر آیات ذکرشده نیز موید آن است (همان).

به هر حال فقهای شیعه به استناد ادله مذکور قائل به این هستند که اجبار مادر بر شیر دادن به فرزندش ممکن نیست و در نهایت به اقتضای جمع بین این دلایل و دلایلی توصیه بر امر شیردهی می‌باشد، شیر دادن مادر به فرزند را مستحب می‌دانند (حسینی ادیانی، ۱۳۹۵: ۱۱۶). در خصوص وجوب ارضاع با شیر لباء نیز میان فقها اختلافی است. لباء (به کسر لام) در اصطلاح فقهی به معنای نخستین شیری است که پس از ولادت در سینه مادر جمع می‌شود (مسجدسرای، ۱۳۹۳: ۵۱۱). در زبان فارسی به آن «آغوز» می‌گویند و در لغت این‌گونه معنا شده است: «شیر غلیظ گاو یا گوسفند که پس از زاییدن آن‌ها تا سه روز دوشیده می‌شود.» (عمید، ۱۳۹۲، ج ۱: ۵۱). در میان فقها، برخی معنای لباء را شیری دانسته‌اند که تا سه روز از سینه زن دوشیده می‌شود و برخی دیگر معنای آن را همان یکبار دوشیدن می‌دانند؛ لکن از ظاهر عبارات لغویون عرب‌زبان همان معنای دوم به دست می‌آید (جبعی‌العاملی، ۱۴۱۲، ج ۲: ۱۳۹؛ طباطبائی، ۱۴۱۸، ج ۱۲: ۱۴۶). در اصطلاح پزشکی، شیر مادر در هفت روز اول تولد نوزاد، آغوز نامیده شده و مایعی است زردرنگ و غلیظ که مقدار آن کم و بستگی به دفعات حاملگی مادر دارد (فیض، ۱۳۹۴: ۳۳۵).

در خصوص فواید بسیار آغوز گفته شده است: «آغوز یک غذای استثنایی و تکرار نشدنی برای آغاز زندگی کودک در دنیای خارج رحم است. این غذای استثنایی شیری است که در چند روز اول زندگی ترشح می‌شود و سرشار از انواع «آنتی‌کورها» و «ایمونوگلوبولین‌ها» لازم برای مبارزه موفق کودک با عوامل بیماری‌زای محیطی است و به عبارت دیگر آغوز سلاح لازم را برای کودک تازه متولدشده به همراه دارد تا او را در رویارویی با عوامل بیماری‌زای محیطی یاری کند.» (وزیری، ۱۳۸۴: ۱۵۵). همچنین گفته شده است: «مقدار پروتئین آغوز، زیاد و چربی آن کمتر از شیر هفته‌های بعد پستان مادر است. این ترکیب با احتیاج نوزاد در هفته اول تولد متناسب است. آغوز از نظر ویتامین «آ» که در چربی حل می‌شود و همچنین کاروتینوئید و ویتامین «ای» بسیار غنی است

و در حدود سه برابر مقداری است که در شیر هفته‌های بعد وجود دارد.» (فیض، ۱۳۹۴: ۳۳۵) از میان فقها، علامه حلی در قواعد و شهید در لمعه، قائل به وجوب ارضاع لباء شده‌اند (حلی، ۱۴۱۳ ج ۳: ۱۰۱؛ مکی‌العاملی، ۱۴۱۱: ۱۷۶). همچنین سید محمد بحر العلوم در کتاب بلغه‌الغیبه همین نظر را پذیرفته است (بحر العلوم، ۱۴۰۳، ج ۲: ۴۰) و از میان فقهای معاصر نیز مرحوم آیت‌الله خویی و مرحوم آیت‌الله تبریزی قائل به همین نظر شده‌اند (تبریزی، ۱۴۱۶، ج ۲: ۳۸۵). استدلال این دسته از فقها این است که حیات طفل موقوف به لباء است و غالباً طفل بدون آن زنده نمی‌ماند. همچنین در صورتی که طفل از لباء تغذیه نشود، دارای بنیه قوی و مناسبی نخواهد شد (جبعی‌العاملی، ۱۴۱۲، ج ۲: ۱۳۹)؛ اما مشهور فقها در این استدلال مناقشه کرده‌اند و وجوب ارضاع لباء به طفل را مغایر با اطلاق ادله مربوطه دانسته‌اند؛ چه اینکه در نصوص وارده فرقی میان لباء و غیر آن در خصوص عدم وجوب ارضاع توسط مادر نهاده نشده است. از طرفی استدلال به وقوف حیات طفل به لباء نیز رد شده است؛ چه اینکه ممکن است طفلی بدون اینکه از لباء تغذیه شود، زنده بماند (جبعی‌العاملی، بی تا، ج ۸: ۴۱۳؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱: ۲۷۳؛ محقق‌سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۲: ۲۸۹؛ بحرانی، بی تا، ج ۲۵: ۷۱؛ طباطبائی، ۱۴۱۸، ج ۱۲: ۱۴۶؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ج ۲۲: ۲۹۷).

۴-۳- بررسی حق و تکلیف شیردهی در فقه عامه و سایر کشورهای اسلامی

تقریباً در تمامی مذاهب اسلامی بر مادر واجب نیست تا به فرزند خود شیر دهد (حسینی‌ادیانی، ۱۳۹۵: ۱۱۵؛ واحدی، ۱۳۹۴: ۱۶۵). در این میان قول ابوحنیفه و شافعی مطلق است و تفاوتی میان زن شریفه و غیرشریفه و همچنین زن معسر و موسر نگذاشته‌اند (ابن ادریس، ۱۴۳۰، ج ۲: ۶۶۰)؛ اما مالک معتقد است که اگر زوجه شریف‌النسب و یا ثروتمند باشد، مرد نمی‌تواند وی را به شیر دادن مجبور نماید (حسینی‌ادیانی، ۱۳۹۵: ۱۱۵؛ واحدی، ۱۳۹۴: ۱۶۵؛ ابن ادریس، ۱۴۳۰، ج ۲: ۶۶۰). به‌رحال کلیه فقهای عامه اعتقاد دارند که اگر مرضعه‌ای غیر از مادر طفل برای وی پیدا نشود و یا اینکه طفل پدر نداشته باشد و یا پدر و طفل مالی برای دادن اجرت ارضاع نداشته باشند و یا طفل سینه کسی غیر از مادر خود را قبول نکند، شیر دادن به طفل بر مادر وی واجب می‌گردد (وزیری، ۱۳۸۴: ۱۶۱؛ گرجی و دیگران، ۱۳۹۲: ۴۴۶).

با مطالعه در نظام‌های حقوقی سایر کشورهای اسلامی این نتیجه به دست می‌آید که این کشورها تحت تأثیر مذاهب فقهی خود، در خصوص وجوب یا عدم وجوب شیر دادن به طفل، یکی از این دو رویکرد را مورد تبعیت قرار داده‌اند.

نظام حقوقی کشورهای کویت و یمن، در این خصوص رویکردی مشابه رویکرد نظام حقوقی ایران دارند. به موجب ماده ۱۸۶ قانون احوال شخصیه کویت مصوب ۱۹۸۴، تنها زمانی که تغذیه کودک به غیر شیر مادر ممکن نباشد، شیر دادن طفل را بر مادر واجب می کنند. در مادتين ۱۸۷ و ۱۸۸ قانون مزبور نیز مقرراتی در خصوص اجرت شیر دادن مادر ذکر شده است که حاکی از قبول نظریه عدم وجوب رضاع توسط این کشور است. کشور یمن نیز در ماده ۱۳۶ قانون احوال شخصیه خود که در سال ۱۹۹۲ به تصویب رسانده، از همین رویکرد تبعیت نموده است. با این تفاوت که این کشور در کتاب سوم از قانون مذکور، فصل مستقلی را به مسئله شیردهی اختصاص داده است. در نظام حقوقی مراکش (مغرب)، مقرره‌ای وجود ندارد که صراحتاً رضاع را از حضانت مستثنا نماید. باین حال شواهدی یافت می شود که حاکی از آن است که این کشور نیز شیر دادن به فرزند را بر مادر واجب نمی داند. مطابق ماده ۲۰۱ قانون خانواده مراکش مصوب ۲۰۱۰، اجرت شیر دادن به فرزند بر عهده کسی است که مکلف به پرداخت نفقه اوست. به علاوه در ماده ۱۶۷ قانون مزبور، اجرت رضاع از هزینه‌های مربوط به حضانت که ممکن است مادر مکلف به تأدیه آن‌ها باشد، استثناء شده است؛ بنابراین نتیجه گرفته می شود که نظام حقوقی مراکش نیز شیردهی به فرزند توسط مادر را تکلیف وی نمی داند؛ در غیر این صورت پرداخت اجرت شیردهی با وجوب آن منافات دارد. نظام حقوقی اردن، تکلیف مادر به شیردهی را به صورت مشروط پذیرفته است؛ اما شرایطی که قانون این کشور در این خصوص بر شمرده است، در واقع همان شرایطی است که با تحقق آن، کلیه فقهای مسلمان قائل به وجوب شیردهی شده‌اند؛ بنابراین به نظر می رسد که در نظام حقوقی اردن نیز اصل اولیه بر این قرار گرفته که مادر تکلیفی بر شیر دادن ندارد. به موجب ماده ۱۵۰ از قانون احوال شخصیه این کشور مصوب ۱۹۷۶، در صورتی که طفل یا پدر وی مالی نداشته باشد تا به واسطه آن مرضعه‌ای را اجاره نماید و زنی نیز یافت نشود که تبرعا طفل را شیر دهد یا در صورتی که پدر طفل، شخصی را برای شیر دادن پیدا نکند و یا طفل پستان شخصی غیر از مادرش را نپذیرد، تکلیف مادر نسبت به شیر دادن مستقر می شود. در ماده ۱۵۳ این قانون نیز حق تقدم مادر برای شیردهی به فرزندش به رسمیت شناخته شده است.

از جمله کشورهایی که صراحتاً حق کودک بر تغذیه با شیر مادر را به رسمیت شناخته و در اثر آن مادر را مکلف به شیر دادن به کودک نموده، کشور عراق است. ماده ۵۵ قانون احوال شخصیه عراق مصوب ۱۹۵۹، مادر را مکلف نموده تا به فرزند خود شیر دهد مگر در صورتی که مادر، مریضی داشته باشد که مانع شیردهی وی باشد.

نظام حقوقی تونس نیز حق کودک بر تغذیه با شیر مادر را به رسمیت شناخته است. ماده ۳۸ قانون احوال شخصیه تونس مصوب ۱۹۵۶، پدر طفل را در تنها در صورتی که مادر وی دارای عذری برای شیر دادن باشد مکلف نموده تا از باب نفقه، تغذیه طفل را ممکن سازد؛ بنابراین مطابق این قانون حکم اولی این است که بر مادر شیر دادن به کودک واجب است مگر آنکه دارای عذر باشد. البته مصادیق متعذر بودن مادر مشخص نشده است؛ لکن از آنجاکه اصل را بر تکلیف مادر قرار داده است، در تبیین موارد تعذر باید دقت نمود و از گسترش آن‌ها خودداری نمود. بدین ترتیب مواردی چون مرض مادر و یا مواردی را که شیر دادن منجر به انتقال بیماری به کودک می‌شود، می‌توان از معاذیر مادر دانست.

نظام‌های حقوقی بحرین، قطر و لیبی نیز با رویکردی متفاوت، مادر را مکلف به شیردهی نموده است؛ در قانون خانواده بحرین مصوب ۲۰۰۹، در میان مقررات مربوط به حضانت، ماده‌ای در خصوص وجوب شیردهی به کودک مشاهده نمی‌شود؛ لکن تکلیف زن در این خصوص، در ذیل حقوق زوجین و به‌طور خاص حقوق زوج مورد اشاره قرار گرفته است. به‌موجب بند ب ماده ۳۸ قانون مذکور، نگهداری فرزندان زوج و شیر دادن به آن‌ها مگر در مواردی که مانع شرعی وجود داشته باشد از جمله حقوق زوج در برابر زوجه است. به‌موجب ماده ۵۸ قانون خانواده قطر مصوب ۲۰۰۶ یکی از حقوق مربوط به زوجیت مرد، شیر دادن زن به فرزندان اوست، مگر در صورتی که زن دارای عذر شرعی باشد و مطابق ماده ۷۷ همین قانون، پدر طفل مکلف است در صورتی که مادر، متعذر از شیر دادن به طفل باشد، با رعایت قواعد مربوط به نفقه اولاد، شرایط شیر خوردن طفل را فراهم نماید. بند «د» ماده ۱۸ قانون احوال شخصیه لیبی مصوب ۱۹۸۴ نیز ارضاع اولاد زوج را از تکالیف زوجه دانسته است، مگر آنکه مانعی مربوط به سلامت وی وجود داشته باشد. به‌علاوه در ماده ۶۱ این قانون مقرر شده است که مادر کودک باید تا زمانی که در قید زوجیت پدر او است، بدون حق مطالبه اجرت، به فرزند خود شیر دهد؛ بنابراین به نظر می‌رسد در این کشورها، مسئله شیردهی قبل از آنکه حق کودک باشد، حق پدر اوست.

به‌طور کلی در نظام‌های حقوقی کشورهای اسلامی از دو نظریه وجوب شیردهی به کودک توسط مادر و عدم وجوب آن پیروی شده است (گرچی و دیگران، ۱۳۹۲: ۴۴۶). نظام‌های حقوقی‌ای که قائل به تکلیف مادر در خصوص شیردهی هستند، اصل را بر وجوب ارضاع گذاشته‌اند مگر آنکه موانع یا معاذیر شرعی و جسمی وجود داشته باشد. در مقابل کشورهایی که مادر را مکلف به شیردهی نمی‌دانند، اصل را بر عدم وجوب ارضاع قرار داده و استثنای این اصل را تنها در صورتی دانسته‌اند که تغذیه کودک با شیری غیر از شیر مادر ممکن نباشد. در میان کشورهایی نیز که از

نظریه وجوب ارضاع تبعیت نموده‌اند، می‌توان دو رویکرد را مشاهده نمود. برخی از این کشورها همچون عراق و تونس با رویکرد حمایت از حقوق کودک، مادر را مکلف به ارضاع نموده‌اند و در واقع حق کودک بر تغذیه با شیر مادر را به معنای واقعی خود پذیرفته‌اند. در مقابل، کشورهایی چون بحرین، قطر و لیبی مسئله شیردهی را از حقوق مشترک کودک و زوج دانسته‌اند. با این توضیح که تکلیف مادر در برابر کودک از لوازم مربوط به حضانت او بوده و تکلیف وی در برابر زوج از آثار مربوط به زوجیت آن‌هاست.

بحث و نتیجه‌گیری

در پژوهش حاضر حق بر شیردهی و تغذیه با شیر مادر در دو سطح روابط میان دولت و شهروند و حقوق و تکالیف فی‌مابین والد و طفل بررسی گردید. نظام حقوقی ایران نیز همسو با نظام بین‌الملل کلیه حمایت‌های مؤثر از این موضوع را به عمل آورده است. باین حال نحوه تعامل دولت با مسئله شیردهی جنبه حمایتی دارد و فاقد جنبه تکلیفی برای مادران است.

در نظام حقوق خانواده ایران، حضانت ماهیتی عرفی دارد و مصادیق نگهداری کودک را عرف معین می‌کند نه قانون و انجام هر عملی که عقلاً و عرفاً برای کودک لازم باشد، تکلیف والدین است. از جمله این تکالیف مسئله شیر دادن مادر به کودک است؛ زیرا مزایای تغذیه کودک با شیر مادر، امری است که از نظر علمی کاملاً ثابت شده است. باین حال قانون‌گذار در خصوص حضانت، تنها در یک مورد دخل و تصرف کرده و آن نیز همین مسئله شیردهی بوده است. لذا در بادی امر به نظر می‌رسد که دخل و تصرف مقنن در موضوع به این مهمی، حداقل از نظر حقوق بشری محل انتقاد باشد.

با مطالعه اسناد بین‌المللی حقوق بشر و آرای حقوقدانان این حوزه، این نتیجه به دست می‌آید که در تعارض و کشاکش حق مادر و کودک در مسئله شیردهی، به آزادی و انتخاب عمل مادر اهمیت داده شده است؛ چراکه شیردهی امری است که احتمالاً مبادرت به آن، منافی آزادی‌های زن باشد. همچنین اگر مادر بخواهد به این امر اقدام کند، هیچ شخص یا اشخاصی از جمله پدر کودک یا دولت نمی‌توانند مانع از آن بشوند. لذا مادر تکلیف به شیر دادن ندارد، ولی حق این کار را دارد. اثر نفی چنین تکلیفی از عهده مادر، این است که در این رابطه متقابل، آزادی‌های مادر به‌عنوان حقی بنیادین بر حقوق عادی کودک تقدم دارد، مگر آنکه عناوین ثانویه از جمله لاضرر لزوم حفظ حیات کودک را از طریق شیردهی ایجاب نماید. نظام حقوقی ایران دقیقاً همین نظر را در ماده ۱۱۷۶ قانون مدنی و به تبعیت از آرای فقهای امامیه قبول کرده است. ضمن اینکه با

مطالعه تطبیقی قوانین سایر کشورهای اسلامی در این حوزه، می‌توان به این نتیجه کلی نائل شد که رویکرد کلی حقوق اسلامی، موافق با موازین حقوق بشری در این خصوص می‌باشد؛ لکن در پاره‌ای از کشورهای اسلامی با اجبار مادر به شیردهی فرزند خود از زاویه روابط میان زوجین، حقی برای زوج در شیردهی به فرزندش شناسایی کرده‌اند و برخی نیز حق کودک بر تغذیه با شیر مادر خود را بر حقوق و آزادی‌های بنیادین مادر مقدم داشته‌اند که به نظر می‌رسد برخلاف نظام حقوق بشری، چنین حقی را برای طفل، از جمله حقوق اساسی تلقی کرده‌اند.

منابع

- ◀ ابن ادریس، محمد بن احمد، (۱۴۳۰ ق). کتاب السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، قم: موسسه النشر الاسلامی.
- ◀ انصاری شیرازی، قدرت‌الله، (۱۴۲۹ ق). موسوعه احکام الاطفال و ادلتها، ج ۱، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
- ◀ باودن، جانی و آیسون تانیس، (۱۳۹۳). سالم‌ترین و بهترین غذاهای دوران بارداری، ترجمه: محمود ثابت‌نژاد، تهران: یاس بهشت.
- ◀ بحر العلوم، السید محمد، (۱۴۰۳ ق). بلغه الفقیه، ج ۲، تهران: مکتبه الصادق.
- ◀ بحرانی، یوسف، الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، ج ۲۵، قم: موسسه النشر الاسلامی، (بی‌تا).
- ◀ تبریزی، میرزا جواد، (۱۴۱۶ ق). صراط النجاه، ج ۲، قم: سلمان فارسی.
- ◀ تقوی اردکانی، عباس و ناهید عزالدین زنجانی، (۱۳۹۴). «فواید تغذیه انحصاری با شیر مادر در شش ماه اول زندگی»، شیر مادر، ش ۶۳ و ۶۴.
- ◀ جبعی‌العاملی، (شهید ثانی). زین‌الدین بن علی، (۱۴۱۳ ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، ج ۸، قم: موسسه المعارف الاسلامیه.
- ◀ جبعی‌العاملی، (شهید ثانی). زین‌الدین بن علی، (۱۴۱۲ ق). الروضه البیبه فی شرح للمعه‌الدمشقیه، ج ۲، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- ◀ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۴). ترمینولوژی حقوق، چاپ ۲۷، تهران: گنج دانش.
- ◀ حائری شهاب‌بخ، سید علی، (۱۳۷۶). شرح قانون مدنی، ج ۲، چاپ ۱، تهران: گنج دانش.
- ◀ حر عاملی، محمد بن حسن، (بی‌تا). وسائل‌الشیعه الی تحصیل مسائل‌الشریعه، ج ۲۱، قم: موسسه آل‌البیت علیهم‌السلام.
- ◀ حسینی‌ادیانی، سید ابوالحسن، (۱۳۹۵). فقه مقارن (۲): ازدواج و طلاق، چاپ ۱، تهران: دانشگاه الزهراء، (س).
- ◀ حسینی‌الروحانی، السید محمدصادق، (۱۴۱۲ ق). فقه‌الصادق، ج ۲۲، چاپ ۳، قم: مدرسه‌الامام‌الصادق علیه‌السلام.

- ◀ حکمت‌نیا، محمود، (۱۳۹۰). حقوق زن و خانواده، چاپ ۱، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- ◀ حلی، (علامه)، حسن بن یوسف، (۱۴۱۳ ق). قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، ج ۳، قم: موسسه النشر الاسلامی.
- ◀ حلی، (علامه). حسن بن یوسف، (۱۴۱۳ ق). مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، ج ۷، قم، موسسه النشر الاسلامی.
- ◀ حیاتی، علی عباس، (۱۳۹۳). حقوق خانواده، تهران: میزان.
- ◀ خوانساری، السید احمد، (۱۳۵۵). جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، ج ۴، تهران، مکتبه الصادق.
- ◀ دزی‌صفت، نفیسه، (۱۳۸۶). راهنمای گام به گام رابطه مادر و کودک، تهران: حافظ نوین.
- ◀ زرنشان، شهرام و احمد رضوانی مفرد، (۱۳۹۶). «حمایت از حق تغذیه کودک با شیر مادر در اسلام و نظام بین‌المللی حقوق بشر»، مطالعات حقوق تطبیقی، د ۸، ش ۲.
- ◀ سمرقندی، علاء‌الدین محمد، (۱۴۱۴ ق). تحفه الفقهاء، ج ۲، بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ◀ سیفی، آناهیتا و نجمه رزمخواه، (۱۴۰۰). «حق بهره‌مندی از شیر مادر در اردوگاه پناهندگان در پرتو نظام بین‌المللی حقوق بشر»، د ۲۴، ش ۹۳.
- ◀ صفایی، سید حسین و اسدالله امامی، (۱۳۹۳). حقوق خانواده، ج ۲، تهران: موسسه انتشارات دانشگاه تهران.
- ◀ طباطبائی، السید علی بن السید محمدعلی، (۱۴۱۸ ق). ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، ج ۱۲، قم: موسسه آل‌البتیت علیهم‌السلام.
- ◀ عمید، حسن، (۱۳۹۲). فرهنگ فارسی عمید، ج اول، تهران: موسسه انتشارات امیرکبیر.
- ◀ غلامعلی، علی، (۱۳۹۹). «حق بر تغذیه با شیر مادر در پرتو مبانی حقوق بشر اسلامی»، حقوق پزشکی، ویژه‌نامه حقوق بشر و حقوق شهروندی، پیاپی ۵۲.
- ◀ فیض، جواد، (۱۳۹۴). من و کودک من، چاپ ۴۹، تهران: موسسه انتشارات امیرکبیر.
- ◀ کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۲). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران: میزان.
- ◀ کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۳). حقوق مدنی خانواده، ج ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ◀ گرجی، ابوالقاسم و دیگران، (۱۳۹۲). بررسی تطبیقی حقوق خانواده، تهران: موسسه انتشارات دانشگاه تهران.
- ◀ محقق‌السبزواری، محمدباقر بن محمد مومن، (۱۴۲۳ ق). کفایه الاحکام، ج ۲، قم: موسسه النشر الاسلامی.
- ◀ مختاریان، طاهره، داریوش فرهود، مریم مالمیر و طیبه مختاریان، (۱۳۹۶). «ضرورت اخلاقی تغذیه با شیر مادر و پایبندی به حقوق نوزادان»، اخلاق و در علوم و فناوری، س ۱۲، ش ۱.
- ◀ مسجدسرای، حمید، (۱۳۹۳). ترمینولوژی فقه، تهران: انتشارات روایت نو.
- ◀ مصطفوی، السید محمد کاظم، (۱۴۳۶ ق). القواعد، قم: موسسه النشر الاسلامی.

- ◀ مکی‌العاملی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین، (۱۴۱۱ ق). *اللمعه‌الدمشقیه*، قم: دارالفکر.
- ◀ موسوی‌الخیمینی، السید روح‌الله، (۱۴۳۴ ق). *تحریر‌الوسیله*، ج ۲، قم، موسسه‌النشرالاسلامی.
- ◀ نجفی، محمدحسن، (۱۴۰۴ ق). *جواهرالکلام فی شرح شرایع‌الاسلام*، ج ۳۱، بیروت: دار احیاء‌التراث‌العربی.
- ◀ نظری توکلی، سعید، (۱۳۹۱). *حضان‌ت کودکان در فقه اسلامی*، تهران، سمت.
- ◀ واحدی، سید محمدرضا، (۱۳۹۴). *نکاح و طلاق در مذاهب پنج‌گانه اسلامی*، تهران: خرسندی.
- ◀ وزیری، مجید، (۱۳۸۴). *حقوق متقابل کودک و ولی در اسلام و موارد تطبیقی آن*، تهران: شرکت چاپ و نشر بین‌الملل.
- ◀ هدایت‌نیا، فرج‌الله، (۱۳۹۲). *عناوین ثانوی و حقوق خانواده*، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- Kent, G. (2001), *Breastfeeding: A Human Rights Issue? Development*, Vol. 44, No. 2.
- Kent, G. (2002), *Human Rights and Infant Nutrition*, WABA Global Forum II 23-27, Tanzania. (Penang, Malaysia: World Alliance for Breastfeeding Action, 2004).
- Kent, G. (2006), *Child Feeding and Human Rights*, *International Breastfeeding Journal*.
- Latham, M.C. (1997), *Breastfeeding A Human Right Issue? The International Journal of Children's Rights*, Vol. 5, No. 4.

ارزیابی انگاره‌ی تزامم قوامیت مرد با کرامت اخلاقی زن

محمد مهدی ولی‌زاده*

چکیده

آیه ۳۴ سوره نساء از آیات چالشی قرآن کریم در حوزه‌ی زنان به شمار می‌رود که خوانش‌های متفاوت و گاه متناقضی از آن توسط مفسران، فقیهان و محققان اسلامی ارائه شده و طرح موضوع قوامیت مرد بر زن در آن، زمینه را برای ورود شبیهات اسلام‌ستیزانه یا تفاسیر زن‌گرایانه از قرآن فراهم کرده است. پژوهش حاضر با توجه به خلأ جدی در حوزه پژوهش میان‌رشته‌ای قرآن و اخلاق، در صدد پاسخ به پرسش «انگاره‌ی تزامم قوامیت مرد بر زن با کرامت اخلاقی زن و چگونگی حل آن» با روش تحلیلی - انتقادی بوده است. در این راستا ضمن تبیین انگاره تزامم قوامیت با اصل کرامت در ریشه‌یابی انگاره تزامم دو ریشه مهم شامل انگاره نادرست از قوامیت و انگاره نادرست از کرامت شناسایی شد. این تحقیق با ارائه معنای منتخب از قوامیت و بازتعریف کرامت در ادبیات اسلامی، نشان می‌دهد منافاتی میان قوامیت و اصول اخلاقی وجود ندارد و روح قوامیت منجر به تکریم زن و توازن جایگاه او نسبت به مرد می‌شود و اصل قوامیت، بر مصالح واقعی اخلاقی استوار است.

واژگان کلیدی

اخلاق اسلامی، تزامم اخلاقی، کرامت زن، فمینیسم، قوامیت، اخلاق قرآنی

*دانشجوی دکتری اخلاق اسلامی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران و دانش پژوه سطح چهار، حوزه علمیه قم، قم، ایران (valizadeh.maaref@gmail.com - m_valizadeh@sbu.ac.ir)

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۰/۲۷ تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۲۴

۱- مقدمه و بیان مسئله

موضوع حقوق زن به‌عنوان یکی از چالشی‌ترین مباحث اجتماعی و اخلاقی در جوامع اسلامی مطرح بوده و هریک از مکاتب مختلف فکری از زاویه نگرش خاص خود، بدین موضوع پرداخته‌اند. در این میان، برخی از محققان و نواندیشان با انتقاد از سنت فکری و عملی موجود در این حوزه، با طرح نظرات نوین، خواستار اصلاحات اساسی هستند. با ورود نگرش‌های فمینیستی پرسش‌های جدی و اساسی در حوزه‌های مختلف فلسفی، اخلاقی، فقهی، دینی و اجتماعی مطرح و تحولات فرهنگی ایجاد شده است. هم‌چنین حرکت‌های دفاع از حقوق زن مسلمان، تحت تأثیر جنبش فمینیسم غربی در جهان اسلام، به شکل‌گیری، قرائت زن‌گرایانه از قرآن و چالش تفسیرهای سنتی و عرفی از وضعیت زنان شده است تا آنجا که عده‌ای از افراد برخی از آیات قرآن را برتری ارزشی مردان بر زنان تفسیر نموده و علیه قرآن شبهه ایجاد کردند. آیه ۳۴ سوره نساء از آیات چالشی قرآن کریم در حوزه زنان به شمار می‌رود که همواره مورد بحث و مناقشه مفسران، فقیهان و محققان اسلامی بوده و خوانش‌ها و تحلیل‌های متفاوت و متناقضی از آن ارائه شده که برخی از آن‌ها نادرست و محل نقد نویسندگان است. این آیه به موضوعاتی از قبیل قوامیت مرد بر زن، برتری مرد بر زن، نفقه، نشوز زن و ضرب او اشاره کرده است و هر یک از این موضوعات به‌صورت تلفیقی یا منفرد مورد بحث و بررسی قرار گرفته‌اند.

از میان موضوعات فوق، مسئله قوامیت از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است و مورد توجه بسیاری از قرآن‌پژوهان مسلمان و غیرمسلمان واقع شده است. اسلام همواره به تکریم شخصیت انسان‌ها تأکید ورزیده و اهانت، تحقیر و خشونت در منطق الهی مطرود شمرده شده است، بلکه یکی از رموز اساسی ماندگاری دین اسلام، اخلاقی بودن آموزه‌های آن است.

تأملات دینی در ارتباط با جایگاه و هویت زن در اسلام نیز از هم‌شارع برای متعالی کردن زن حکایت دارد. با این استدلال که اگر زن، متعالی شود، جامعه را متعالی خواهد کرد. چنانچه در آیه قوامیت مرد نیز رشد زن ملحوظ شده، زیرا بلافاصله بعد از طرح قوامیت مرد در قرآن به ویژگی‌های صالحات، قناتات و حافظات در زن اشاره شده است (رحیمی سجاسی و همکاران، ۱۴۰۱: ۸). با این حال در برخی موضوعات، ناسازگاری‌های ظاهری که گاهی پررنگ می‌نماید، زمینه‌ی انتقادات و شبهاتی علیه آموزه‌های اسلامی شده است.

برخی از مفسران نظریه‌ی فمینیسم می‌کوشند پیش‌فرض‌ها، اندیشه‌ها و قرائت‌های خود را که برگرفته از اصول فمینیسم و فرهنگ غرب است، بر قرآن کریم و قرائت اسلام تحمیل کنند. آن‌ها می‌کوشند حقوق زن در اسلام را به چالش کشیده و اذعان نمایند که زنان در جایگاه فرودستی نسبت به مردان قرار گرفته‌اند. مسئله قوامیت همواره مورد هجمه کسانی است که جایگاه و نقش زن و مرد را در نظام آفرینش لحاظ نکرده و با گرایش‌های فمینیستی و مبتنی بر مبانی حقوقی غرب، آموزه‌های قرآنی را متهم به متأثر بودن از عرف و فرهنگ عصر نزول، مردسالاری و فرو کاستن از جایگاه زنان کردند (ر.ک: شبستری، ۱۳۸۱: ۱۹؛ شبستری، ۱۳۷۹: ۲۱۸؛ سروش، ۱۳۷۸: ۳۴؛ ملکیان، ۱۳۷۹: ۳۳).

بدون تردید فهم اصیل معارف دین و تصحیح فکر دینی مستلزم نگاه دقیق و همه‌بعدی به این مسئله است اما با این حال، نگاه اخلاقی به موضوع قوامیت، علی‌رغم اهمیت آن، دچار خلأهای جدی است و در میان متفکران مسلمان کمتر بدان توجه شده و زمینه را برای ورود شبهاتی از جنس تفکر فمینیستی فراهم کرده که موجب اسلام‌هراسی یا دسته کم سردرگمی شده است. هرچند نگاه سطحی به آیه ۳۴ سوره نساء، احتمال قضاوت منفی و حکم غیرواقع‌بینانه، طرفدارانه و صرفاً تبعیدی مضمون آیه را تقویت می‌کند، ولی قوامیت مرد باید بر اصول اخلاقی بنا گردد و با نگاه اخلاق عقلی و نقلی^۱ نیز به آن نگریسته شود. پژوهش حاضر می‌کوشد تا فارغ از برداشت‌های مفسران و فقهای سنتی و جدید، با تجزیه ابعاد این تراحم و ریشه‌یابی آن، از مفهوم قوامیت و اصول اخلاقی ابهام‌زدایی کرده و با رویکرد اخلاق دینی، چالش‌ها و خلأهای موجود در مسئله را حل کند.

۲- پیشینه‌ی پژوهش

در دهه اخیر، پژوهش‌های ارزنده بسیاری با محوریت آیه ۳۴ سوره نساء و تأکید بر زوایای گوناگون قوامیت مرد بر زن انجام گرفته است. این تحقیقات معمولاً به ابعاد تفسیری، روایی، فقهی و حقوقی آن پرداخته و در این راستا، به پرسش‌هایی درباره ماهیت و قلمرو و علت و آثار قوامیت، معنای تفضیل و وجه آن، نشوز و جواز تنبیه بدنی زنان پاسخ داده و نقدهایی را بر دیدگاه مفسران و فقیهان وارد کرده‌اند. بررسی پیشینه تحقیق نشان می‌دهد که اغلب این پژوهش‌ها، رویکرد اخلاقی به مسئله نداشته و فقط دو مورد پژوهش مرتبط با این رویکرد انجام شده است. هاشمی

۱. اخلاق عقلی، رویکرد مبتنی بر مبانی فلسفی به حوزه اخلاق است که با تکیه بر منبع عقل و استفاده از استدلال عقلی، درصدد تبیین احکام و آموزه‌های اخلاقی است. اخلاق نقلی، رویکرد اخلاقی مبتنی بر اصول اندیشه اسلامی است که تنها با تکیه بر منبع نقل یعنی قرآن و سنت و استفاده از روش تحقیق نقلی، درصدد کشف و اثبات احکام و آموزه‌های اخلاقی است.

علی‌آبادی (۱۳۹۴) در مقاله «بررسی شبهه اخلاقی سلب کرامت زنان در صدر آیه ۳۴ سوره نساء» و امام‌جمعه و دیگران (۱۴۰۰) در مقاله «بررسی آموزشی-تربیتی موضوع قوامیت مردان بر زنان در پرتو آموزه‌های قرآن کریم» تا حدودی از منظر اخلاقی به مسئله قوامیت پرداخته‌اند، ولی هم‌چنان دچار کاستی‌هایی هستند؛ اولاً بخش عمده‌ای از این تحقیقات را به نقل و دسته‌بندی و بررسی دیدگاه‌های مفسران و فقها اختصاص یافته است، ثانیاً: چالش‌ها و اصول اخلاقی در این مسئله مورد توجه جدی نبوده و از منابع دانش اخلاق استفاده نشده است، لذا پژوهش پیش‌رو با رویکرد دینی- اخلاقی تلاش می‌کند تا به ارزیابی انگاره تراحم قوامیت مرد با کرامت اخلاقی زن بپردازد و از آموزه‌های دینی و اخلاقی توأمان و به‌طور نظام‌مند استفاده نماید.

۳- تبیین تراحم قوامیت با کرامت

خداوند در آیه شریفه ۳۴ سوره نساء می‌فرماید: «الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض و بما انفقوا من اموالهم... مردان، سرپرست و نگهدار زنانند، به خاطر برتری‌هایی که خداوند برای بعضی نسبت به بعضی دیگر قرار داده است و به خاطر هزینه‌هایی که از اموالشان (در مورد زنان) می‌کنند».

در نگاه اولی به مضمون این آیه، ممکن است چنین دریافت شود که قوامیت قرآنی از لحاظ رویه نظری و عملی، با اصول اخلاقی در تراحم است و تحقق قوامیت در محیط خانواده یا جامعه، با اخلاقی که اسلام مدعی آن است، ناهمخوان و ناسازگار است. یکی از موارد تراحم انگاری قوامیت با اخلاق، در اصل کرامت است؛ ممکن است از این آیه برداشت شود که قوامیت موجب سلب کرامت و تضعیف شخصیت زنان می‌شود و این آیه بر نقصان جوهری و کمبود عقل زن دلالت می‌کند. قوامیت به معنای برتری مرد بر زن، احساس تسلط مطلق مرد بر زن را به وجود می‌آورد و موجب تقویت این باور غلط می‌شود که زن موجودی ناقص و طفیلی و با انسانیتی ناتمام است. همین مسئله زمینه پیدایش بی‌احترامی به او را فراهم می‌کند.^۱

قوامیت، موجب ایجاد فرهنگ مردسالارانه در جامعه و تحقیر زنان می‌شود زیرا فعالیت آنان را به فرزند پروری و خانه‌داری محدود نموده و نوعی ابزار انگاری زن تلقی می‌گردد. در این نوع تفسیر زنان همواره از شأن و حقوق خود دور مانده‌اند و حتی منزلت انسانی و جایگاه اجتماعی آن‌ها مورد تردید قرار گرفته است، به طوری که از نظر فمینیسم، علت تفاوت زن و مرد در حقوق و وظایف، نگاه تحقیرآمیزی است که در اسلام نسبت به زن وجود دارد (بهشتی و احمدی نیا، ۱۳۸۵:

۷۳). هم‌چنین از این آیه شریفه می‌توان برداشت نمود که خداوند، مردان را بر زنان برتری داده و مردسالاری را تأسیس یا حداقل امضا کرده است، به‌طوری‌که حقوق زنان نادیده گرفته‌شده و در حق آنان ظلم شده است. بر اساس این دیدگاه، اصل قوامیت، خواسته یا ناخواسته به اجحاف مادی یا معنوی، تبعیض، سخت‌گیری، عدم احترام و تعدی به حقوق زنان از جمله حق آزادی و مالکیت و به انقیاد و بند کشیده شدن آن‌ها منجر می‌شود. مطابق منطق قوامیت، زن نمی‌تواند مدیریت اجتماعی را بر عهده بگیرد یا اشتغال داشته باشد و استقلال زن در حفظ حقوق فردی و اجتماعی سلب می‌شود. منطق قوامیت، مردسالاری، تبعیض و شکاف جنسیتی را تشدید می‌کند و مانع مشارکت سیاسی زنان می‌شود (محمدی اصل، ۱۳۸۳: ۱۳۰-۹۳).

۴- حل انگاره‌ی تزاحم

پس از تبیین تزاحم می‌بایست سؤال نمود که آیا تشریح قوامیت مردان بدون نظر داشت اصول اخلاقی صورت گرفته و واقعاً در تزاحم با آن‌هاست؟ چگونه می‌توان قوامیت را بر اساس مصالح و ارزش‌های اخلاق، توجیه نمود؟ این انگاره‌ی تزاحم موجب شده برخی به قرآن ستیزی و انکار احکام دینی روی آورند یا عده‌ای به تفسیر زن‌گرایانه و فمینیستی قرآن بپردازند^۱ یا برخی با نگاهی جانب‌دارانه به مواضع شرع و یا این فرض که ریاست مرد نوعی سلطه و امتیاز است، دست به توجیهاتی بزنند از جمله اینکه: این آیه شریفه محدود به زمان خاص و محیط حجاز و عربستان بوده است و احکام آن در همه‌ی زمان‌ها و مکان‌ها جاری نمی‌شود یا اینکه مربوط به عرفی است که احکام آیه، اهانت به زن و عدول از عدالت تلقی نشود و زنی هم که مورد تنبیه قرار می‌گرفت، احساس نمی‌کرد که مورد تحقیر قرار گرفته و بر او ظلمی رفته است (سلطان احمدی و دیگران، ۱۳۹۷: ۷۰). یا اینکه دین به دنبال تغییر و از بین بردن تمام عرف‌ها و سنت‌های حجاز نیست (فاضل میبیدی، ۱۳۹۴: ۱۲۹)؛ قرآن در مقام اصلاح تدریجی باور و رفتار مردمی بوده که عصر جاهلی را درک کرده بودند یعنی منظور از مفاهیم قوامیت یا ضرب زنان، محدود کردن فرهنگ جاهلی بوده نه ترویج آن (Al- Hibri, 1997: 25; Al- Hibri, 2003: 207-208).

به باور نویسنده، تزاحم موجود میان فقه و اخلاق یا قرآن و اخلاق در این مسئله، انگاره‌ای^۲ ناشی از بدفهمی مسئله است که با تجزیه اطراف تزاحم، پذیرفتنی می‌شود. مهم‌ترین و دشوارترین

۱. از چهره‌های عرصه فمینیسم اسلامی می‌توان به قاسم امین؛ فاطمه مرئسی؛ عزیزه جبری؛ رفعت حسان؛ اسماء بارلاس؛ لیلا احمد؛ امینه ودود؛ مارگوت بدران؛ روت راد اشاره کرد.

۲. تصویرها و نقاشی‌های بیش‌وکم پایدار ذهنی که از خود، دیگران و محیط خویش داریم، «انگاره» نامیده می‌شوند. انگاره‌ها رفتار ما با خود و دیگران را شکل می‌دهند. انگاره‌ها هرچند به صورت‌های خیالی و غیرواقعی اند، اما منشأ فخرها، ننگ‌ها، صلح‌ها، جنگ‌ها، پرخاش‌ها، لطف‌ها و قهرها هستند.

بُعد مدیریت بر خود، مدیریت انگاره‌های خویش است، زیرا پنهان و قدرتمند هستند. انگاره در احساسات و عواطف، دآوری‌ها و باورها، تفسیرها، رفتار ارتباطی، انتخاب و تصمیم تأثیر دارد (فرامرز قراملکی و ناسخیان، ۱۳۹۵: ۶۴ و ۶۵) و نخستین گام در رشد اخلاقی، سنجش انگاره‌ها و اصلاح آن‌هاست (همان: ۲۰۴). در ادامه به دو ریشه اصلی انگاره‌ی تراحم پرداخته و بازخوانی می‌شوند.

۴-۱- انگاره نادرست از قوامیت

یکی از ریشه‌های مهم انگاره‌ی تراحم، انگاره غلط از مفهوم قوامیت است. درک مثبت از قوامیت کمک شایانی به رشد اخلاق می‌کند، اما برخی افراد تصویر درستی از قوامیت در ذهن خود ندارند و آن را پدیده‌ای مانند تملک، سلطه، استبداد و تصمیم قهرآمیز می‌انگارند. از این رو، به شبهه افکنی علیه اسلام و قرآن می‌پردازند یا در هنگام عمل به حرکات مستبدانه و ضداخلاقی علیه زنان رو می‌آورند. به‌طور کلی بسیاری از افراد و گروه‌ها به‌واسطه ناآگاهی نسبت به حقایق و برمبنای تصور نادرست از واقعیات، تصمیمات نادرستی اتخاذ می‌کنند و دست به اقداماتی می‌زنند که اگر تصویر درستی از آن حقایق داشتند، به گونه دیگری عمل می‌کردند (قانع، ۱۳۹۳: ۱۵۷).

برای نمونه، برخی اصطلاح قوامیت را در این آیه به ولایت یا مالکیت تعبیر کرده‌اند و نتیجه گرفته‌اند که مرد باید بر تمام شئون همسر خویش مانند کرامت و آزادی او تصرف داشته باشد و باید بر او مسلط باشد (شعبانپور و دیگران، ۱۳۹۸: ۴۹). درحالی که این استنتاج غلط، برخاسته از خلط و فهم نادرست از معنای قوامیت است.

به‌طور کلی احتمالات متعددی در تفسیر قوامیت وجود دارد از جمله: ۱- ولایت مطلق یا اجمالی^۱ ۲- ریاست، فرمانروایی و حاکمیت بر رعیت ۳- استبداد، زورگویی، قساوت، خودکامگی، سالارگری و تحکم ۴- مالکیت و سیطره ۵- قیومیت و سرپرستی ۶- مسئولیت و مدیریت ۷- خدمتگزاری و کارگزاری ۸- برتری، والاتری و فرادستی.

به نظر می‌رسد بسیاری از برداشت‌های مفسران^۲ قبل از اینکه منتسب به آموزه‌های قرآن باشد، برخاسته از ذهن نویسندگانی است که متأثر از عرف و فرهنگ مردسالاری و نگاه کمینه‌انگاری نسبت به زن است، که مناسبات و شرایط اجتماعی و ذهنیت فرهنگی و تاریخی را مدنظر قرار

۱. به معنای مصطلح فقهی (صاحب‌اختیار و اذن بودن و حافظ مصالح بودن) منظور است نه به معنای لغوی سرپرستی.
۲. رک: مقاتل بن سلیمان، ۱۴۲۳ ق، ج ۱: ۳۷۰؛ طبری، ۱۴۱۲ ق، ج ۵: ۳۷؛ طوسی، بی‌تا ج ۳: ۱۸۹؛ طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۳: ۶۸؛ زمخشری، ۱۴۰۷ ق، ج ۱: ۵۰۵؛ طبرسی، ۱۴۱۲ ق، ج ۱: ۲۵۳؛ بیضاوی، ۱۴۱۸ ق، ج ۲: ۷۲؛ فخررازی، ۱۴۲۰ ق، ج ۱: ۷۰؛ قرطبی، ۱۳۶۴، ج ۵: ۱۶۸ و ۱۶۹؛ محلی، ۱۴۱۶ ق: ۸۷؛ ابو السعود، ۱۹۸۳ م، ج ۲: ۱۷۳؛ فیض کاشانی، ۱۴۱۵ ق، ج ۱: ۴۸؛ قمی مشهدی، ۱۳۶۸، ج ۳: ۳۹۶؛ آلوسی، ۱۴۱۵ ق، ج ۳: ۲۳؛ ابن عاشور، ۱۴۲۰ ق، ج ۴: ۱۱۳؛ بلاغی، ۱۴۲۰ ق، ج ۲: ۱۰۴.

می‌دهند. برخی مفسران نیز با توجه به روایات اسباب نزول، معنای تأدیب و تسلط بر زن را اختیار کرده‌اند درحالی که نمی‌توان به این روایات اعتماد کرد، زیرا سند معتبری ندارند.^۱ این بدفهمی به برخی دانشمندان اخلاق نیز سرایت کرده و ظاهراً به فرودستی زنان گرایش یافته‌اند به‌طوری که به وظایف اخلاقی زن در اطاعت از شوهر بیشتر اهمیت داده‌اند (طوسی، ۱۴۱۳: ۱۸۰-۱۷۶؛ غزالی، بی‌تا، ج ۴: ۱۶۱-۱۴۶؛ فیض کاشانی، ۱۴۱۷، ج ۳: ۱۳۷-۱۰۷).

برای معناشناسی دقیق این واژه باید موضوع له و موارد استعمال آن را با محوریت منابع اصلی و معتبر لغت عرب بررسی کرد و برداشت‌ها و اجتهادات شخصی مفسران و فقهای متأخر در این زمینه ملاک نخواهد بود. قوام از ریشه (ق و م) و صیغه مبالغه از قائم است و گاهی با حروف جر استعمال می‌شود.

قدمای اهل لغت، واژه قائم و قوام را به معنای مواظب، حافظ و مصلح (ازهری، ۱۴۲۱، ج ۹: ۲۶۸؛ فراهیدی، ۱۴۰۹، ج ۵: ۲۳۳؛ ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۲: ۴۹۷)، قیم القوم را به معنای الذی یسوس امرهم و یقوهم (ازهری، ۱۴۲۱، ج ۹: ۲۶۷؛ صاحب بن عباد، ۱۴۱۴، ج ۶: ۵۸؛ فراهیدی، ۱۴۰۹، ج ۵: ۲۳۲)، قام أهله را به معنای قام بشأنهم (صاحب بن عباد، ۱۴۱۴، ج ۶: ۵۹؛ جوهری، ۱۳۷۶، ج ۵: ۲۰۱۷ و ۲۰۱۸؛ ابن سیده، ۱۴۲۱، ج ۶: ۵۹۲) و عبارت قام علی المرأة را به معنای صانها (ابن سیده، ۱۴۲۱، ج ۶: ۵۹۲) و مانها (فیروزآبادی، ۱۴۱۵، ج ۴: ۱۳۸) دانسته‌اند. نیز راغب گفته است: قوام با حرف علی به معنای قیام بالاختیار به کار می‌رود (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۶۹۰). برخی محققان معاصر هم با واکاوی موارد متعدد استعمال «قام علی» به این نتیجه دست یافته‌اند که معنای مشترک آن سرپرستی و عهده‌دار بودن امور است (جزایری و دهقان، ۱۳۹۲: ۱۵-۱۲).

ماده قیام چه در حالت مصدری و چه در صیغه مبالغه، چه با حروف جر و چه بدون آن، به معنای ولایت و ریاست و سلطه و استبداد و تحکم به کار نرفته و نمی‌رود بنابراین احتمالات یک تا چهار منتفی می‌شود. «الرجال قوامون علی النساء» به این معنا نیست که زن اسیر مرد یا مملوک اوست و مرد می‌تواند به‌دلخواه خود عمل کند. به تعبیر علامه طباطبایی (ره)، معنای قوامیت مرد این نیست که استقلال زن را در حفظ حقوق فردی و اجتماعی و دفاع از منافعش سلب کند (طباطبائی، ۱۴۳۰، ج ۴: ۳۴۴). از طرف دیگر به نظر می‌رسد حرف «علی» پس از قوامون، برای رساندن معنای علو و تفوق آمده است و فراز «بما فضل الله بعضهم علی بعض» نیز این را تأیید می‌کند بنابراین، احتمال هفتم هم صحیح نیست.

۱. برای نمونه رک: ابن اشعث، بی‌تا: ۱۰۷؛ مغربی، ۱۳۸۵، ج ۲: ۲۱۷؛ صدوق، ۱۳۷۶: ۱۹۳.

از سخنان اهل لغت می‌توان دریافت که قوامیت به معنای عهده‌دار شدن کار است و این مترادف با تکفل و سرپرستی خواهد بود. سرپرستی نیز طبعاً با نوعی مدیریت و تدبیر، سازگاری دارد و لازمه‌ی آن مسئولیت و پاسخگو بودن است (ر.ک: عظیم زاده اردبیلی، ۱۳۸۷: ۶۹ و ۷۰). از نظر جوادی آملی: «قوام کسی است که در رسیدگی به امور دیگران، به‌تنهایی و بدون تکیه‌بر دیگری اقدام می‌کند» (۱۳۹۸، ج ۱۸: ۵۴۵). این تفسیر با ماده قیام به معنای روی پا ایستادن و نیز با صیغه مبالغه که بر کمال و کثرت فعل دلالت می‌کند، سازگارتر است؛ بنابراین بهترین بهترین معادل برای قوامون علی النساء، «بسیار قیام‌کنندگان به امور زنان» یا به تعبیر ساده‌تر، گردانندگان و متصدیان امور زنان است.

البته متصدی امر دیگری شدن و پرداختن به امور او، از لحاظ منطقی می‌تواند سه گونه باشد: ۱- از بالا به پایین (همچون مدیریت کردن کارمند توسط رئیس)، ۲- از پایین به بالا (شبیه تصدی انجام کارهای ارباب توسط خدمتکار)، ۳- هم‌عرض و هم‌سطح (مانند پرداختن به کارهای موکل توسط وکیل).

استفاده از حرف «علی» این معنا را تقویت می‌کند که جنس تصدی از بالا به پایین است (ر.ک: توکل نیا و حسومی، ۱۳۹۷: ۲۱۱)؛ زیرا ترکیب ماده قیام با حرف علی، همیشه با نوعی نظارت و مراقبت، پیگیری و اعمال قدرت همراه است (علائی رحمانی، ۱۳۸۳: ۲۷؛ مهریزی، ۱۳۹۳: ۴۱۱). با وجود این باید توجه نمود که این معنا ملازم با برتری و والاتری مرد نسبت به زن نیست، بلکه در اداره و عهده‌داری امور، مرد نیاز به تفوق و اقتدار دارد تا بتواند بر امور خانواده، اشراف یابد و به‌خوبی سازمان را مدیریت و حل‌وفصل کند، بنابراین احتمال هشتم نیز منتفی می‌شود و معنای برگزیده، ترکیبی از سرپرستی، قیمومیت، مدیریت و مسئولیت است.

البته چنین نیست که مرد از این سرپرستی مزیت و فضیلتی به دست آورد، بلکه این یک کار اجرایی و وظیفه‌مند است؛ به همین دلیل قرآن به زن نمی‌گوید: تو در تحت فرمان مرد هستی، بلکه به مرد می‌گوید: تو سرپرستی زن را به عهده‌داری. اگر این آیه به‌صورت تبیین وظیفه تلقی شود نه اعطای مزیت، آنگاه روشن می‌شود «الرجال قوامون علی النساء» گرچه جمله خبری است، ولی دارای روح انشاء است، یعنی ای مردان! شما به امر خانواده قیام کنید و قوام منزل باشید (جوادی آملی، ۱۳۸۵: ۳۹۱). هرگز این تکلیف یک‌جانبه نیست که به مرد بگوید تو فرمانروا هستی و هر چه می‌خواهی بکن. اسلام این دو حکم الزامی را در کنار هم ذکر می‌کند و به زن در مقابل شوهر تمکین می‌دهد و به مرد در مقابل زن دستور سرپرستی می‌دهد، تنها بیان وظیفه و جریان امور خانواده است و هیچ‌یک نه معیار فضیلت است و نه موجب نقص.

۴-۲- انگاره نادرست از کرامت

به نظر می‌رسد یکی از مهم‌ترین عوامل تراحم‌پنداری میان قوامیت و اصول اخلاقی، تصویر نادرست از اصول اخلاقی است. مثلاً ممکن است پنداشته شود منظور از عدالت، مساوات و برابری است و اگر هر دستور و رفتاری برخلاف مساوات صادر شود، تبعیض‌آمیز و بی‌عدالتی خواهد بود؛ چه خداوند به‌صورت تکوینی یا تشریحی چنین قرار دهد و چه فرهنگ اینکه جامعه چنین اقتضایی کند. هم‌چنین گاهی تصور می‌شود که کرامت به معنای برتری و ولایی است به‌گونه‌ای که کسی حق مدیریت و سرپرستی بر دیگری را ندارد و اگر چنین شود حرمت او نقض شده یا اگر کسی به تربیت یا تنبیه او بپردازد، کرامت او سلب شده یا اگر از کس دیگری اطاعت کند تحقیر شده است. با انگاره‌های فوق از اصول اخلاقی، طبیعی است که هر کس با اصل قوامیت مواجه شود، حکم به تراحم و ناسازگاری آن با کرامت خواهد کرد، حتی اگر انگاره‌ی صحیحی از قوامیت داشته باشد. درحالی‌که آنچه از نظر اخلاق یونانی، فضیلت به شمار می‌آید، همان چیزی نیست که در اسلام، ارزش و فضیلت قلمداد شده است و دامنه معنایی آن در قرآن و روایات با معنای متعارف آن در متون اخلاقی یکسان نیست. باید توجه داشت که اشتراک لفظی رهن است و از این‌رو ناخواسته عالمانی از منظر اخلاق یونانی به اخلاق اسلامی چشم افکنده‌اند. در ادامه به بازتعریف مفهوم کرامت به‌عنوان اصل اخلاقی می‌پردازیم.

کرامت، اسم مصدر از کَرَم است و معنای جامع آن در میان همه مصادیق آن، عزیز بودن و شرافت داشتن در ذات یک‌چیز است (مصطفوی، ۱۳۸۵، ج ۱۰: ۴۹ و ۵۰). کرامت معادل فارسی مشخصی ندارد و به معنای نزاهت و دوری از هر دنائت، فرومایگی و پستی است (جوادی آملی، ۱۳۶۶: ۲۱ و ۲۲). هر چیزی که در جنس خودش شرافت و برتری داشته باشد، توصیف به کرامت می‌شود (زاغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۷۰۷). کرامت مخالف ذلت و خواری و به معنای وجود عزت و برتری در یک‌چیز است نه در مقایسه با چیزهای دیگر. کرامت چیزی است که رضایت و ستایش خردمندان را جلب می‌کند (طریحی، ۱۳۷۵، ج ۶: ۱۵۲ و ۱۵۳). البته کرامت در ادبیات غرب، کیفیت یا حالت شایسته احترام است (American Heritage Publishing Company, 1992) و با واژه dignity به معنای حیثیت آمده است.

به‌طور کلی گزاره‌ی «انسان، گرامی است» به جهت تبیین جایگاه انسان، یکی از برجسته‌ترین گزاره‌ها در زندگی مردم است؛ زیرا پاسداشت همه داشته‌های انسان در گرو آن است که گرامی

باشد. البته تاکنون تعریف جامع و مانعی برای کرامت انسانی^۱ ارائه نشده و احتمالاً ناشدنی است؛ زیرا ابهامات متعددی درباره کرامت وجود دارد از جمله اینکه: کدام ویژگی خاص در انسان او را از سایر موجودات مجزا ساخته است؟ یا ماهیت، ویژگی‌ها و دلالت‌های کرامت برای انسان چیست؟ (آرامش، ۱۳۹۰: ۵۳ و ۵۴) آیا کرامت، خود بنیاد و مستقل است یا در سنجش با چیزهای دیگر مفهوم می‌یابد؟ کرامت، درون‌زاد است یا دست‌آورد ناپایدار؟ آیا انسان می‌تواند بر کرامت خود بیفزاید؟ مفهوم کرامت انسانی پیشینه‌ای دوردست و راهی پریپیچ‌وخم در تاریخ دارد؛ اگرچه ریشه‌هایی در ایران و یونان باستان و اندیشه‌های مسیحی و سپس اسلامی داشته، اما سر برآوردن آن در دوران رنسانس، معنایی دیگر را با خود در میان آورد. در اندیشه مسیحی، کرامت به انسان خاکی آفریده شده تعلق می‌گرفت، ولی این بار سخن از نشستن انسان بر جای خدا بود. نیز در سده‌های میانه، انسان در زندگی زمینی محکوم به رنج و ناکامی بود و سعادت را در سرای دیگر جستجو می‌کرد، اما در اندیشه جدید، آدمی باید در همین دنیا کاخ خوشبختی خود را بنا نهد (Bayertz, 1996).

فلسفه رواقی، کرامت را برای دسته‌ای از انسان‌ها به کار برد که افتخار و ارجمندی ویژه‌ای کسب کرده بودند نه برای تمایز انسان‌ها از سایر مخلوقات (Shulman, 2008). در سنت یهودی و مسیحی نیز کرامت از سوی مرجعی بالاتر یعنی خداوند به انسان خاکی اعطاشده است اما در اندیشه سکولار، این کرامت خودبنیاد است نه عطیه الهی (Hailer, Ritschl, 1996).

در مقابل، در اسلام، علاوه بر تأکید بر اعطای کرامت از سوی خداوند، شأن و ارزش آدمی بی‌نهایت دانسته شده است (Kamali, 2002). خداوند در قرآن کریم گوهر اصلی و مشخصه مهم انسان را کرامت معرفی کرده و انسان را برترین آفریده و اشرف مخلوقات می‌داند (۷۰: اسراء) و نمود عینی این برتری را در تسلط بر سایر موجودات زمین و آسمان بیان فرموده است (۲۰: لقمان). کرامت ذاتی انسان یعنی خداوند انسان را به گونه‌ای آفریده که در مقایسه با برخی موجودات دیگر از لحاظ ساختمان وجودی، امکانات و مزایای بیشتری دارد. علامه طباطبایی (ره) می‌نویسد: «مقصود از تکریم، عنایت و شرافت دادن به خصوصیتی است که در دیگران نباشد» (طباطبائی، ۱۴۳۰، ج ۱۳: ۱۵۶).

بدین جهت گرامی داشت انسان، نه یک چیز بلکه می‌تواند مواهب متعدد الهی باشد که در او جمع است؛ از جمله قوه عقل و فهم و تمییز (فخر رازی، ۱۴۲۰، ج ۲۱: ۳۷۳؛ آلوسی، ۱۴۱۵، ج ۸

1. human dignity

: ۱۱۲؛ طباطبائی، ۱۴۳۰، ج ۱۳: ۱۵۶)، نطق، تدبیر معاش، آزادی اراده، اندام موزون، صورت نیکو، تسخیر مخلوقات (زمخشری، ۱۴۰۷، ج ۲: ۶۸۰؛ بیضاوی، ۱۴۱۸، ج ۳: ۲۶۲؛ طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۲: ۳۳۸؛ فیض کاشانی، ۱۴۱۵، ج ۳: ۲۰۵) و ...

به‌طور کلی کرامت با دو وصف: ذاتی بودن و غیرقابل سلب بودن مشخص می‌شود و در واقع، خط قرمزهای استنتاجات و رهیافت‌های اخلاقی و حقوقی را تشکیل می‌دهد. کرامت، انسان را واجد حقوقی می‌کند که صرفاً به‌واسطه انسان بودن (نه به خاطر ویژگی‌های ثانویه) از آن‌ها برخوردار است (آرامش، ۱۳۹۰: ۵۴).

برای تشخیص ملاک کرامت باید به جستجوی سنج‌های بود که اولاً منحصر در انسان باشد، ثانیاً بتواند ملاک کرامت که مفهومی ارزشی است قرار بگیرد و ثالثاً فرع و متغیری بر عامل دیگر نباشد. بر این پایه، انسانی که پایبند به باور خود باشد، دارای کرامت انسانی است (جعفری کرمانشاه و دیگران، ۱۳۹۳: ۵۵ و ۵۶). به بیانی اصالت انسان از دیدگاه اسلام به انسانیت وابسته اوست و انسانیت او مبتنی بر کرامت و ارزش والایی است که عناصر اولیه آن را خداوند در وجودش به ودیعت نهاده و او را مفتخر به کرامت ذاتی کرده است (رهنمایی، ۱۳۹۷: ۱۹۳). از این‌رو، از دیدگاه علم‌النفوس، انسان به‌شدت خواهان حفظ انسانیت خود و گریزان از هر پستی نفس است.

این ارزش، عینی، واقعی، مطلق، یگانه و بی‌نظیر است که قابل مقایسه با دیگر ارزش‌های مادی نیست و در قله مراتب ارزش‌ها قرار دارد (E Hill, 1992: 47). همه انسان‌ها از این نوع کرامت برخوردارند و از این‌رو، هیچ‌کس نمی‌تواند به سبب برخورداری از آن بر انسان دیگر فخر بفروشد، زیرا این کرامت به اختیار انسان ربطی ندارد و انسان چه بخواهد و چه نخواهد از آن برخوردار است (رجبی، ۱۳۹۶: ۱۵۶-۱۵۵). بر اساس آیه شریفه ۷۰ سوره اسراء، این کرامت یک موهبت الهی و حق تکوینی است نه قرارداد بشری تا از اعتبار ساقط شود یا حذف شود.

این نوع کرامت هم منشأ حق و هم منشأ تکلیف است؛ یعنی نه تنها هر انسانی از این جهت شایسته تکریم است و باید از سوی دیگر انسان‌ها محترم شمرده شود، بلکه خود او هم موظف است کرامت خود را پاس بدارد و آن را ارزان بفروشد؛ یعنی انسان دارای ویژگی‌های ارزشمند است که باعث می‌شود دیگران به او احترام بگذارند. این حرمت لازمه و برگرفته از هستی انسان است، یعنی از آغاز با همه‌کس همراه است و به کسی دادنی و بخشیدنی نیست.

بر این اساس «احترام» در آموزه‌های دینی امری بسیار مهم به شمار رفته است، زیرا با مسئله کرامت انسانی ارتباط تنگاتنگی دارد؛ به این معنا که عدم رعایت این هنجار به هتک حرمت و زیر پا گذاشتن کرامت انسانی می‌انجامد. پس حرمت آدمی از مهم‌ترین اصول اخلاقی و هدف عمده

اخلاق ورزی است. انسان صرف‌نظر از شغل و تعیین زبانی، قومی و فرهنگی، موجود محترمی است و هرگونه تصمیم و اقدامی که به نحوی با ارزش ذاتی او منافات دارد، غیراخلاقی است.

احترام، یک اصل مهم در تعاملات اجتماعی و نیاز اساسی انسان است؛ همه دوست دارند و انتظار دارند که دیگران به‌طور ذاتی با آن‌ها محترمانه رفتار کنند و متقابلاً از آن‌ها انتظار می‌رود احترام بگذارند. به‌طور کلی، احترام یعنی انسان هم کرامت خود را ببیند و حفظ کند و هم کرامت طرف مقابل را. کسی حق ندارد با گفتار و رفتار خویش حیثیت او را با خطر مواجه کند (مصباح یزدی، ۱۳۸۰: ۲۹۱) و به دلیل امیال نفسانی ابتدایی‌ترین حقوق آدمی را قربانی کند.

در تعریف ایجابی احترام می‌توان گفت: «رفتار ارتباطی که احساس ارزشمندی (کرامت) را به‌طرف مقابل منتقل می‌کند» چنان‌که در تعریف سلبی آن گفته می‌شود: «خودداری از رفتاری که احساس حقارت را به‌طرف مقابل منتقل می‌کند». به‌بیان دیگر، احترام یعنی تکریم و ارزش دادن به دیگران. نگرش محترمانه به دیگران به این معنا که ما آن‌ها را کاملاً ارزشمند و مثبت می‌دانیم و نسبت به آن‌ها احساس پذیرش داریم. به‌طور کلی احترام آمیزه‌ای از توجه مثبت، پذیرش، فروتنی، ستایش و قدردانی است و این مخالف با احساس برتری و تکبر است (Vojdani and Roohi Barandagh, 2018: 153).

برای نمونه فاینبرگ، احترام را در سه معنا استفاده کرده: ۱- نگرش ناخوشایند همراه با مراقبت از یک ترس^۱ ۲- احترام اخلاقی کلی به همه انسان‌ها بدون در نظر گرفتن شایستگی یا موقعیت اجتماعی افراد^۲ ۳- احساس خاصی از یک هیبت و احترام فوق‌العاده در حضور چیزی خارقالعاده یا متعالی^۳ (Feinberg⁴ & Narveson, 1970: 248).

در حدود احترام باید میان کرامت طبیعی و اکتسابی تفکیک قائل شد؛ کرامت فطری، عموم انسان‌ها را فرامی‌گیرد و این شأن از عقل، حقیقت‌گرایی، ظرفیت‌های بالای انسان و جایگاه ویژه او در جهان هستی سرچشمه می‌گیرد. با این حال برخی از انسان‌ها کرامت اکتسابی نیز دارند که مربوط به تعالی علمی و معنوی و فضایل اخلاقی به‌خصوص تقوا است.

بر این پایه، احترام نیز مراتبی دارد؛ حداقل آن پرهیز از تحقیر و توهین است که به‌صورت مطلق و بی‌قیدوشرط باید رعایت شود، به‌طوری‌که به گناهکاران و بدکاران فاسد هم حق بی‌احترامی و

1. Respekt
2. Observantia
3. Reverentia
4. feinberg

عدم پذیرش جایگاه انسانی را نداریم؛ اما در اسلام، احترام، ارزشی حداکثری است که به معنای تکریم و بزرگداشت که مشروط به تقواست (Vojdani & Roohi Barandagh, 2018:157).

احترام نباید به هیچ چیزی مشروط باشد، بلکه فقط به دلیل انسان بودن طرف مقابل باشد. طبق این رویکرد، تکریم نفس آدمی فارغ از نژاد، قومیت، ملیت، جنسیت، موقعیت و سن یک اصل مهم در روابط اجتماعی است، تمامی انسان‌ها با منزلت و حقوقی یکسان به دنیا می‌آیند و احترام، صرفاً به مناسبت انسان بودن آنهاست. از این رو تفاوتی میان احترام به زن و مرد وجود ندارد؛ زن و مرد هم در وجود کرامت ذاتی، یکسان‌اند یعنی هر دو از این موهبت الهی به یک اندازه برخوردارند و هم در امکان و استعداد دستیابی به کرامت ارزشی اکتسابی، برابرند که بسته به اعمال اختیاری آنهاست و جز با ایمان، تقوا و عمل صالح، میسر نیست (حجرات: ۱۳؛ عصر: ۳؛ تین: ۶).

بنابراین به‌طور کلی، دو نکته ذیل بحث کرامت روشن می‌شود؛ نخست اینکه در کنار اندیشه‌های قدیم و امروزی که زن را موجودی پست، بدبخت، محروم، شر و همچون حیوان می‌دانند، جایگاه زن در اسلام، متفاوت و ویژه بوده و از یک انسان‌شناسی عمیق نشئت می‌گیرد که خداوند، گوهر ارزشمندی در وجود انسان قرار داده است.

دوم اینکه قوامیت مرد به آن معنایی که در بخش گذشته تبیین شد، هیچ منافاتی با اصل کرامت ندارد؛ زیرا کرامت به معنای برتری و والایی و مصون بودن از هر چیز نیست و نباید حفظ کرامت زن را مستلزم فمینیسم و ناچار از آن پنداشت؛ از این رو اگر کسی تحت مدیریت و سرپرستی دیگری باشد (چنانکه قوامون بر آن دلالت دارد) یا کسی او را تربیت یا تنبیه کند (چنانکه فاضربوهن بر آن دلالت دارد) یا از کس دیگری اطاعت کند (چنانکه الصالحات قانتات بر آن دلالت دارد) حرمت او نقض نشده و به معنای سلب کرامت او نخواهد بود. به عکس، شخصیت زن تا حدی تکریم و ارج نهاده شده است که وظایف سنگین بیرونی که با ساختار جسمی و روحی او سازگاری ندارد، بر او محول نشده، بلکه مسئولیت تأمین نیازها و سرپرستی زندگی او بر عهده مرد گذاشته شده است. به‌طور کلی اگر معنای تکلیفی از «قوامون» استفاده شود، قطعاً به معنای سلب کرامت زنان نخواهد بود بلکه باری سنگین بر دوش مردان است. اگر معنای حقی از آن دریافت شود، حقی است که خداوند بر اساس حکمت و عدالت به مردان اعطا فرموده و در مقابل آن حقوقی را به زنان اختصاص داده است (هاشمی علی‌آبادی، ۱۳۹۴: ۱۷۰) پس این آیه هم چنانکه از طرفی مستلزم اطاعت و فرمان‌بری زن است، از طرف دیگر خیرخواهی و مراقبت را وظیفه مرد می‌شمارد.

با وجود این، حدود مرز احترام چنانکه از تعریف آن برداشت می‌شود، رفتار و گفتاری است که مخاطب از آن، احساس تحقیر شدن و شکسته شدن حرمت و شخصیت و ارزشمندی را نداشته

باشد. از این رو اگر بفرض در عرف و فرهنگ زمان یا جغرافیای خاص، قوام بودن مرد (حتی به معنای برگزیده)، تحقیر زن قلمداد شود، قطعاً خط قرمز احکام الهی است و نمی‌توان قوامیت مرد را به طور مطلق حتی اگر ناقض کرامت باشد، جاری ساخت، زیرا موضوع حکم تغییر یافته و به تبع آن حکم حقوقی و اخلاقی نیز تغییر می‌یابد. البته نگارنده معتقد است با توجه به معنای برگزیده از قوامیت، هیچ زنی احساس حقارت نکرده، بلکه احساس ارج نهاده شدن و ارزشمندی خواهد کرد. حتی اگر در برخی شرایط زمانی یا مکانی، قوامیت مرد، تحقیر زن به شمار رود، نشانه این است که زنان آن جامعه به روحیات مردانه نزدیک شده‌اند و به همین دلیل، قوامیت را سلب کرامت زن می‌انگارند و الا اصل قوامیت برای زنی که طبیعت و هویت زنانگی خود را حفظ نماید، عین تکریم و احترام خواهد بود.

از این رو برخی اخلاق پژوهان نه تنها قوامیت را سلب کرامت زن معرفی نکرده‌اند، بلکه مایه تکریم او شمرده‌اند؛ زیرا برای اینکه زن به عنوان همسر و مادر بتواند به وظایف مهم و خطیر خود بپردازد، خداوند کسی را برای تکفل رزق و نیازها و رعایت مصالح او قرار داده و معاش او را تضمین کرده است (جمعی از نویسندگان، ۱۴۲۶، ج ۴: ۱۱۴۷).

نتیجه‌گیری

از بررسی‌های این تحقیق، نتایج ذیل به دست آمد:

- از مهم‌ترین ریشه‌های انگاره تراحم میان قوامیت و اصول اخلاقی که موجب شبهه افکنی در احکام اسلامی شده، نداشتن انگاره درست از قوامیت و نداشتن انگاره درست از اصول اخلاقی است. از این رو بازتعریف قوامیت و اصول اخلاقی برای تجزیه‌ی اطراف تراحم یادشده ضروری است.

- قوامیت مرد بر زن در آیه شریفه ۳۴ سوره نساء ملازم با والاتری مرد و فرودستی زن نیست، بلکه جدا از بافت فرهنگی و اجتماعی و بدون ملاک قرار دادن برداشت‌های شخصی فقها و مفسران، به معنای عهده‌دار شدن، تکفل و تصدی است که با نوعی نظارت و مراقبت و اعمال قدرت همراه است تا مرد بتواند بر امور خانواده، اشراف یابد و به خوبی سازمان را مدیریت و حل و فصل کند.

- قوامیت منافاتی با کرامت زن ندارد؛ اولاً کرامت، یک ارزش عینی، واقعی، مطلق و غیرمشروط است و خط قرمز رهیافت‌های حقوقی و اخلاقی را تشکیل می‌دهد. زن و مرد هم در وجود کرامت ذاتی، یکسان‌اند و هم در امکان و استعداد دستیابی به کرامت ارزشی اکتسابی، برابرند بنابراین جایگاه زن در اسلام، متفاوت و ویژه است. ثانیاً کرامت به معنای دوری از هر فرومایگی و پستی، حالت شایسته احترام بودن و احساس ارزشمندی است پس به معنای برتری و والایی

و مصون بودن از هر چیز نیست تا قوامیت مخالف آن و موجب نقض حرمت پنداشته شود، بلکه شخصیت زن با توجه به هویت زنانگی‌اش تکریم و ارج نهاده شده است.

– عدم تفاوت ارزشی زن و مرد، به معنای همسانی در حقوق نخواهد بود بلکه متناسب با تفاوت‌های تکوینی و طبیعی و توانایی‌ها و استعدادها، هر جنس، نقش طبیعی خود را بازی می‌کند، از این رو قوامیت فضیلتی برای مرد ایجاد نمی‌کند، بلکه یک وظیفه و مسئولیت است که مبتنی بر امر عقلانی و مصالح واقعی است و بر پایه اخلاق استوار است.

منابع

- ◀ قرآن کریم
- ◀ آرامش، کیارش، (۱۳۹۰). «کرامت انسانی در اخلاق زیست-پزشکی»، *اخلاق و تاریخ پزشکی*، ش ۳.
- ◀ آلوسی، محمود بن عبدالله، (۱۴۱۵ ق). *روح المعانی فی تفسیر القرآن العظیم و السبع المثانی*، بیروت، دار الکتب العلمیه، منشورات محمد علی بیضون.
- ◀ ابن اشعث، محمد بن احمد، *الاشعثیات (الجغریات)*، تهران، مکتبه النینوی، (بی‌تا).
- ◀ ابن سیده، علی بن اسماعیل، (۱۴۲۱ ق). *المحکم و المحيط الأعظم*، بیروت، دار الکتب العلمیه.
- ◀ ابن عاشور، محمد طاهر، (۱۴۲۰ ق). *تفسیر التحریر و التنویر*، بیروت، مؤسسه التاریخ العربی.
- ◀ ابن منظور، محمد بن مکرم، (۱۴۱۴ ق). *لسان العرب*، بیروت، دارالفکر و دار صادر.
- ◀ ابوالسعود، محمد بن محمد، (۱۹۸۳ م). *تفسیر ابی السعود، ارشاد العقل السلیم الی مزایا القرآن الکریم*، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- ◀ ازهری، محمد بن احمد، (۱۴۲۱ ق). *تهذیب اللغه*، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- ◀ امام‌جمعه، ریحانه و دیگران، (۱۴۰۰). «بررسی آموزشی-تربیتی موضوع قوامیت مردان بر زنان در پرتو آموزه‌های قرآن کریم»، *پژوهش‌های اخلاقی*، ش ۴۴.
- ◀ بلاغی، محمدجواد، (۱۴۲۰ ق). *آلاء الرحمن*، قم، بنیاد بعثت.
- ◀ بهشتی، سعید و مریم احمدی نیا، (۱۳۸۵). «تبیین نظریه تربیتی فمینیسم و نقد آن از منظر تعلیم و تربیت اسلامی»، *تربیت اسلامی*، ش ۳.
- ◀ بهی، محمد، (۱۳۶۲). *مفاهیم اخلاقی و عقیدتی قرآن*، ترجمه سیدمحمدصادق سجادی، تهران، دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
- ◀ بیضاوی، عبدالله بن عمر، (۱۴۱۸ ق). *أنوار التنزیل و أسرار التأویل*، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- ◀ توکل نیا، مریم و حسومی، ولی‌الله، (۱۳۹۷). «بررسی شبکه معنایی حرف جر علی در قرآن با رویکرد شناختی»، *آموزه‌های قرآنی*، ش ۲۸.

- ◀ جزایری، سیدحمید و مجید دهقان، (۱۳۹۲). «ماهیت قوامیت»، مطالعات جنسیت و خانواده، ش ۱.
- ◀ جعفری کرمانشاه، سیدعبدالصالح و دیگران، (۱۳۹۳). «بررسی سنجه‌های کرامت انسانی»، اخلاق و تاریخ پزشکی، ش ۶.
- ◀ جمعی از نویسندگان، (۱۴۲۶ ق). موسوعة نضرة النعيم في مكارم اخلاق الرسول الكريم، جده، دارالوسيلة.
- ◀ جوادی آملی، عبدالله، (۱۳۹۸). تسنیم تفسیر قرآن کریم، قم، مؤسسه اسراء.
- ◀ _____ (۱۳۸۵). زن در آینه جلال و جمال، قم، مؤسسه اسراء.
- ◀ _____ (۱۳۶۶). کرامت در قرآن، قم، رجاء.
- ◀ جوهری، اسماعیل بن حماد، (۱۳۷۶ ق). الصحاح: تاج اللغة و صحاح العربیه، بیروت، دار العلم للملایین.
- ◀ راغب اصفهانی، حسین بن محمد، (۱۴۱۲ ق). مفردات ألفاظ القرآن، تحقیق صفوان عدنان داوودی، بیروت و دمشق، دار القلم و الدار الشامیه.
- ◀ رجبی، محمود، (۱۳۹۶). انسان‌شناسی، قم، مؤسسه امام خمینی (ره).
- ◀ رحیمی سجاسی، مریم، عبدالحسین کلانتری و طوبی شاکری گلپایگانی، (۱۴۰۱). «شکاف عرف و شرع در ارتباط با حقوق زن در نقش همسری»، مطالعات راهبردی زنان، ۲۵، ش ۹۷.
- ◀ رشید رضا، محمد، (۱۴۲۶ ق). تفسیر القرآن الحکیم، بیروت، دارالکتب العلمیه.
- ◀ رهنمایی، سیداحمد، (۱۳۹۷). مبانی ارزش‌ها، تهران، سمت.
- ◀ زمخشری، محمود بن عمر، (۱۴۰۷ ق). الکشاف عن حقائق غوامض التنزیل، بیروت، دارالکتب العربی.
- ◀ _____ (۱۹۷۹ م). أساس البلاغه، بیروت، دار صادر.
- ◀ سروش، عبدالکریم، (۱۳۷۸). «قبض و بسط حقوق زنان»، زنان، ش ۵۹.
- ◀ سلطان احمدی، جلال و دیگران، (۱۳۹۷). «بازخوانی حقوقی - فقهی ضرب زن در متون دینی و آرای امام خمینی»، پژوهشنامه متین، ش ۷۸.
- ◀ سها، (۱۳۹۳). نقد قرآن، منتشر شده در: www.azadieiran2.wordpress.com
- ◀ سیوطی، جلال‌الدین، (۱۴۲۸ ق). الجامع الصغیر، بیروت، دارالفکر.
- ◀ شعبانپور، محمد و دیگران، (۱۳۹۸). «تبیین مؤلفه‌های قرآنی قوامیت مردان با تأکید بر کاربست سنجه‌های مصلحت در فقه شیعه»، فقه و حقوق خانواده، ش ۷۰.
- ◀ صاحب بن عباد، اسماعیل، (۱۴۱۴ ق). المحيط فی اللغة، بیروت، عالم‌الکتاب.
- ◀ صدوق، محمد بن علی بن بابویه، (۱۳۷۶). الأملی، تهران، کتابچی.
- ◀ طباطبائی، سیدمحمدحسین، (۱۴۳۰ ق). المیزان فی تفسیر القرآن، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- ◀ طبرسی، فضل بن حسن، (۱۴۱۲ ق). جوامع الجامع، قم، مرکز مدیریت حوزه علمیه قم.
- ◀ _____ (۱۳۷۲). مجمع‌البیان، تهران، ناصر خسرو.
- ◀ طبری، محمد بن جریر، (۱۴۱۲ ق). جامع‌البیان فی تفسیر القرآن، بیروت، دارالمعرفة.

- ◀ طریحی، فخرالدین، (۱۳۷۵). مجمع البحرین، تهران، مرتضوی.
- ◀ طوسی، محمد بن حسن، التبیان فی تفسیر القرآن، بیروت، دار احیاء التراث العربی، (بی‌تا).
- ◀ طوسی، خواجه نصیرالدین، (۱۴۱۳ ق). اخلاق ناصری، تهران، انتشارات علمیه اسلامیة.
- ◀ عظیم‌زاده اردبیلی، فائزه، (۱۳۸۷). «قوامیت مرد از نگاه قرآن کریم و کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان»، اندیشه دینی، ش ۲۶.
- ◀ علائی رحمانی، فاطمه، (۱۳۸۳). «بررسی تحلیلی قوامیت در آیه الرجال قوامون علی النساء»، تحقیقات علوم قرآن و حدیث، ش ۱.
- ◀ علی، جواد، (۱۴۱۳ ق). المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام، بغداد، جامعه بغداد.
- ◀ غزالی، ابو حامد محمد، (بی‌تا). احیاء علوم الدین، بیروت، دار الکتب العربی.
- ◀ فاضل میبدی، محمد تقی، (۱۳۹۴). مجموعه مقالات شریعت، عرف و عقلائیة، تهران، هرمس.
- ◀ فخر رازی، محمد بن عمر، (۱۴۲۰ ق). التفسیر الکبیر: مفاتیح الغیب، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- ◀ فرامرز قراملکی، احد و علی اکبر ناسخیان، (۱۳۹۵). قدرت انگاره، تهران، مجنون.
- ◀ فراهیدی، خلیل بن احمد، (۱۴۰۹ ق). العین، قم، هجرت.
- ◀ فضل الله، محمدحسین، (۱۴۱۹ ق). من وحی القرآن، بیروت، دار الملائک.
- ◀ فیض کاشانی، محمد محسن، (۱۴۱۷ ق). المحجة البيضاء، قم، مؤسسه النشر الإسلامی.
- ◀ _____ (۱۴۱۵ ق). تفسیر الصافی، تهران، مکتبه الصدر.
- ◀ فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، (۱۴۱۵ ق). القاموس المحیط، بیروت، دار الکتب العلمیة.
- ◀ قانع، سید مسعود، (۱۳۹۳). مدیریت تعارض با رویکرد اسلامی، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- ◀ قرطبی، محمد، (۱۳۶۴). الجامع لاحکام القرآن، تهران، ناصر خسرو.
- ◀ قمی مشهدی، محمد بن محمد رضا، (۱۳۶۸). تفسیر کنز الدقائق و بحر الغرائب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- ◀ کدیور، محسن، (۱۳۹۰). بازخوانی حقوق زنان در اسلام، عدالت مساواتی به جای عدالت استحقاقی، منتشر شده در: <https://kadivar.com/8931>
- ◀ مجتهد شبستری، محمد، (۱۳۷۹). نقدی بر قرائت رسمی از دین، (بحران‌ها، چالش‌ها، راه‌حل‌ها)، تهران، طرح نو.
- ◀ _____ (۱۳۸۱). «زنان، کتاب و سنت»، زنان، ش ۵۷.
- ◀ محلی، محمد بن احمد، (۱۴۱۶ ق). تفسیر الجلالین، تحقیق جلال‌الدین سیوطی، بیروت، مؤسسه النور.
- ◀ محمدی اصل، عباس، (۱۳۸۳). «موانع مشارکت سیاسی زنان در ایران»، رفاه اجتماعی، ش ۱۲.
- ◀ مصباح یزدی، محمد تقی، (۱۳۸۰). نظریه حقوقی اسلام، قم، مؤسسه امام خمینی، (ره).

- ◀ مصطفوی، حسن، (۱۳۷۴). *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- ◀ مطهری، مرتضی، (۱۳۸۴). *مجموعه آثار استاد مطهری*، تهران: صدرا.
- ◀ مغربی، نعمان بن محمد، (۱۳۸۵ ق). *دعائم الاسلام*، قم، مؤسسه آل البيت.
- ◀ مقاتل بن سلیمان، (۱۴۲۳ ق). *تفسیر مقاتل بن سلیمان*، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- ◀ ملکیان، مصطفی، (۱۳۷۹). «زن، مرد، کدام تصویر»، *زنان*، ش ۶۴.
- ◀ مهریزی، مهدی، (۱۳۹۳). *قرآن و مسئله زن*، تهران، علم.
- ◀ هاشمی علی آبادی، سید احمد، (۱۳۹۴). «بررسی شبهه اخلاقی سلب کرامت زنان در صدر آیه ۳۴ سوره نساء»، *پژوهش های اخلاقی*، ش ۲.
- ▶ Al-Hibri, A (2003). "An Islamic Perspective on Domestic Violence", *Fordham International Law Journal*, 27, 1, 195-224.
- ▶ Al-Hibri, A (1997). "Islam Law and Custom- Redefining Muslim Women's Rights"; *American University Journal of International Law and Policy*, 12, 1, 1-44.
- ▶ Bayertz, K, Human, d (1996). philosophical origin and scientific erosion of an idea (translated info English by Kirkby SL); in: Bayertz K. *Sanctity of Life and Human Dignity*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, p 73- 90.
- ▶ Feinberg J & Narveson J (1970). The nature and value of rights, *The Journal of Value Inquiry*, V.4, p 243- 260.
- ▶ Hailer, M, Ritschl, D (1996). The general notion of human dignity and specific arguments in medical ethics. In: Bayertz K. *Sanctity of Life and Human Dignity*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, p 91- 106.
- ▶ Jaggard L (2001). *Feminist Ethics*, *Encyclopedia of Ethics*, ed. Lawrence C. Becker, V.1, p 528.
- ▶ Kamali, MH (2002). *The Dignity of Man: an Islamic Perspective*. Cambridge: The Islamic Text Society.
- ▶ Shulman, A (2008). Bioethics and the question of human dignity. In: *Human Dignity and Bioethics: Essays Commissioned by the presidents Council on Bioethics*. Washington, D,C: Government printing Office, p 3- 18.
- ▶ American Heritage Publishing Company (1992), *The American Heritage dictionary of the English language*, 3rd edn, Houghton Mifflin.
- ▶ E Hill, T (1992). *Dignity as practical Reason in Kant's Moral Theory*. New

York, Cornell University Press.

- Vojdani, F and Roohi Barandagh, K (2018). RESPECT FOR OTHERS FROM ATTITUDE TO BEHAVIOUR AN ISLAMIC VIEW. European Journal of Science and Theology, V.14, No.4, p 151-164.