



The Approach of Iran's Criminal Law and the 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women to the Crime of Prostitution

Reza Elhami¹ ✉, Abdorreza Lotfi², and Behrouz Yousefloo³

1. Corresponding author, Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Law, Faculty of Theology and Islamic Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran.

Email: dr.elhami.reza@gmail.com  0000-0002-2555-5745

2. Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Law, Faculty of Theology and Islamic Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran.

Email: tasnim4757@gmail.com  0009-0006-6908-1402

3. Ph.D. Student in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran.

Email: b.yousefloo74@gmail.com  0000-0003-0407-451x

Article Info

Article type:

Research Article

Article history:

Received 15 June 2025

Received in revised form 29

August 2025

Accepted 29 September 2025

Available online 04 October 2025

Keywords:

prostitution,
criminal law,
the 1979 Convention on the
Elimination of All Forms of
Discrimination against Women,
Women.

ABSTRACT

Objective: Iran's criminal law has established specific provisions on limits and penalties to combat various forms of sexual crimes, but it has not dedicated a special regulation to prostitution. Action to improve the status of women globally is very necessary, and the International Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women was created to create full equality between women and men and eradicate discrimination against them. A comparative assessment of the approach of Iran's criminal law and the International Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women to the phenomenon of prostitution and an analysis of the reasons for Iran's non-membership in this convention.

Method: This research was conducted using a descriptive-analytical method and through the collection of library information.

Results: The aforementioned convention is a reflection of Western feminist ideals and, due to differences in cultural and religious structures, standards, and different interpretations of the status of women in different regions, has failed to create a real consensus, especially in Islamic countries.

- Iran's criminal law rejects prostitution as a sexual crime, but Iran's membership in the Convention has not been achieved due to religious obstacles and the need to repeal criminal provisions that contradict it.

- At the same time, there is the possibility of membership with limited reservations.

Conclusions: Although both legal systems (Iran and the Convention) treat prostitution as a criminal phenomenon, differences in cultural, religious, and legal foundations have caused Iran to not join this Convention, despite the possibility of conditional membership.

Cite this article: Elhami, R., Lotfi, A., & Yousefloo, B. (2025). The Approach of Iran's Criminal Law and the 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women to the Crime of Prostitution. *The Islamic Journal of Women and the Family*, 13 (3), 91-106. <https://doi.org/10.22034/ijwf.2025.20153.2371>



© The Author(s). retain the copyright and full publishing rights.

Publisher: Al-Mustafa International University.

DOI: <https://doi.org/10.22034/ijwf.2025.20153.2371>

Introduction

Islam does not provide equal rights, duties, and punishments for men and women, but rather, in some cases, it has adopted a similar legislative approach and in other cases, it has recognized differences in rulings, considering the capabilities and capacities of each. «Islam rejects a one-dimensional view of men or women and, considering the nature, ability, and talent of each of them, has provided privileges in accordance with their status and capacity for each». Today, following the modernization of societies, women have had a more prominent presence in social arenas. These developments have created changes in the economic and social status of societies and have affected the type, method, and extent of crimes committed by women. In most legal systems in the world, formal and substantive laws in the criminal field have been enacted with the aim of legally protecting women. The main issue is to what extent, in the field of sexual crimes, and especially prostitution, can a woman's right to control her own body be affected by criminal regulations. This research, with regard to the ratification of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, examines how to create consensus among countries, especially Islamic countries, and the role of Islamic culture and identity in adherence or non-adherence to such treaties.

Method

This research was conducted using a descriptive-analytical method and through the collection of library information.

Results

1. Concepts

Gender discrimination: The 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, based on Article 1, defines gender discrimination as follows: «The establishment of any distinction, exclusion or restriction on the basis of sex in the political, social, economic, cultural, civil or any other field».

Prostitution: The nature of prostitution lies in the commission of the crime of adultery by a woman with her own intention and consent and with the motive of receiving money. This phenomenon has two basic elements: «The provision of any sexual services by a woman» and «the receipt of money or financial interest in return» (Karimi Majd, 2001). In jurisprudential texts, terms such as «al-mashhourah belzena» and in a narrative quoted from Imam Sadegh, the term «dawaei va baghaya» have been used. The term «dawaei» and «baghaya» in this narrative refers to women who attract men to themselves (for financial and non-financial reasons) or are known as «zena» (adultery) (Hor Ameli, 1414AH, 2/368).

2. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women

This convention seeks to comprehensively combat gender discrimination. In criminal matters, Article 2, paragraph «m» obliges States Parties to abolish all national criminal provisions that discriminate against women. Article 6 also states: States Parties will take all appropriate measures, including the enactment of laws, to prevent the illicit traffic in and exploitation of prostitution of women. However, the convention does not provide a definition of prostitution and does not recommend specific criminal means to combat it. The spirit of the convention is the rejection of any discrimination and the emphasis on the full equality of women and men. This approach is in serious conflict with Iran's criminal regulations, which are based on Article 4 of the Constitution and its preamble, which originate from Islamic teachings and Shiite jurisprudence. The effect of membership in this convention for Iran and Islamic countries is the fading of the institution of family and religion as a result of changing some principles of the Constitution related to Islamic teachings about women and men, as well as changing and repealing criminal regulations derived from jurisprudential and religious teachings.

3. The approach of Iran's criminal law to prostitution

Substantive law: In Iran's criminal law, prostitution is not defined as an independent crime, but is dealt with in the form of Haddi and Taziri sexual crimes such as adultery, Mosahagheh, and illicit relation below the Hadd. The Islamic Penal Code approved in 2013 defines adultery in Article 221 as follows: «Adultery is intercourse between a man and a woman who are not married and it should not be one of those cases where they think that there is a marital relationship between them». For a prostitute who consents to commit adultery or illicit relations, punishments such as the death penalty (in certain cases), 100 Haddi lashes, or up to 99 Taziri lashes are provided. In some cases, such as adultery with one's stepmother, the death penalty is prescribed only for men, which is considered a form of positive discrimination against women.

Criminal Procedure Code: The Criminal Procedure Code approved in 2013 refers to differentiated proceedings in Article 42 and stipulates: «Interrogations and investigations of women and minors should be carried out by trained female officers, if possible, and in accordance with Sharia standards». However, the establishment of a special prosecutor's office or court to investigate crimes against women has been neglected. According to Articles 241 of the Islamic Penal Code and 102 of the Criminal Procedure Code, the principle of prohibiting prosecution and investigation of crimes against modesty, including prostitution, is prohibited except in cases specified by law. Jurisdiction to hear charges of prostitution lies with Criminal Court One or Two, depending on the type of crime committed and its punishment.

Conclusions

A study of the provisions of the Convention and Iran's criminal law shows that although both systems treat prostitution as a criminal phenomenon, the differences in cultural, religious, and

legal foundations are fundamental. The Convention was formulated with an individualistic and extreme approach to gender equality, in a concise and general manner, and the observance of normative considerations of Islam or other religions is largely dependent on how the provisions of the Convention are adapted to the existing examples in each society. On the other hand, the Iranian legal system considers all its provisions to be inspired by the rulings of Sharia and Imamieh jurisprudence, and within this framework, the principle of equality and dignity of women has not been neglected. These differences have caused Iran to not join this Convention so far, despite the possibility of conditional membership. However, the need to amend laws and regulations related to gender discrimination cannot be completely ignored. In cases where changing the rulings does not contradict Islamic standards (based on the rule «the ruling must be based on the cause, whether it exists or not»), it is possible to amend the laws. The proposed solution for potential membership is to impose a limited and specific reservation on provisions that are contrary to domestic law, even if this reservation is contrary to international custom, the will of the parties, or the objectives of the Convention. (Ghamat and Qomi, 2012) This approach is based on the jurisprudential rule «the majority, whenever possible, is preferable to subtraction».

Author Contributions

All authors participated equally in the design of the study, writing the article, and editing the final versions.

Data Availability Statement

Data available on request from the authors.

Acknowledgements

The authors would like to thank the officials of the Faculty of Theology and Islamic Sciences, University of Tabriz, who provided spiritual and scientific support for this research.

Ethical Considerations

Cases such as falsification of data, distortion of results, plagiarism, and any other unethical behavior have been strictly avoided in this study.

Funding

This study was conducted without receiving any financial support from government, commercial, or non-profit organizations.

Conflict of Interest

The authors declare that there are no conflicts of interest in connection with this study. In other words, there were no financial or personal interests that could affect the results of the study.



رویکرد حقوق کیفری ایران و کنوانسیون منع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان مصوب ۱۹۷۹ نسبت به جرم روسپیگری

رضا الهامی^۱، عبدالرضا لطفی^۲ و بهروز یوسفلو^۳

۱. نویسنده مسئول، استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و علوم اسلامی دانشگاه تبریز، تبریز، ایران. رایانامه: dr.elhami.reza@gmail.com

۲. استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و علوم اسلامی دانشگاه تبریز، تبریز، ایران. رایانامه: tasnim4757@gmail.com

۳. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و علوم اسلامی دانشگاه تبریز، تبریز، ایران. رایانامه: b.yousefloo74@gmail.com

چکیده

اطلاعات مقاله

هدف: قوانین موضوعه کیفری ایران احکام ویژه‌ای در مورد حدود و تعزیرات برای مبارزه با صور مختلف جرایم جنسی وضع کرده است، اما مقررره ویژه‌ای به روسپیگری اختصاص نداده است. اقدام برای بهبود وضعیت زنان در سطح جهانی بسیار ضروری است و کنوانسیون بین‌المللی رفع هرگونه تبعیض علیه زنان برای ایجاد برابری کامل میان زنان و مردان و ریشه‌کن کردن تبعیض علیه آنها ایجاد شده است. پژوهش حاضر با هدف ارزیابی تطبیقی رویکرد قوانین کیفری ایران و کنوانسیون بین‌المللی رفع هرگونه تبعیض علیه زنان نسبت به پدیده روسپیگری و واکاوی دلایل عدم عضویت ایران در این کنوانسیون انجام شد.

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۳/۰۵

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۶/۰۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۷/۰۷

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۷/۱۲

روش پژوهش: این پژوهش با روش توصیفی-تحلیلی و از طریق گردآوری اطلاعات کتابخانه‌ای انجام شده است.

کلیدواژه‌ها:

روسپیگری،

قانون موضوعه کیفری،

کنوانسیون منع کلیه اشکال

تبعیض علیه زنان ۱۹۷۹،

زنان.

یافته‌ها: کنوانسیون مذکور بازتابی از آرمان‌های فمینیستی غرب است و به دلیل تفاوت در ساختارهای فرهنگی، مذهبی، استانداردها و تفسیرهای مختلف از جایگاه زنان در مناطق گوناگون، نتوانسته اجماع واقعی به‌ویژه در کشورهای اسلامی ایجاد کند.

• مقررات کیفری ایران پدیده روسپیگری را در قالب جرایم جنسی رد می‌کند، اما عضویت ایران در کنوانسیون به دلیل موانع دینی و ضرورت لغو مقررات کیفری مغایر با آن محقق نشده است.

• در عین حال، امکان عضویت با اعمال حق شرط محدود وجود دارد.

نتیجه‌گیری: اگرچه هر دو نظام حقوقی (ایران و کنوانسیون) با روسپیگری به مثابه یک پدیده مجرمانه برخورد می‌کنند، اما تفاوت در مبانی فرهنگی، مذهبی و حقوقی موجب شده ایران با وجود امکان عضویت مشروط، تاکنون به این کنوانسیون نپیوندد.

استناد: الهامی، رضا؛ لطفی، عبدالرضا؛ و یوسفلو، بهروز (۱۴۰۴). رویکرد حقوق کیفری ایران و کنوانسیون منع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان مصوب ۱۹۷۹

نسبت به جرم روسپیگری. *پژوهشنامه اسلامی زنان و خانواده*، ۱۳ (۳)، ۹۱-۱۰۶. <https://doi.org/10.22034/ijwf.2025.20153.2371>



مقدمه

دین اسلام برای زن و مرد حقوق، تکالیف و مجازات‌های یکسان در نظر نگرفته، بلکه با توجه به توانمندی‌ها و ظرفیت‌های هر یک، در برخی موارد رویکرد تشریعی مشابه و در موارد دیگر، قائل به تفاوت در احکام شده است. اسلام نگرش تک‌بعدی به زن یا مرد را رد کرده و با توجه به فطرت، توانایی و استعداد هر یک از آنان، امتیازاتی متناسب با جایگاه و ظرفیت‌شان برای هر کدام در نظر گرفته است. از این رو، باید میان تشابه در حقوق و تفاوت‌های حقوقی تمایز قائل شد؛ چراکه اسلام تکالیف یکسانی برای زن و مرد مقرر نکرده است، اما با تساوی در حقوق نیز مخالف نیست. زن و مرد در خلقت یکسان آفریده شده‌اند، اما در حقوق و نوع تکالیف خود تفاوت دارند.

در بیشتر نظام‌های حقوقی جهان، قوانین شکلی و ماهوی در حوزه کیفری، با هدف حمایت قانونی از زنان وضع شده‌اند. این حمایت‌ها شامل موارد زیر است:

- حمایت از زنان در برابر جرایم علیه تمامیت جسمانی، که کلیه اشکال خشونت فیزیکی را در برمی‌گیرد؛
- حمایت از زنان در برابر جرایم علیه تمامیت معنوی، از جمله انواع خشونت‌های جنسی و روانی مانند توهین، تجاوز جنسی، هرزه‌نگاری و قاچاق زنان به منظور بهره‌کشی جنسی؛

گرچه مقررات داخلی و بین‌المللی، تبعیض جنسیتی علیه زنان را منع کرده‌اند، مسئله این است که در حوزه جرائم جنسی و به‌ویژه روسپیگری، حق تصرف زن بر جسم خویش تا چه حد می‌تواند تحت تأثیر مقررات کیفری قرار گیرد تا مانع از عرضه بدن توسط زنان با انگیزه‌های مالی یا غیرمالی شود. در پژوهش حاضر، این مسئله با توجه به نگرش‌ها و فرهنگ‌های متفاوت کشورها در چارچوب نظری سازه‌نگاری بررسی شده است. با توجه به تصویب کنوانسیون «منع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان»^۱ توسط کشورهای مختلف با ساختارهای گوناگون و به شیوه‌های متفاوت، این پژوهش به بررسی این موضوع می‌پردازد که چگونه این کنوانسیون، با هدف رفع تبعیضات جنسیتی در جهان، تاکنون توانسته است اجماعی میان کشورها، به‌ویژه کشورهای اسلامی، ایجاد کند. مقاله حاضر پس از بررسی اهداف کنوانسیون و تأثیرات آن بر کاهش تبعیض میان زنان و مردان، و نیز نحوه عملکرد کشورهای دارای فرهنگ‌ها و ساختارهای متفاوت در تصویب این کنوانسیون، به نقش فرهنگ و هویت اسلامی در پایبندی یا عدم پایبندی به چنین معاهداتی می‌پردازد.

ادبیات موضوع و پیشینه پژوهش

۱. مفهوم‌شناسی تبعیض جنسیتی

مفاهیم جنس، جنسیت و تبعیض جنسیتی با نظریه فمینیستی گره خورده است. از نکات تأمل برانگیز در نظریات فمینیستی، قائل شدن به تمایز میان مفهوم جنس و جنسیت است. جنس نوعی طبقه‌بندی زیستی است که پایه آن را ویژگی‌های ژنتیکی افراد تشکیل می‌دهد، اما جنسیت شامل نقش‌های اجتماعی و رفتارهایی است که فرهنگ و جامعه برای جنس‌ها قائل می‌شود. این نقش‌ها که دامنه انتظارات رفتاری از جنس مرد و زن را مشخص می‌کند در حقیقت ساختاری اجتماعی دارد نه ساختاری زیستی و ازپیش تعیین شده است. (وایت و هینز، ۱۳۹۰) این نقش‌ها مبتنی بر پیش‌فرض‌های مربوط به جنسیت و تفاوت جنسیتی است (هیدنسون، ۱۳۸۸). فمینیست‌ها در دهه ۱۹۷۰ میلادی مفهوم جنسیت را به این دلیل ابداع کردند که بیان کنند نسبت جنسیت زنان و مردان در همه فرهنگ‌ها یکسان نیست و در گذر زمان تغییر می‌کند. از این رو، نظریه جنسیت برای زنان و مردان جایگاه اجتماعی قائل است و نه جایگاه زیست‌شناختی (روباتم، ۱۳۸۷). تاریخ با منبع مطابقت ندارد گاهی مفهوم جنسیت و جنس، مترادف هستند، اما منظور از جنس، ویژگی‌های بیولوژیک فرد جنسیت و منظور از

1. Convention on the elimination of all forms of discrimination against women

جنسیت، نقش‌هایی است که اجتماع برای زنان و مردان قائل است. در جنسیت، انتظارات اجتماعی از رفتار مناسب هر جنس مورد نظر است که مبنای این تفاوت‌های جنسیتی به نگرش‌ها، باورها، هنجارها و ارزش‌های جامعه نسبت داده می‌شود (عیسی‌خانی، ۱۳۸۳). در مقررات داخلی، تعریفی از جنس و جنسیت به میان نیامده است و در کنوانسیون منع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان مصوب ۱۹۷۹ نیز مستند به ماده ۱، تبعیض جنسیتی را بدین شرح تعریف کرده است: «قائل شدن به هرگونه تمایز، استثنا یا محدودیت برمبنای جنسیت در زمینه‌های سیاسی، اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی، مدنی و یا هر زمینه دیگر».

۲. مفهوم‌شناسی مفهوم روسپیگری

دهخدا در کتاب لغت‌نامه (۱۳۷۷) در تعریف واژه روسپی آورده است: «زن فاحشه و بدکاره بوده و مخفف روسپید و از باب تسمیه شیء به ضد، بر زنان هرزه و روسیاه به عنوان طعنه و تمسخر اطلاق می‌شود». به اعتقاد ایشان این واژه معرب روسپی بوده و در زمان صحابه و تابعین استعمال می‌شد، ولی این اعتقاد به دلیل فقدان سابقه لغوی در میان لغت‌شناسان عربی و کتب آنها مانند لسان العرب، معجم مقاییس اللغة و جمهره اللغة مردود اعلام شده است. شاید بتوان واژه‌هایی مانند داعره و عاهره (مألف، ۱۹۸۶) را در کتب لغت عربی معادل روسپی در زبان فارسی دانست. واژه مشابه روسپی در متون فقهی، «المشهوره بالزنا» می‌باشد که در لسان فقها در ابواب فقهی نکاح، حد قذف و لعان استعمال شده است. در کتاب روایی وسائل الشیعه در روایت منقول از امام صادق (ع) واژه دواعی و بغایا به چشم می‌خورد. منظور از دواعی و بغایا در این روایت، آن دسته از زنانی هستند که مردان را به سمت خود جذب می‌کنند (با انگیزه مالی و غیرمالی) یا معروف به زنا هستند (حرعاملی، ۱۴۱۴، ۳/۳۶۸).

تعریف اصطلاحی متعددی از واژه روسپیگری ارائه شده است. مطالعه این تعاریف حاکی از آن است که ماهیت روسپیگری، در ارتکاب جرم زنا توسط زن با قصد و رضایت خویش و با انگیزه دریافت پول نهفته است. برخی، ایجاب دادن زن برای برقراری رابطه جنسی با مرد در مقابل دریافت پول را روسپیگری می‌دانند. برخی دیگر، روسپیگری را به مفهوم تقاضا یا توافق بین زن و مرد برای انجام رابطه جنسی در قبال پول می‌دانند. ناگفته پیداست که این پدیده مجرمانه در تعریف خود، درخواست پول توسط زن در قبال رابطه جنسی با مرد را در برمی‌گیرد. با توجه به این تعاریف مشخص می‌شود که روسپیگری دارای دو عنصر اساسی: «ارائه هرگونه خدمات جنسی از سوی زن» و «دریافت پول یا بهره مالی در قبال آن» است. به عبارت دیگر، روسپیگری به مفهوم دریافت پول در مابه‌ازای ارائه خدمات جنسی از سوی زن فاحشه است (کریمی مجد، ۱۳۸۰).

۳. تحولات حاکم بر کنوانسیون منع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان

در ۱۸ دسامبر ۱۹۷۹، کنوانسیون رفع هرگونه تبعیض علیه زنان توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد تصویب شد که پس از تصویب کشور بیستم در تاریخ ۴ سپتامبر ۱۹۸۱ در قالب معاهده‌ای بین‌المللی لازم‌الاجرا شد. تا دهمین سالگرد کنوانسیون در سال ۱۹۸۹ یک صد کشور توافق کرده‌اند که به مفاد آن ملزم باشند. تلاش‌ها برای پیشرفت زنان به اعلامیه‌ها و کنوانسیون‌های مختلفی منتهی شد که کنوانسیون رفع انواع تبعیض علیه زنان اصلی‌ترین و جامع‌ترین سند است. در میان معاهدات بین‌المللی حقوق بشر، این کنوانسیون در آوردن نیمی از نیروی انسانی یعنی زنان، به کانون توجهات حقوق بشر نقش بسیار مهمی دارد. این کنوانسیون یکی از ۱۰ اصل اصلی حقوق بشر سازمان ملل است. ۳۰ ماده این کنوانسیون که بیشتر در قالب لایحه حقوق زنان توصیف می‌شود مجموعه‌ای از حقوق مدنی، سیاسی، اقتصادی و اجتماعی زنان است. کنوانسیون رفع هرگونه تبعیض علیه زنان، دستاورد بسیار مهم جامعه بین‌المللی برای احیای مقام و موقعیت زن و زدودن تبعیض، تحقیر و بی‌عدالتی از او و اعطای نقش فعال به او در ساختار توسعه جامعه بشری است و تلاش می‌کند که به طور

کامل در اذهان رسوخ کند که زن بودن فی نفسه نقص نیست و مرد بودن به ذاته کمال نیست و نباید منجر به حقوق کمتر یا محدودیت بیشتر زنان و حقوق و امتیازات بالاتری برای مردان باشد، بلکه هر دو انسان هستند و باید حیثیت، کرامت و حقوق انسانی یکسانی را برای آنها به رسمیت شناخت.

اهداف کنوانسیون، از بین بردن تمام نگرش‌ها، اعمال، تمایزها، استثنائات یا ترجیحات براساس جنسیت است که زنان را در موقعیت نامطلوبی نسبت به مردان قرار می‌دهد. این کنوانسیون، برابری کامل زنان و مردان را براساس قانون به رسمیت می‌شناسد و در پی ایجاد مساوات و عدالت در پیشبرد برابری مرد و زن با تأکید بر ریشه‌کن کردن همه انواع تبعیض و مشارکت دادن زنان در تمام زمینه‌ها با اعتقاد بر این است که توسعه و رفاه جهانی و برابری صلح، نیازمند عدم تبعیض میان زنان و مردان است.

۴. روسپیگری در «کنوانسیون منع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان مصوب ۱۹۷۹»

کنوانسیون منع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان (مصوب ۱۹۷۹) به طور همه جانبه درصدد مبارزه با تبعیض جنسیتی علیه زنان است و در مورد امور کیفری ذیل بند «ز» ماده ۲ این کنوانسیون مقرر می‌دارد: «دول عضو، هرگونه تبعیض علیه زنان را محکوم کرده، موافقت می‌کنند که بدون درنگ، سیاست رفع تبعیض از زنان را با کلیه ابزارهای مناسب دنبال نموده و با این هدف موارد زیر را متعهد می‌شود: ... (ز) فسخ کلیه مقررات کیفری ملی که موجب تبعیض نسبت به زنان می‌شود». همچنین ماده ۶ این کنوانسیون در مورد پدیده روسپیگری مقرر داشته است: «دول عضو، کلیه اقدامات مقتضی از جمله وضع قوانین را به منظور جلوگیری از حمل و نقل غیرقانونی و بهره‌بری از روسپیگری زنان به عمل خواهند آورد». (قامت و قمی، ۱۳۹۱)

باتوجه به این مقررات، مشخص می‌شود که کنوانسیون تعریفی از روسپیگری ارائه نکرده و به طور کلی باهدف پیشگیری از بهره‌وری جنسی از زنان روسپی سخن گفته است. حال اینکه تعریف روسپیگری و نقش زن روسپی در ایجاد موقعیت در معرض بهره‌وری قرار گرفتن چیست و کدامین ابزار کیفری برای مبارزه با روسپیگری توصیه شده است در کنوانسیون مغفول مانده است. تنها چیزی که از این کنوانسیون می‌توان استنباط کرد این است که قوانین کیفری مغایر در امر مبارزه با روسپیگری از جمله سیاست کیفری جرم‌انگاری و سزادهی‌های متنوع و متفاوت با جنس زن و مرد باید کنار گذاشته شود. هرچند این کنوانسیون و روح حاکم بر آن - با توجه به بندهای «ب»، «و» و «ز» ماده ۲ و نیز ماده ۶ - در امور کیفری، همانند سایر زمینه‌ها، بر تساوی همه جانبه زنان و مردان تأکید دارد و هرگونه تبعیض را نفی می‌کند، اما نفی مقررات کیفری و حتی اصول قانون اساسی مغایر با این کنوانسیون، از نظر عضویت ایران در آن با چالش جدی مواجه است. این امر موجب می‌شود در کشورهایی که فرهنگ و دین در زندگی اجتماعی و مقررات آنها ریشه دوانیده و برای جایگاه خانواده اهمیت بسیاری قائلند، ناخواسته تلاش برای تغییر و تضعیف آموزه‌های دینی و فرهنگی حاکم بر مقررات کیفری شکل گیرد. اثر عضویت در این کنوانسیون برای ایران و کشورهای اسلامی (۵۸ کشور)، رنگ باختن نهاد خانواده و مذهب در نتیجه تغییر برخی اصول قانون اساسی مرتبط با آموزه‌های اسلامی درباره زنان و مردان، و نیز تغییر و نسخ مقررات کیفری برآمده از آموزه‌های فقهی و دینی (اصل ۴ قانون اساسی) و جایگزینی آنها با مقررات یکسان با نظام‌های حاکم بر غرب است.

رویکرد جنسیتی این کنوانسیون با مقررات کیفری ایران که بر اساس اصل ۴ قانون اساسی و مقدمه آن از تعالیم اسلامی و فقه شیعه نشأت گرفته است، در تعارض جدی قرار دارد. پس از استقرار نظام جمهوری اسلامی و تدوین قانون اساسی، اراده کشور بر این قرار گرفت که به دلیل ستم دیرینه به زنان در طول تاریخ، با بهره‌گیری از احکام اسلامی، در راستای حمایت از زنان و تحکیم حقوق خانواده گام بردارد و سهمی برای زنان در عرصه‌های اقتصادی، اجتماعی و حتی فعالیت‌های سیاسی نسبی در نظر گیرد. به عبارتی، برخلاف بسیاری از نظام‌های سیاسی دیگر، به زن کرامت بخشد و او را نه در قالب یک ابزار،

بلکه با محوریت دادن به نقش مادر و به عنوان عاملی برای شکل دهی به جامعه‌ای سالم و کارآمد، احترام نهد. با وجود این چالش‌ها، توجه جدی‌تر به رویکرد اصلاحی جنسیتی قوانین در حوزه زنان، خروج از فشارهای بین‌المللی ناشی از ابزار قرار گرفتن شعار نقض حقوق بشر علیه ایران، طرح مقررات شرعی و اسلامی در کمیته رفع تبعیض علیه زنان، و همچنین اجتناب از تبعات اجرای الزام‌آور مقررات این کنوانسیون به دلیل قواعد آمره یا عرف بین‌المللی ناشی از اجرای گسترده مقررات کیفری و سایر مقررات آن، همگی موجب می‌شوند که عضویت در این کنوانسیون اجتناب‌ناپذیر به نظر برسد. برای رفع یا کاهش تناقضات موجود بین این کنوانسیون با مقررات شرعی و حقوق کیفری ایران، چه در زمینه مدل مبارزه با روسپیگری و چه در سایر حوزه‌ها، الحاق ایران به این کنوانسیون باید مشروط به «عدم مغایرت مقررات آن با احکام شرعی و قوانین موضوعه کیفری در امر مبارزه با روسپیگری و سایر جرایم ناقض حقوق زنان» باشد، یا با اعمال حق شرطی مشخص و محدود در برخی قوانین و حوزه‌های مربوط به مبارزه با تبعیض جنسیتی همراه گردد.

در این مورد، به نظر می‌رسد بهترین راهکار، بررسی و تطبیق مقررات مغایر با حقوق داخلی و احصای دقیق و جزئی آنها، و سپس اعلام و اعمال این موارد در قالب حق شرطی محدود و معین برای کسب عضویت باشد؛ حتی اگر این حق شرط مغایر با عرف بین‌الملل، خواست اعضا یا اهداف کنوانسیون باشد. (قامت و قمی، ۱۳۹۱) این رویکرد مبتنی بر قاعده فقهی «الجمع مهما امکن اولى من الطرح» شایسته توجه است؛ زیرا با شناسایی دقیق مقررات کیفری مغایر با کنوانسیون و اعلام آن به صورت حق شرط معین، مصادیق تعارضات بین حقوق کیفری داخلی و کنوانسیون آشکار می‌شود. در نتیجه، به جای رد کلی کنوانسیون به بهانه عدم انطباق با شرع و قانون اساسی، می‌توان مقررات داخلی و کنوانسیون را به طور همزمان و جز در موارد تعارض مشخص، به اجرا درآورد.

راهکار دیگر، همسو کردن سایر کشورهای اسلامی غیر عضو برای تعیین حق شرط محدود به منظور عضویت است. این راهکار به دلیل هماهنگی و وحدت رویه جمعی کشورهای اسلامی، می‌تواند تأثیر بیشتری در تحقق عضویت مشروط داشته باشد.

۵. روسپیگری از منظر قانون موضوعه کیفری ایران

۵-۱. رویکرد جنسیتی قانون ماهوی کیفری به روسپیگری

بررسی مقررات حقوق کیفری نشان می‌دهد که روسپیگری به عنوان جرمی مستقل با کیفر مشخص، در قانون تعریف نشده است. به نظر می‌رسد این پدیده مجرمانه را باید در قالب جرایم جنسی حدی، مانند زنا در اشکال مختلف قانونی، مساحقه و رابطه نامشروع تعزیری مادون حد، که در کتاب حدود و تعزیرات پیش‌بینی شده‌اند، مطالعه کرد. یکی از جرایم جنسی مرتبط با ارکان تشکیل دهنده روسپیگری، که در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با تحولات تقنینی در سیاست کیفری روبرو شده، جرم زنا است. به دلیل فقدان تعریف قانونی از روسپیگری، این پدیده مجرمانه را باید در ارتباط با جرایم جنسی حدی مانند زنا یا مساحقه (هم جنس‌بازی زنان) یا رابطه نامشروع تعزیری مادون حد تفسیر نمود.

در سطح کلان، جرم زنا با توجه به مقررات کیفری مربوطه، هر دو حالت بزهکاری و بزه‌دیدگی زن را در برمی‌گیرد، اما روسپیگری به این دلیل که با میل و رضایت زن انجام می‌شود، مرتبط با بزهکاری جنسی اوست و در نقطه مقابل تجاوز جنسی به عنف قرار دارد. بدین ترتیب، تجاوز به عنف به عنوان یکی از مصادیق بزه‌دیدگی زنان، در چارچوب جرم زنا قابل بررسی است. تجاوز، تهاجمی به حریم مقدس فرد، نوعی نزدیکی جنسی قلمداد می‌شود که نه تنها به خودی خود تحقیرآمیز است، بلکه ترس از بیماری‌های مقاربتی و حاملگی ناخواسته را نیز ایجاد کرده و آثار مخربی بر روح و روان زن برجای می‌گذارد. (کلاکسون، ۱۳۷۲)

باتوجه به اینکه زنا در زمره جرایم جنسی است، در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز همانند دوره‌های تقنینی

گذشته، اشکال متنوع این جرم با مجازات‌های مختلف مورد توجه قرار گرفته است. مقنن ایرانی در ماده ۲۲۱ این قانون، زنا را که در پدیده روسپیگری مرتبط است، این‌گونه تعریف می‌کند: «زنا عبارت است از جماع مرد و زنی که علقه زوجیت بین آنها نبوده و از موارد وطی به شبهه نیز نباشد». این ماده به طور کلی درصدد بیان دخالت زن در تحقق جرم زناست، فارغ از اینکه در مقام بزه‌دیده یا بزه‌کار باشد. سپس در مواد ۲۲۲، ۲۲۴، ۲۲۵، ۲۲۸، ۲۲۹ و ۲۳۰ همین قانون، با توجه به محسن یا غیرمحسن بودن زناکاران، برای زنا با محارم، زنا به عنف یا زنا با زن پدر، مجازات‌هایی (حسب مورد) از قبیل شلاق حدی یا اعدام پیش‌بینی شده است.

ناگفته نماند که ممکن است روسپیگری زن در قبال دریافت پول، لزوماً به زنا منجر نشود و به برقراری عمل منافی عفت یا رابطه نامشروع ختم شود. قانون‌گذار ایرانی در ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵، برای زنی که با مرد اجنبی مبادرت به برقراری رابطه نامشروع مادون زنا کند، مجازات شلاق تا ۹۹ ضربه را پیش‌بینی کرده است. اداره کل حقوقی قوه قضائیه طی نظریه‌های مشورتی ۱۴۵۲/۹۷/۷ و ۸۳۹/۹۶/۷ و ۵۹۷/۹۶/۷ و ۱۷۶۴/۹۹/۷ در مورد مفهوم و مصادیق جرایم منافی عفت چنین می‌گوید: «اعمالی غیر از مواقعه که ارتکاب آن از ناحیه کسانی که بین آنان علقه زوجیت موجود است، مشروع و قابل پذیرش است از طرف کسانی که نسبت به هم اجنبی به شمار می‌آیند از نگاه شرع و عرف، قابل سرزنش و نکوهش است و جرم یا گناه محسوب شده و عمل منافی عفت تلقی می‌شود». مصادیق جرایم منافی عفت در ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ دو بخش است: بخش اول، ناظر به روابط نامشروع و بخش دوم، ناظر به عمل منافی عفت است. در موارد موضوع این ماده در مورد روابط نامشروع، ارتباط فیزیکی بدنی شرط نیست، اما در ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و اصلاحات و الحاقات بعدی، جرایم منافی عفت با توجه به تعریف مذکور در تبصره این ماده، شامل جرایم جنسی حدی و روابط نامشروع تعزیری مانند تقبیل و مضاجعه است. بنابراین، با در نظر گرفتن مثال‌های یادشده، منظور از جرایم رابطه نامشروع تعزیری در ماده ۳۰۶ قانون یاد شده فقط آن دسته از جرایمی است که در آنها رابطه جنسی فیزیکی شرط است. عدم ارائه تعریفی جامع و روشن از سوی قانون‌گذار در مورد بزه منافی عفت و رابطه نامشروع موجبات بروز تشتت آرای قضایی و اختلاف نظرهای متعددی در محاکم شده است.

امروزه در حوزه دادرسی، آنچه بیش از پیش مورد توجه قرار می‌گیرد این است که در بیشتر موارد، قضات تحقیق با تکیه بر اطلاق ماده‌ی ۳۰۶ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و از طرفی به دلیل نبود تعریفی واضح در این مورد، به دنبال عدم ورود به پرونده‌های منافی عفت به صورت مطلق بوده و پرونده‌ها را به طور مستقیم به دادگاه‌ها ارسال می‌کنند. (بایرامی آرباطان، ۱۳۹۵) زن روسپی از روی عادت و با رضایت، در قبال دریافت پول، خدمات جنسی ارائه می‌دهد. بنابراین، براساس ماده ۱۴۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ چنین زنی در ارتکاب جنسی عمد دارد و از روی عقل، بلوغ، اختیار و بدون اکراه به زنا یا برقراری رابطه نامشروع تعزیری مبادرت می‌کند. بنابراین، به عنوان بزه‌کار، مسئولیت کیفری دارد و مجازات خواهد شد. چنانچه زنی به اجبار یا با اکراه و عدم رضایت، توسط مرد اجنبی وادار به ارتکاب جرایم یادشده شود، جرم تجاوز به عنف محقق شده است. در این صورت، چنین زنی حتی اگر در ازای عمل پول دریافت کند، قربانی جنسی به شمار می‌رود و روسپی قلمداد نمی‌شود. دلیل این امر آن است که ملاک اصلی در روسپیگری، عادت به ارتکاب این عمل و پیشه کردن زنا یا روابط نامشروع و ارائه خدمات جنسی در ازای دریافت پول است و تنگدستی یا دارایی زن تأثیری در این تعریف ندارد. (بایرامی آرباطان، ۱۳۹۵)

براساس تبصره ۲ ماده ۲۲۴ و تبصره ۲ ماده ۶۵۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، هرگاه زنا با زنی که راضی به این عمل نیست - اعم از اینکه در حالت بیهوشی، جنون، خواب یا مستی باشد - یا با دختر نابالغ از طریق اغفال، فریب یا ترساندن صورت گیرد، زنا به عنف محقق شده است. مطابق بند «ت» ماده ۲۲۴ همین قانون، خشونت جنسی علیه

چنین زنی در قالب حد زنای به عنف، مجازات اعدام خواهد داشت. همچنین، براساس ماده ۲۳۱ این قانون، اگر زن بزه دیده جنسی باکره باشد، مرد زانی علاوه بر مجازات یادشده، به پرداخت ارش البکاره و مهرالمثل محکوم می‌شود؛ و اگر زن قربانی تجاوز، باکره نباشد، زانی به پرداخت مهرالمثل محکوم خواهد شد (نادری و نادری، ۱۳۹۷). بنابراین، این دسته از احکام کیفری حمایتی در مورد زنان روسپی که با رضایت شخصی به تن‌فروشی مبادرت می‌ورزند، قابل اجرا نیست. از سوی دیگر، ممکن است زنی در ازای دریافت پول، به هم‌جنس‌بازی با جنس موافق خود اقدام کند و به تعبیری، مرتکب روسپیگری در قالب جرم مساحقه شود؛ در مواد ۲۳۸ و ۲۳۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، جرم مساحقه با کیفر ۱۰۰ ضربه شلاق حدی تعریف و پیش‌بینی شده است.

با این رویکرد می‌توان دریافت که مقنن ایرانی با الهام از احکام اسلامی و نظرات فقهای امامیه، به روسپیگری - فارغ از اینکه به زنا، رابطه نامشروع تعزیری یا مساحقه منتهی شود و نیز بدون توجه به انگیزه مالی یا غیرمالی مرتکب - با نگاهی سخت‌گیرانه و در چارچوب سیاست کیفری تشدیدتی توجه کرده است. برای زن روسپی که در ازای پول مرتکب زنا یا رابطه نامشروع مادون زنا می‌شود، حسب مورد مجازات‌هایی از قبیل حد قتل (در موارد احصان یا زنا با محارم)، ۱۰۰ ضربه شلاق حدی (در زنای ساده با رضایت) یا شلاق تعزیری تا ۹۹ ضربه پیش‌بینی شده است. از آنجا که در روسپیگری، زن با دریافت پول به ارتکاب جرایم جنسی (اعم از حدی یا تعزیری) راضی است، مفهوم تجاوز به عنف در مورد وی منتفی خواهد بود. پرواضح است که برقراری عدالت جنسیتی، به عنوان یکی از شاخصه‌های عدالت در حقوق کیفری، باید مورد توجه قرار گیرد. از این رو، با نگاهی گذرا به قوانین کیفری ایران، چنین استنباط می‌شود که در قانون مجازات اسلامی، در تعیین مجازات‌های حدی، تفاوت‌های جنسیتی کم‌وبیش توجه شده و در برخی موارد برای زنان - اعم از روسپی یا غیرروسپی - تبعیض مثبت اعمال شده است.

یکی از این موارد، زنای با زن پدر، زنای مرد غیرمسلمان با زن مسلمان و زنای به عنف است که در بندهای سه‌گانه ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، فقط برای مرد زناکار مجازات اعدام پیش‌بینی شده است و از این نظر، این مورد نوعی تبعیض مثبت نسبت به زنان روسپی نیز می‌باشد. همچنین در این زمینه می‌توان به مواد ۲۴۳، ۲۲۸ و تبصره ۱ ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی اشاره کرد. در مقابل، در مجازات‌های تعزیری مربوط به جرایم منافی عفت، این تفاوت مورد توجه قرار نگرفته است. این در حالی است که وسیع‌ترین دایره جرایم از نظر مجازات‌ها در نظام حقوقی ایران، جرایم تعزیری هستند.

۵-۲. رویکرد قانون آیین دادرسی کیفری به روسپیگری

اصل ۲۱ قانون اساسی ایران به حقوق قضایی زنان اشاره می‌کند. بند ۱ و به‌ویژه بند ۳ اصل ۲۱ برای حمایت از حقوق قضایی زنان مقرر داشته است: «دولت موظف است حقوق زن را در تمام جهات با رعایت موازین اسلامی تضمین کند و امور زیر را انجام دهد: ایجاد زمینه‌های مساعد برای رشد شخصیت زن و احیای حقوق مادی و معنوی او؛ و ایجاد دادگاه صالح برای حفظ کیان و بقای خانواده». قانون آیین دادرسی کیفری مهمترین منبع دادرسی در امور کیفری است که با وضع قوانین خاص، در صدد توجه به حقوق زنان بزه‌کار بوده است. در این زمینه، توجه به حقوق متهمان زن در مرحله تحقیقات مقدماتی اهمیتی ویژه‌ای دارد. موازین اخلاقی و شرعی ایجاب می‌کند که در فرآیند تحقیق و بازجویی از زنان، از سویی به منظور رعایت مقررات شرعی و ارزش‌های دینی، ضوابط و قواعد ویژه‌ای مورد توجه قرار گیرد و از سوی دیگر، برای حفظ کرامت بانوان و تأمین آسایش و امنیت روانی آنان، اقدامات لازم توسط ضابطان قضایی زن آموزش دیده به اجرا درآید. قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ در ماده ۴۲ به مقررات دادرسی افتراقی زنان با مردان توجه کرده است. به موجب این ماده: «بازجویی و تحقیقات از زنان و افراد نابالغ در صورت امکان باید توسط ضابطان آموزش دیده زن و با

رعایت موازین شرعی انجام شود». در این مقرره، قانون‌گذار با هدف رعایت ضروریات شرعی و تأمین امنیت روانی زنان در فرایند دادرسی و تحقیقات، پلیس زن را در زمره ضابطان عام قرار داده است (ایزدی و مهدوی کنی، ۱۳۹۹).

زنان بزهکار را می‌توان در زمره مجرمان احساساتی دسته‌بندی کرد. ویژگی‌های شخصیتی و روانی خاص زنان و همچنین احساساتی و عاطفی بودن آنان در مقایسه با مردان بزهکار، موجب تفاوت در نوع، ماهیت، میزان و دفعات ارتکاب جرم شده است. همین ویژگی‌های شخصیتی و تفاوت‌های مجرمانه زنان، سبب اهمیت یافتن تخصصی کردن بازجویی و تحقیقات از زنان بزهکار در قانون گردیده است. مقنن در ماده ۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، درصدد اشاره به رعایت یکی از حقوق فمینیستی در عرصه دادرسی کیفری بوده است. شایسته بود قانون‌گذار ایرانی، با توجه و عمل به بند ۳ اصل ۲۱ قانون اساسی و با الهام از ضرورت تشکیل دادگاه‌های تخصصی مانند دادگاه خانواده و دادگاه اطفال، دادسرا و دادگاه کیفری تخصصی ویژه‌ای برای رسیدگی به اتهامات زنان متهم پیش‌بینی می‌کرد؛ یا حداقل به اتهامات زنان روسپی نیز در دادگاه اطفال و نوجوانان - بدون نیاز به کیفرخواست و با در نظر گرفتن امتیازات ویژه متناسب با جنس مؤنث - رسیدگی می‌شد. با این رویکرد، همانند حکم مقرر در ماده ۴۲، توجه قانون‌گذار به بزهکاران زن تکمیل می‌گردید.

اختیاری بودن بازجویی و تحقیق توسط ضابط زن، ضرورت تخصصی شدن رویکرد قضایی به اتهامات اطفال و زنان را در مرحله تحقیقات مقدماتی خنثی و ناقص می‌کند. از سوی دیگر، توجه قانون‌گذار در ماده ۴۲ به جایگاه پلیس زن و به‌کارگیری زنان پلیس در مرحله تحقیقات مقدماتی برای بازجویی از زنان بزهکار، به پیشگیری وضعی از بزهکاری زنان نیز کمک می‌نماید. پیشگیری وضعی با تغییر شرایط محیطی، زمانی و مکانی وقوع جرم و دشوارسازی فرصت‌های مجرمانه، درصدد آن است که پاسخ مجرمان بالقوه به موقعیت‌های ارتکاب جرم را سلب یا حداقل کاهش دهد. پلیس زن می‌تواند با ارائه خدماتی نظیر مشاوره، اطلاع‌رسانی، روان‌شناسی و آگاه‌سازی به زنان قربانی خشونت، ارائه کمک‌های ضروری، ارتقای امنیت زنان، ایجاد ارتباط صمیمانه، ارائه خدمات مشاوره‌ای و پلیسی، و نیز زمینه‌سازی برای فرهنگ‌پذیری و رعایت موازین اخلاقی، در پیشگیری از جرم مؤثر باشد. (رأیجی پارسایی و همکاران، ۱۳۹۵)

با وجود تمثیلی بودن مصادیق و موضوعات مرتبط با تشکیل دادرهای تخصصی در ماده ۲۵ قانون آیین دادرسی کیفری، توجه به تشکیل دادسرا یا دادگاه ویژه برای رسیدگی به جرایم زنان روسپی و سایر زنان مجرم، موضوع مهم دیگری است که در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مغفول مانده و با بی‌تفاوتی جنسیتی مواجه شده است. مقررات دادرسی کیفری ناظر بر ماده ۲۴۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، با تأکید بر اصل مستور نگه‌داشتن و ممنوعیت تعقیب و تحقیق در جرایم منافی عفت - از جمله روسپیگری - جز در موارد مصرح قانونی (مانند وجود شاکی خصوصی، سازمان‌یافته بودن جرم، ارتکاب علنی در مرئی و منظر عموم، یا به عنف بودن)، جلوه‌ای خاص از توجه قانون‌گذار به مسئله جنسیت در مقررات دادرسی است. براین اساس، اگر زنی روسپیگری را انکار کند و ادله مثبت‌ای بر وقوع آن موجود نباشد، تعقیب و تحقیق ممنوع خواهد بود.

نگاه اجمالی به رویه‌های قضایی دادگاه‌ها و دیوان عالی کشور ایران نشان می‌دهد که مراجع قضایی، به تبعیت از قانون، دلایل معنوی - علمی را در قلمرو اثبات جرائم منافی عفت مورد توجه قرار نمی‌دهند. حتی در مواردی که دلایل علمی روشنی دال بر وقوع جرم و انتساب آن به متهم وجود دارد، مراجع قضایی وقوع جرم را محرز ندانسته و متهم را تبرئه می‌کنند. اگرچه این دلایل می‌توانند برای قاضی ایجاد اقتناع وجدانی کنند، رویه قضایی حاضر عمدتاً بر وفاداری به شیوه دلایل قانونی پایبند است. هرچند این پایبندی قابل تحسین بوده و مبانی فقهی آن مستحکم و غیرقابل انکار است، در عمل به‌طور مکرر مشاهده می‌شود که قربانی جرم، بدون دفاع مناسب باقی مانده و حقوق او تضییع می‌شود.

در رأی وحدت رویه شماره ۲۵ مورخ ۱۳۷۶/۹/۱۱ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، وفاداری به قاعده قانونی بودن ادله

اثبات به وضوح مشاهده می‌شود. براساس این رأی، جرم لواط فقط با چهار بار اقرار در دادگاه قابل اثبات است و برای دلایل علمی، جایگاهی در نظر گرفته نشده است. متن رأی به این شرح است: «با توجه به اینکه محکومیت به اعدام به عنوان حد لواط مستند به اقرار است و براساس مواد ۱۱۵ و ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی، حد لواط با چهار بار اقرار ثابت می‌شود و اقرار کمتر از چهار بار موجب حد نیست و به دلالت صورت جلسات دادرسی، در حد نصاب مقرر به ارتکاب لواط اقرار نشده و با وجود نقض حکم، استناد دادگاه مرجوع‌الیه به اقرار مرحله قبلی دادرسی نیز موجه و مؤثر نمی‌باشد».

از نظر صلاحیت ذاتی رسیدگی به اتهام روسپیگری، باید قائل به تفکیک بود و با توجه به نوع جرم ارتكابی و کیفیت رفتار زن روسپی، دادگاه کیفری دو یا دادگاه کیفری یک را حسب مورد صالح به رسیدگی دانست. مطابق کلیت ماده ۳۰۱ و بندهای الف مواد ۳۰۲ و ۳۰۶ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، رسیدگی به اتهامات زن روسپی در جرم رابطه نامشروع مادون زنا (ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵) در قالب جرم تعزیری درجه شش، و نیز جرایم مساحقه و زنا ساده، در صلاحیت دادگاه کیفری دو قرار دارد، اما اگر زن روسپی در حال احسان یا با فرزندخوانده خود مرتکب زنا شود، یا با گرفتن پول به عنف، دیگری را وادار به زنا کند، قانون‌گذار با پیش‌بینی دادگاه تخصصی کیفری یک در ماده ۲۹۶ همین قانون، به دلیل اهمیت و شدت مجازات این جرایم، رسیدگی توسط چند قاضی را (با هدف افزایش دقت، سرعت دادرسی و کاهش خطای قضایی) در دادگاه کیفری یک برای این جرایم اختصاص داده است (خالقی، ۱۳۹۰). همچنین، براساس بند الف ماده ۳۰۲ این قانون، رسیدگی به جرایم جنسی زنان روسپی که مستوجب مجازات سلب حیات هستند، از قبیل زنا در شرایط احسان (ماده ۲۲۵)، زنا به عنف با انگیزه کسب مال، زنا با فرزندخوانده، و نیز تکرار جرایم جنسی مستوجب حد توسط زن روسپی (مانند زنا ساده و مساحقه برای بار چهارم پس از اجرای مجازات در دفعات پیشین - ماده ۱۳۶) در صلاحیت ذاتی دادگاه کیفری یک قرار گرفته است.

در این مورد، نظریه مشورتی شماره ۸۳۹/۹۶/۷ مورخ ۱۳۹۶/۰۴/۱۳ اداره کل حقوقی قوه قضائیه بیان می‌کند که ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ شامل دو بخش مجزا است: بخش اول ناظر بر روابط نامشروع و بخش دوم ناظر بر عمل منافی عفت. در موارد مربوط به بخش اول این ماده (روابط نامشروع)، وجود ارتباط فیزیکی بدنی شرط تحقق جرم نیست. اما مطابق ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و اصلاحات بعدی آن، جرایم منافی عفت - با توجه به تعریف ارائه شده در تبصره این ماده - شامل جرایم جنسی حدی و روابط نامشروع تعزیری از قبیل تقبیل و مضاجعه می‌شود. براین اساس، با توجه به مثال‌های یادشده، مقصود از «جرایم رابطه نامشروع تعزیری» در ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی کیفری، صرفاً آن دسته از جرایمی است که در آنها رابطه جنسی فیزیکی شرط باشد. همان‌گونه که در بند یک پاسخ نظریه مشورتی، اشاره شده است، رسیدگی و انجام تحقیقات مقدماتی درباره سایر جرایم مرتبط با رابطه نامشروع، تابع قواعد عام دادرسی و در صلاحیت دادرسی می‌باشد. ناگفته نماند که رسیدگی به اتهام زنا از سوی روسپی مجرد با زانی محصنه، در صلاحیت دادگاه کیفری یک محل وقوع جرم زنا خواهد بود. دلیل این امر، مفاد ماده ۳۱۱ قانون آیین دادرسی کیفری است که به منظور جلوگیری از تشتت آراء، اصل را بر صلاحیت ذاتی و محلی دادگاهی قرار داده است که صلاحیت رسیدگی به اتهام متهم اصلی را دارا می‌باشد.

نتیجه‌گیری

با مطالعه مقررات کنوانسیون و دکترین حقوقی، این نتیجه حاصل می‌شود که کنوانسیون رفع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان به صورت مختصر و کلی تدوین شده و رعایت ملاحظات هنجاری اسلام یا سایر ادیان، تا حدود زیادی تابع چگونگی تطبیق مفاد کنوانسیون با مصادیق موجود در هر جامعه است. رویکرد این سند به برابری جنسیتی، با رویکردی فردگرایانه

و افراطی همراه بوده است. از این رو، کنوانسیون رفع کلیه اشکال تبعیض بین زنان و مردان را به معنای یکسان سازی کامل حقوق و امتیازات، بدون توجه به اقتضائات جنسیتی، فرهنگی و مذهبی در جوامع مختلف، دنبال می‌کند. از سوی دیگر، توجه به نظام حقوق کیفری ایران و بررسی قوانین شکلی و ماهوی آن نشان می‌دهد که وفق مقدمه و اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، کلیه مقررات مصوب در کشور باید الهام گرفته از احکام شریعت و فقه امامیه باشد. در این چارچوب، اصل تساوی زن و مرد و توجه به کرامت، حقوق و جایگاه والای زن در قانون اساسی مورد غفلت واقع نشده و تمامی مقررات کیفری و مدنی، براساس موازین شرعی و برای صیانت از جایگاه زن و حفظ حقوق وی وضع شده‌اند.

پرواضح است که کشور نمی‌تواند خود را از صحنه مقررات بین‌المللی دور نگه دارد. با این حال، نظام‌های حقوقی غیراسلامی، فارغ از تعاریف و اشکال مختلفی که از جایگاه زن و حدود حقوق وی ارائه می‌دهند، با شعارهای فریبنده‌ای همچون مبارزه با تبعیض جنسیتی و برابری حقوق زن و مرد، درصدد حذف مقررات داخلی کشورهایی هستند که از عادات، فرهنگ، شریعت و اصول دینی برای تدوین قوانین و تنظیم روابط بین زن و مرد بهره می‌گیرند. نمونه بارز چنین معاهده‌ای، کنوانسیون منع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان (مصوب ۱۹۷۹) است که در حوزه مقررات کیفری، به طور کلی و بدون در نظر گرفتن ملاحظات داخلی کشورها، بحث حذف مقررات کیفری مغایر با کنوانسیون را مطرح کرده است. این کنوانسیون، بدون ارائه تعریفی مشخص از ماهیت روسپیگری و نیز بدون تبیین سازوکارها، روش‌ها و ابزارهای کیفری مبارزه با این جرم، صرفاً به پیشگیری از بهره‌کشی جنسی از زنان پرداخته است.

از سوی دیگر، مقررات ماهوی کیفری ایران اگرچه به طور خاص به پدیده روسپیگری نپرداخته است، بررسی ماهیت این جرم نشان می‌دهد که هرگونه ارتباط جنسی بین زن و مرد بدون وجود علقه زوجیت، اعم از اینکه در ازای دریافت پول یا با انگیزه‌های دیگر صورت گیرد، جرم محسوب می‌شود. براین اساس، مقررات شرعی و کیفری ماهوی ایران، حسب مورد، مجازات‌های حدی یا تعزیری را برای زن روسپیگر یا مرد بهره‌گنده پیش‌بینی کرده‌اند. از این رو، جرایمی مانند زنا، رابطه نامشروع مادون زنا و حتی مساحقه می‌توانند قالب‌های مختلف روسپیگری را تشکیل دهند.

اگرچه روسپیگری به هر نوع بهره‌کشی جنسی از زن در ازای دریافت پول یا خدمات مالی اطلاق می‌شود، اما شکل کامل و غالب آن در قالب جرم زنا متصور است. این امر بدین معنا نیست که در حقوق کیفری ایران، به دلیل عدم تعریف صریح از ماهیت آن، مصادیقی مانند مساحقه یا رابطه نامشروع مادون زنا - که شامل هرگونه رابطه و بهره‌کشی جنسی از زن می‌شود - خارج از دایره شمول این مفهوم قلمداد گردد. در مقررات دادرسی کیفری نیز، متأثر از مقررات ماهوی داخلی، رویکرد جنسیتی به زن روسپی همانند سایر مرتکبان جرایم منافی عفت است و از نظر صلاحیت رسیدگی در دادسرا و دادگاه، تابع قوانین و اصول کلی دادرسی ناظر بر جرایم جنسی حدی و تعزیری می‌باشد. براین اساس، با رعایت اصل منع تعقیب و تحقیق و لزوم مستور نگه داشتن جرم روسپیگری، متناسب با کیفیت رفتار ارتكابی و انطباق آن با جرایم جنسی حدی یا تعزیری، به اتهام زن روسپی در دادگاه کیفری دو یا یک رسیدگی می‌شود.

همین ویژگی ماهوی مقررات کنوانسیون، موجب شده است که موفقیت این سند در جلب التزام دولت‌های سکولار و حتی مذهبی با چالش‌های جدی مواجه شود. در نتیجه، دولت‌ها ناگزیر به اعمال حق شرط‌های گسترده بر مقررات آن روی آورده‌اند و گزارش‌ها و توصیه‌های عمومی کمیته رفع تبعیض نیز تاکنون منجر به ایجاد اصلاحات اساسی در این کشورها نشده است. با این حال، نمی‌توان به طور مطلق لزوم اصلاح قوانین و مقررات مرتبط با تبعیض جنسیتی را نادیده گرفت؛ به‌ویژه آنکه تعصب نسبت به رویه‌های حاکم در جامعه، امری مذموم تلقی می‌شود. بنابراین، همان‌گونه که در قوانین موضوعه ایران در زمینه‌های مختلف حقوق زنان (از جمله تصدی مناصب قضایی، مقررات دیات و احوال شخصیه) اصلاحاتی صورت پذیرفته است، در مواردی که علت اولیه وضع احکام از بین برود و تغییر چنین احکامی مغایرتی با موازین

شرعی نداشته باشد (با استناد به قاعده «الحکم یدور مع علته وجوداً و عدماً») می‌توان نسبت به اصلاح قوانین اقدام نمود. البته این امر به معنای عدم رعایت ملاحظات ناشی از قاعده «لاضرر» در چگونگی اعمال اصلاحات - به گونه‌ای که حداقل مفسده را به همراه داشته باشد- نخواهد بود.

ملاحظات اخلاقی

پیروی از اصول اخلاق پژوهش

نویسندگان تأکید می‌کنند که کلیه اصول اخلاقی در انجام و انتشار این پژوهش رعایت شده است. این موضوع توسط تمامی نویسندگان تأیید شده است.

عدم سوءرفتار علمی

مواردی مانند جعل داده‌ها، تحریف نتایج، سرقت ادبی (پلجیاریسم) و هرگونه رفتار غیراخلاقی دیگر در این پژوهش به طور جدی پرهیز شده است.

مشارکت نویسندگان

تمامی نویسندگان به صورت مساوی در طراحی پژوهش، نگارش مقاله، و ویرایش نسخه‌های نهایی مشارکت داشته‌اند.

تعارض منافع

نویسندگان عدم وجود تعارض منافع (Conflict of Interest) را در ارتباط با این پژوهش اعلام می‌کنند. به عبارت دیگر، هیچگونه منافع مالی یا شخصی که بر نتایج تحقیق تأثیرگذار باشد، وجود نداشته است.

حامی مالی

این پژوهش بدون دریافت هرگونه حمایت مالی از سازمان‌های دولتی، تجاری یا غیرانتفاعی انجام شده است.

سپاسگزاری

نویسندگان مقاله، از دانشکده الهیات و علوم اسلامی دانشگاه تبریز که حامی معنوی و علمی پژوهش حاضر بودند، قدردانی می‌کنند.

منابع

- ایزدی، نرگس، و مهدوی کنی، صدیقه (۱۳۹۹). دادرسی افتراقی زنان بزهکار از دیدگاه اسلام با نگاهی به جرم‌شناسی فمینیست. نشریه علمی فقه و حقوق خانواده، ۲۵ (۷۳)، ۴۹-۷۴.
- بایرامی آرباطان، رامین (۱۳۹۵). قانون آیین دادرسی کیفری در نظم حقوقی کنونی. تهران: انتشارات مجد.
- بدری منش، اعظم، معیدفر، سعید، حبیب‌زاده، محمدجعفر، و شاکری گلپایگانی، طوبی (۱۳۹۸). تحلیل ساختاری عدالت جنسیتی در کیفرگذاری جرایم تعزیری. نشریه حقوق کیفری، ۱۰ (۲)، ۷-۲۸.
- برهانی، محسن (۱۳۸۸). سیاست کیفری ایران در قبال روسپیگری. نشریه مطالعات راهبردی زنان، ۱۲ (۴۵)، ۷-۴۲.
- حراملی، محمدبن الحسن (۱۴۱۴ ه.ق). وسائل الشیعه. قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
- حیدری، مهدی، و سمیه، شریفی (۱۴۰۰). راهکارهای پیشگیری از بزه‌دیدگی زنان در نظام عدالت کیفری ایران. نشریه علمی- تخصصی قانون یار، ۵ (۲۰)، ۵۶۹-۵۹۰.
- خالقی، علی (۱۳۹۰). آیین دادرسی کیفری. تهران: نشر شهر دانش.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۷). لغت‌نامه. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- رائیجی پارسایی، نرگس، کاظمی، علیرضا، و حاتمی، اصغر (۱۳۹۵). مبانی فقهی نقش پلیس زن در یگان‌های ویژه. نشریه مطالعات پلیس زن، ۱ (۲۴)، ۴۹-۷۴.
- روباتم، شیدا (۱۳۸۷). زنان در تکاپو: فمینیسم و کنش اجتماعی. مترجم: صباغی، حشمت‌الله. تهران: شیرازه.
- شکری، رضا (۱۳۹۶). قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی مصوب ۱۳۹۲. تهران: نشر مهاجر.

- صالحی، فرشته (۱۳۹۴). پیشگیری وضعی از بزه‌دیدگی زنان. پایان‌نامه کارشناسی ارشد. دانشگاه علامه طباطبائی. دانشکده حقوق و علوم سیاسی. عیسی‌خانی، زهره (۱۳۸۳). نابرابری در ترازوبرابری جنسیتی. نشریه کتاب نقد، ۲(۳۱)، ۱۳۱-۱۴۴.
- فرجی‌ها، محمد. و آذری، هاجر (۱۳۸۸). حمایت کیفری از زنان قربانین تجاوز به عنف حقوق در ایران. نشریه علمی-پژوهشی رفاه اجتماعی، ۱۱(۴۰)، ۲۸۷-۳۱۴.
- قامت، جعفر. و قمی صابری، پرتو (۱۳۹۱). الحاق ایران به کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان، فرصت‌ها و تهدیدها. نشریه علمی-پژوهشی علوم سیاسی و روابط بین‌الملل، ۵(۱۸)، ۱۹۵-۲۰۰.
- کریمی مجد، رؤیا (۱۳۸۰). زیرگام‌های حریص در خیابان‌های بی‌بازگشت. نشریه زنان، ۱۹(۶۷)، ۱۴-۲۹.
- کلاکسون، سی‌ام‌وی (۱۳۷۲). تحلیل مبانی حقوق جزا. مترجم: میرمحمد صادقی، حسین. تهران: نشر جهاد دانشگاهی شهید بهشتی.
- مألوف، لوئیس (۱۹۸۶). المنجد فی اللغة. بیروت: دارالمشرق.
- مطهری، مرتضی (۱۳۹۶). نظام حقوق زن در اسلام. تهران: نشر صدرا.
- مودن‌زادگان، حسنعلی. و تدین، عباس (۱۳۹۳). زن در آیین دادرسی کیفری ایران و فرانسه. نشریه پژوهش حقوق کیفری، ۲(۶)، ۳۹-۶۷.
- مهرپور، حسن (۱۳۷۹). مباحثی از حقوق زن از منظر حقوق داخلی، مبانی فقهی و موازین بین‌المللی. تهران: موسسه اطلاعات.
- مهرپور، حسین (۱۳۷۸). نظام بین‌الملل حقوق بشر. تهران: انتشارات اطلاعات.
- میرزایی، نجفعلی (۱۳۶۷). فرهنگ اصطلاحات معاصر. قم: دارالاعتصام.
- نادری، سمیه. و نادری، سمیرا (۱۳۹۷). مطالعه تطبیقی خشونت جنسی علیه زنان. تهران: مجد.
- وایت، راب. و هینز، فیونا (۱۳۹۰). جرم و جرم‌شناسی. مترجم: سلیمی، علی. تهران: انتشارات حوزه و دانشگاه.
- هیدنسون، فرانسیس (۱۳۸۸). زنان و مقوله جرم. مترجم: نوری، محمدتقی. تهران: نشر مجد.



The Theory of Interpretation in Favor of the Wife in Dowry Restitution Lawsuits

Mohammad Mehryar¹, Seyedeh Fatemeh Hashemi² ✉, and Ehsan Boroujerdi³

1. Department of Private Law, Faculty of Law, University of Religions and Denominations, Qom, Iran

Email: m.mehryar@urd.ac.ir

0009-0000-4700-0241

2. Corresponding author, Department of Private Law, Faculty of Law, University of Religions and Denominations, Qom, Iran.

Email: sf.hashemi@urd.ac.ir

0009-0008-7715-6202

3. Third Level of Seminary, Qom, Iran.

Email: eboroujerdi@gmail.com

0009-0004-8245-8337

Article Info

Article type:

Research Article

Article history:

Received 22 May 2025

Received in revised form 04
August 2025

Accepted 03 September 2025

Available online 04 October 2025

Keywords:

interpretation in favor of the wife,
dowry restitution,
family rights,
financial disputes between
spouses,
financial lawsuits.

ABSTRACT

Objective: The present research aims to investigate the theory of interpretation in favor of the wife in dowry restitution lawsuits. The main issue of the study is the challenges in proving the wife's ownership of the dowry in the courts, which makes it impossible to return it. The necessity of this study arises from the perspective of ensuring justice and realizing the wife's rights; because in many cases, the wife is unable to prove her ownership due to the lack of sufficient records or documents. The main question of the study is whether interpretation in favor of the wife can be used as a basis in dowry restitution lawsuits.

Method: This study was conducted using a descriptive-analytical method and a comparative approach within the framework of Imamieh jurisprudence.

Results: The findings of the research show that interpretation in favor of the wife is possible in dowry restitution lawsuits, and this can be relied on based on the rule of precedence of appearance over substance. Jurisprudential and narrative documents such as the Sahiheh of Refa'ah ibn Musa Nakhas support this theory. The results of the study also indicate the need to reform the existing judicial practice in order to protect the wife's rights and to adapt this theory to the custom of society in providing dowry by the wife.

Conclusions: The research concludes that adopting an interpretation approach in favor of the wife in dowry restitution lawsuits can be effective in ensuring justice, protecting women's rights, and reducing family disputes. This theory is consistent with jurisprudential principles and social custom, and its implementation will fill the gap in judicial practice and better realize the wife's rights.

Cite this article: Mehryar, M., Hashemi, F., & Boroujerdi, E. (2025). The Theory of Interpretation in Favor of the Wife in Dowry Restitution Lawsuits. *The Islamic Journal of Women and the Family*, 13 (3), 107-126. <https://doi.org/10.22034/ijwf.2025.19995.2361>



© The Author(s). retain the copyright and full publishing rights

DOI: <https://doi.org/10.22034/ijwf.2025.19995.2361>

Publisher: Al-Mustafa International University.

Introduction

Maintaining the rights of husband and wife after separation is an important issue in Islamic law and jurisprudence. One of the rights related to this issue is the discussion of returning household furniture to the spouses after separation. In Islamic jurisprudence, there is an independent chapter on this issue called the association of spouses in household furniture, and based on the analysis of narratives and general principles, different views have been formed on this issue. In Iranian law, the claim for the return of dowry is also one of the claims raised in family law and one of the conflicting procedures in Iranian courts. The necessity of discussing the issue of the return of dowry in terms of ensuring justice and realizing the wife's rights is undeniable. Today, in most cultures, the dowry is prepared by the wife and brought to the husband's house, and the wife grants permission to the husband to use it. In many cases, based on the good faith and trust of the parties, no recording of the dowry is made. Since the plaintiff in the dowry restitution lawsuit is the wife, according to the Civil Procedure Code, she must act on her claim of ownership of the dowry items. Given the lack of a dowry inventory in many cases or the lack of accurate recording in the dowry inventory, in many cases, the wife is unable to return the items provided due to the lack of clear evidence of ownership. This is a gross injustice and discrimination against the wife, which deprives her of the possibility of recovering the dowry provided. In order to fill the gap in the judicial procedure and create a new procedure, it is referred to the feasibility of interpreting in favor of the wife in dowry restitution lawsuits. The purpose of the present study, which was conducted using a descriptive-analytical method with a comparative approach to Imamieh jurisprudence, is to solve this problem based on existing jurisprudential data.

Method

This research was conducted using a descriptive-analytical method and a comparative approach in Imamieh jurisprudence. The required data was collected through the study of jurisprudential books, narratives, Iranian statutes, and judicial decisions, and then, through qualitative content analysis, the documentation of the theory of interpretation in favor of the wife in dowry restitution lawsuits was examined.

Results

1. Legal status and judicial procedure for dowry return

There is no mention of dowry in the Iranian Civil Code. According to Article 1107 of the Civil Code, the husband is responsible for providing household furniture in accordance with the woman's status. In the Family Protection Law, dowry-related lawsuits are placed under the jurisdiction of the family court based on Article 4 of this law, although this law does not specifically define dowry. Dowry is that part of the furniture and household items that the bride

takes with her to the groom's house (A group of researchers under the supervision of Shahroudi, 1426AH, 3/157). In judicial procedure, there is no specific criterion for applying these cases and including them in dowry. According to existing laws, a woman can refuse to provide dowry or set aside her dowry and demand clothing and household items necessary for life from her husband as alimony. The dowry of a girl, which is provided by her family, is the property of the girl and is reserved for her (Mousavi Khomeini, 1422AH, 3/189).

According to the article of the Family Protection Law, the dowry restitution lawsuit is a financial lawsuit exclusively within the jurisdiction of the family court, which has allocated many cases to itself. In the dowry restitution lawsuit, the wife files a lawsuit against the husband and requests its return, which mostly includes household furniture, from the court. The prevailing procedure of the courts in dowry practice lawsuits is that these lawsuits are no different from other lawsuits and the wife must provide evidence regarding ownership of all dowry items. According to Article 197 of the Civil Procedure Code, the principle of innocence prevails and if someone claims a right or debt over another, he must prove it. In the advisory opinion No. 7/97/3201 of 2018, it has been acknowledged that «in lawsuits demanding a specific item, such as the return of dowry, the court must determine the claimant's entitlement to receive the specific item, based on the evidence presented by the claimant». According to the prevailing procedure of the courts in lawsuits for the return of property in the joint home by a spouse, if the wife claims that the said property is a dowry, she must provide evidence to support it. This issue has been clearly stated in the final judgment No. 9409982160300684 of the Provincial Court of Appeal.

2. The jurisprudential perspective and documents of the theory of interpretation in favor of the wife

The issue has been disputed since the early days of Imamieh jurisprudence. Some have cited narratives as the source of this dispute (cf., Shahid Sani, 1413AH, 14/135). In general, if the spouses do not provide evidence regarding the ownership of the furniture, the opinions of the Imamieh jurists can be categorized as follows:

- In the case of property belonging to men, their opinion prevails, and in the case of property belonging to women, the opinion of women prevails, and in the case of property shared between men and women, the property is divided after the agreement or disagreement. The famous jurists agree with this opinion (Tousi, 1407AH, 6/352; Ibn Hamzeh, 1408AH; Allameh Helli, 1420AH, 5/208).
- In all property, whether separate or joint, there must be a division of property (Tousi, 1387AH, 8/310; Allameh Helli, 1413AH, 3/470).
- If there is a custom, it should be referred to, and otherwise, it should be done as is ruled in other cases (Allameh Helli, 1413AH, 8/409).
- All property is for the woman (Tousi, 1363AH, 3/44).

• Except for what is specific to men, the rest of the furniture will be for the woman. The aforementioned Fatwa has been attributed to Sheikh Sadough (Naraghi, 1415AH, 17/369).

The jurisprudential evidence for the theory includes Quranic and narrative evidence:

A) Quranic evidence: Three verses of the Quran mention Mutaḥ in divorce: Baghareh: 236, Baghareh: 241 and Ahzab: 49. These verses indicate the necessity of paying Mutaḥ to the divorced woman. Although the word Mutaḥ in the mentioned verses does not refer to the dowry that the wife brings to the husband's house at the beginning of their marriage, but rather Mutaḥ is a gift or assistance that the husband gives to the wife upon separation, in addition to other financial obligations such as dowry, citing these verses can confirm the legislator's general approach to financially supporting the wife during the separation process. This supportive approach shows that in Islamic thought, paying attention to compensating the wife's economic losses during divorce is of particular importance.

B) Narrative evidence: There are several narratives on this subject, some of the most important of which are:

• Sahiḥ of Refa'ah ibn Musa Nakhas: «If a man divorces his wife and the woman claims that the furniture of the house belongs to her and the man also claims ownership, what is special for men will be for the man and what is special for women will be for the woman» (Sadough, 1413AH, 3/111).

• Morsalah of Sadough: «Indeed, the woman is more deserving of the furniture (of the house), because what is between her two sides (an allusion to her inner self) knows that the woman is moving the furniture to her husband's house» (Sadough, 1413AH, 3/111).

• Movasagheh of Yunus ibn Yaghub: Regarding a woman who dies before her husband or a man who dies before his wife, he said: What is special for women is for the woman, and what is common for men and women is divided between them, and whoever gains control over something of it belongs to him» (Tousi, 1364AH, 9/302).

• Sahiḥ of Abd al-Rahman ibn Hajjaj: This narrative indicates that the household furniture belongs to the wife, and the man must provide evidence for his claim (Koleini, 1430AH, 13/651).

C) The precedence of appearance over substance: Some Imamieh jurists have presented the criterion of the precedence of appearance over substance, which can be used as one of the important documents of the theory of interpretation in favor of the wife in the case of dowry return. According to this opinion, in the event of a dispute between the husband and wife regarding household furniture, given that in most cases, the wife provides the household furniture, the wife's statement is deemed to be in accordance with the fact and she is considered to be a negator. This appearance is typical due to the existence of dominance in the outside and in most cases (Najmabadi, 2014, 4/404; Rashti, 2022, 2/300).

3. Approaches to the theory of interpretation in favor of the wife

The theory of interpretation in favor of the wife in the dowry restitution lawsuit can be

perceived in two ways:

- Religious approach: According to this approach, Quranic and narrative evidence is recognized as religious evidence and the rules governing the proof of the claim are assigned or these evidences are recognized as the rulings governing the proof of the claim (Esmaeilpour Qomshei, 1421AH, 2/424).
- Non-religious approach: According to this view, although the existing narratives are recognized as contrary to the principles and rules governing the proofs of the claim, but due to the conformity of this theory with the current practice and the fact that in the custom, most women take the initiative to provide a dowry for the house, the wife is considered to be a negligent person and her word is recognized as the priority (Tabatabaei Haeri, 1418AH, 15/191).

Conclusions

The dispute over household furniture, or in modern terms, dowry, is a matter rooted in Imamieh jurisprudence. Imamieh jurists have put forward various opinions on this issue by reasoning from general principles and existing narratives. The theory of interpretation in favor of the wife in disputes related to the ownership of household furniture is a complement to one of the jurists' theories on this subject. The prevailing custom in the past and present is for the wife to provide household furniture. The prevailing custom gives rise to a prevailing suspicion and a typical appearance in this regard. Based on this appearance, the wife is recognized as the owner of the household furniture, and the husband needs to provide evidence to prove his ownership. Based on the studies, it can be concluded that:

- The theory of interpretation in favor of the wife in dowry restitution lawsuits has significant jurisprudential and legal support.
- The rule of precedence of appearance over substance is one of the documents that can be relied upon.
- In the issue under discussion, considering the prevailing custom of the wife providing dowry, the valid appearance of the wife's ownership precedes the principle of her non-ownership.
- The authentic narratives of the Infallibles can be presented as evidence for this theory. The Sahiheh of Refa'ah ibn Musa Nakhas from Imam Sadegh and the narrative of Abd al-Rahman ibn Hajjaj are an important jurisprudential basis for strengthening the theory of interpretation in favor of the wife in dowry return lawsuits.

Considering the aforementioned jurisprudential and fundamental principles, it is suggested that in dowry restitution lawsuits, assuming the existence of a valid custom of the wife providing household furniture, the interpretation approach in favor of the wife be adopted. In cases where the prevailing custom places the provision of dowry on the wife, and also in situations of doubt and lack of conclusive evidence, a ruling in favor of the wife should be issued based on the valid customary appearance and the jurisprudential rules governing the precedence of appearance

over substance. However, if the prevailing custom is contrary to this and the provision of household furniture is the responsibility of the husband, the rule requires that the ruling be in favor of him. Acceptance of this theory is conditional on the emergence of a valid custom in each specific region and culture and should not be considered as an absolute and general rule. Such an approach not only ensures justice in arbitration, but also prevents the unfounded generalization of rules and leads the judicial system towards decisions that are in accordance with social and jurisprudential realities.

Author Contributions

All authors participated equally in the design of the study, writing the article, and editing the final versions.

Data Availability Statement

Data available on request from the authors.

Acknowledgements

The authors of this research would like to thank all those who provided scientific and moral support in conducting their research and writing the article.

Ethical Considerations

Cases such as falsification of data, distortion of results, plagiarism, and any other unethical behavior have been strictly avoided in this study.

Funding

This study was conducted without receiving any financial support from government, commercial, or non-profit organizations.

Conflict of Interest

The authors declare that there are no conflicts of interest in connection with this study. In other words, there were no financial or personal interests that could affect the results of the study.



نظریه تفسیر به نفع زوجه در دعاوی استرداد جهیزیه

محمد مهریار^۱، سیده فاطمه هاشمی^۲، و احسان بروجردی^۳

۱. استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه ادیان و مذاهب، قم، ایران. m.mehryar@urd.ac.ir

۲. نویسنده مسئول، استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه ادیان و مذاهب، قم، ایران. sf.hashemi@urd.ac.ir

۳. سطح ۳، حوزه علمیه، قم، ایران eboroujerdi@gmail.com

چکیده

اطلاعات مقاله

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۳/۰۱

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۵/۱۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۱۲

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۷/۱۲

هدف: پژوهش حاضر با هدف بررسی نظریه تفسیر به نفع زوجه در دعاوی استرداد جهیزیه انجام شده است. مسئله اصلی تحقیق، چالش‌های موجود در اثبات مالکیت زوجه بر جهیزیه در دادگاه‌هاست که موجب عدم امکان استرداد آن می‌شود. ضرورت این پژوهش از منظر تأمین عدالت و احقاق حق زوجه مطرح می‌شود؛ زیرا در بسیاری از موارد، زوجه به دلیل نبود سیاهه یا مدارک کافی قادر به اثبات مالکیت خود نیست. سؤال اصلی تحقیق این است که آیا میتوان در دعاوی استرداد جهیزیه، تفسیر به نفع زوجه را مبنا قرار داد. روش پژوهش: این پژوهش با روش توصیفی-تحلیلی و رویکرد تطبیقی در چارچوب فقه امامیه انجام شده است.

کلیدواژه‌ها:

تفسیر به نفع زوجه،

استرداد جهیزیه،

حقوق خانواده،

اختلاف مالی زوجین،

دعاوی مالی.

یافته‌ها: یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که تفسیر به نفع زوجه در دعاوی استرداد جهیزیه امکان‌پذیر است و این امر براساس قاعده تقدم ظاهر بر اصل قابل استناد می‌باشد. مستندات فقهی و روایی همچون صحیحہ رفاعه بن موسی نخاس مؤید این نظریه است. همچنین نتایج تحقیق بیانگر ضرورت اصلاح رویه قضایی موجود در جهت حمایت از حقوق زوجه و تطابق این نظریه با عرف جامعه در تهیه جهیزیه توسط زوجه است.

نتیجه‌گیری: پژوهش نتیجه می‌گیرد که اتخاذ رویکرد تفسیر به نفع زوجه در دعاوی استرداد جهیزیه می‌تواند در تأمین عدالت، حمایت از حقوق زنان و کاهش اختلافات خانوادگی مؤثر باشد. این نظریه با مبانی فقهی و عرف اجتماعی سازگار بوده و اجرای آن موجب پر شدن خلأ موجود در رویه قضایی و تحقق هرچه بهتر احقاق حق زوجه خواهد شد.

استناد: مهریار، محمد؛ هاشمی، سیده فاطمه؛ و بروجردی، احسان (۱۴۰۴). نظریه تفسیر به نفع زوجه در دعاوی استرداد جهیزیه. *پژوهشنامه اسلامی زنان*

و خانواده، ۱۳ (۳)، ۱۰۷-۱۲۶. <https://doi.org/10.22034/ijwf.2025.19995.2361>



© نویسندگان.

ناشر: جامعه المصطفی العالمیه.

مقدمه

حفظ حقوق زوج و زوجه پس از جدایی از موضوعات مهم در قانون و فقه اسلامی است. یکی از حقوق مرتبط با این مسئله، بحث از استرداد اثاثیه منزل به زوجین پس از جدایی است. در فقه اسلامی نیز این مسئله مورد بررسی قرار گرفته و همانطور که در این پژوهش ذکر شده است، روایات متعارضی در این زمینه وجود دارد. در حقوق ایران نیز دعوی استرداد جهیزیه از دعاوی مطرح در حقوق خانواده و از رویه‌های متعارض در دادگاه‌های ایران است. ضرورت بحث مسئله استرداد جهیزیه از نظر تأمین عدالت و احقاق حق زوجه امری انکارناپذیر است. امروزه در بیشتر فرهنگ‌ها، جهیزیه توسط زوجه تهیه و به منزل شوهر آورده می‌شود و زوجه اذن در انتفاع را به زوج اعطا می‌کند. در برخی از موارد، سیاهه‌ای توسط زوجه از اقلام موجود در جهیزیه تهیه شده و توسط زوج امضا می‌شود. در بسیاری از موارد، براساس حسن نیت و اعتماد طرفین، هیچ صورت‌برداری از جهیزیه صورت نمی‌گیرد. از آنجاکه خواهان در دعوی استرداد جهیزیه زوجه است، براساس قوانین آیین دادرسی مدنی، او باید نسبت به ادعای خود مبنی بر مالکیت اقلام جهیزیه اقدام کند. باتوجه به عدم تهیه سیاهه در جهیزیه در بسیاری از موارد و یا عدم صورت‌برداری دقیق در سیاهه جهیزیه، در بسیاری از موارد، زوجه به دلیل عدم ادله مبرز مالکیت، قادر به استرداد اقلام تهیه شده نیست. این مسئله، ظلم فاحش و تبعیض درقبال زوجه است که امکان بازپس‌گیری جهیزیه تهیه شده را از وی سلب می‌کند. برای پر کردن خلأ موجود در رویه قضایی و ایجاد رویه جدید به امکان‌سنجی تفسیر به نفع زوجه در دعاوی استرداد جهیزیه اشاره می‌شود. هدف از پژوهش حاضر که به روش توصیفی-تحلیلی با رویکرد تطبیقی به فقه امامیه انجام شد، حل این معضل براساس داده‌های موجود فقهی است.

اگرچه فقهای امامیه به این مسئله در ابواب فقهی اشاره کرده‌اند، اما تنها اثر مستقل در این مورد، رساله حکم متاع البیت فی صوره التنازع از میرزا ابوالقاسم قمی، فقیه سده‌های دوازدهم و سیزدهم است که نخستین بار در سال ۱۳۷۷ در مجله فقه اهل بیت (ع) و پس از آن در سال ۱۳۸۵ در مجموعه رسائل میرزای قمی چاپ شده است. (میرزای قمی، ۱۳۸۵، ۹۶/۲) در سال‌های اخیر نیز وضعیت فقهی-حقوقی اختلاف زوجین در اثاثیه منزل (مافی، ظهوری و فرزنانگان، ۱۳۹۵) در مقاله‌ای واکاوی شده است. نتیجه‌گیری مقاله مذکور، حکم به اختصاص اموال هریک از زوجین به آنها و در مورد اموال مشترک، حکم به تساوی مالکیت زوجین است که خلاف آن چیزی است که در مقاله حاضر بررسی شده است.

ادبیات موضوع و چارچوب نظری پژوهش

۱. دعاوی استرداد جهیزیه

در قانون مدنی سخنی از جهیزیه نیست. تهیه اثاث منزل براساس ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی متناسب با شئون زن برعهده شوهر گذاشته شده است. در قانون حمایت از خانواده، دعاوی مرتبط با جهیزیه در صلاحیت دادگاه خانواده براساس ماده ۴ این قانون قرار داده شده است، اگرچه در این قانون تعریف خاصی نیز از جهیزیه نشده است. جهیزیه، آن بخش از اثاث و لوازم زندگی است که عروس با خود به خانه داماد می‌برد. (شاهرودی، ۱۳۸۲، ۱۵۷/۳) در برخی از موارد و خرده‌فرهنگ‌ها، زوجه علاوه بر اثاثیه منزل، البسه، طلا و جواهرات را نیز با عنوان جهیزیه به منزل زوج می‌آورد. در رویه قضایی، ضابطه معینی برای اطلاق این موارد و الحاق آن به جهیزیه وجود ندارد. جهیزیه‌ای که زن به منزل شوهر می‌برد مورد استفاده هردوی آنهاست و ظاهر در آن است که زن اجازه انتفاع از آنها را به شوهر خود به طور مجانی داده است. از همین روست که زن نمی‌تواند اجره‌المثل آنچه را که شوهر استفاده می‌کند از وی مطالبه کند مگر در صورت توافق زوجین و منع صریح زوجه از استفاده آنها (امامی، ۱۳۷۶، ۴۵۸/۴). برحسب قوانین موجود، زن می‌تواند از تهیه جهیزیه امتناع کند یا جهیزیه خود را

کنار گذارده و البسه و اثاثیه لازم برای زندگانی را با عنوان نفقه از شوهر مطالبه کند. جهیزیه دختر که توسط خانواده وی تهیه می شود ملک دختر بوده و به او اختصاص دارد (خمینی، ۱۴۲۲، ۱۸۹/۳).

به موجب ماده ۴ قانون حمایت از خانواده، دعوی استرداد جهیزیه از دعاوی مالی منحصر در صلاحیت دادگاه خانواده است که پرونده های فراوانی را به خود اختصاص داده است. در دعاوی استرداد جهیزیه، زوجه علیه زوج اقامه دعوا کرده و درخواست استرداد آن را که بیشتر شامل اثاثیه منزل است از دادگاه دارد. در بیشتر موارد، زوجه به دلیل احتمال تضییع و تفریط جهیزیه خود، به ویژه در مواردی که منزل مشترک را ترک کرده است، هم زمان با تقدیم دادخواست استرداد جهیزیه، تقاضای صدور قرار تأمین خواسته را می کند. از آنجاکه در بسیاری از موارد، دعاوی استرداد جهیزیه مستند به هیچ سند رسمی نیست، خواهان مستند به ماده ۱۰۸ قانون آیین دادرسی مدنی ملزم به تأدیه خسارت احتمالی به صندوق دادگستری خواهد بود.

۲. رویه غالب محاکم در دعاوی استرداد جهیزیه

در قوانین موجود ایران، ماده ۶۳ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶، در مورد اموال موجود در خانه مشترک سخن به میان آورده و مقرر داشته است: «از اموال منقول موجود در محل سکونت زوجین آنچه معمولاً و عادتاً مورد استفاده اختصاصی زن باشد متعلق به زن و آنچه مورد استفاده اختصاصی مرد باشد متعلق به شوهر و بقیه از نظر مقررات این قانون، مشترک بین آنان محسوب می شود مگر اینکه خلاف آن ثابت گردد». همین مضمون در ماده ۷۲ آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرای مصوب ۱۳۸۷ نیز بیان شده است. با این وجود، آنچه در رویه غالب رسیدگی به دعاوی استرداد جهیزیه ملاحظه می شود آن است که این دعاوی هیچ تفاوتی با سایر دعاوی ندارد و زوجه باید در مورد مالکیت نسبت به تمام اقلام جهیزیه اقامه دلیل کند. از این رو، براساس ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی، اصل بر براءت است و اگر کسی مدعی حق یا دینی بر دیگری باشد باید آن را ثابت کند وگرنه با سوگند خوانده، حکم براءت صادر می شود.

در مورد دعاوی استرداد جهیزیه نیز همین قاعده جاری است و زوجه با تقدیم دادخواست استرداد جهیزیه باید ادله اثباتی خود را براساس ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی تقدیم دادگاه کند. در نظریه مشورتی شماره ۳۲۰۱/۹۷/۷ سال ۱۳۹۷ همین مطلب اذعان شده است که «در دعاوی مطالبه عین معین مانند استرداد جهیزیه، دادگاه با توجه به ادله ابرازی خواهان باید استحقاق وی به دریافت عین معین را احراز کند». با وجود اینکه دعوی استرداد جهیزیه در صلاحیت دادگاه های خانواده قرار گرفته و قانون حمایت از خانواده در ماده ۸ خود تصریح کرده است که دعاوی خانواده نیاز به تشریفات آیین دادرسی مدنی ندارد و باید نگاه ویژه ای در رسیدگی به این دعاوی صورت گیرد، ولی تمام دعاوی دادگاه های خانواده براساس قواعد عام دعاوی مدنی بررسی می شود. براساس رویه غالب محاکم در دعاوی استرداد اموال موجود در منزل مشترک توسط زوج اگر زوجه ادعای جهیزیه و یا مهریه بودن اموال مذکور را داشته باشد باید دلیل مبنی بر آن ارائه کند. این مسئله در دادنامه قطعی شماره ۹۴۰۹۹۸۲۱۶۰۳۰۰۶۸۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به صراحت بیان شده است.

براین اساس، زوجه در بسیاری از موارد برای اثبات ادعای خود نسبت به مالکیت جهیزیه باید سیاهه جهیزیه را ابراز دارد. در دادنامه قطعی ۹۳۰۹۹۸۰۲۵۰۶۰۱۲۸۹ سیاهه جهیزیه که به امضای زوج، پدر او و دیگران رسیده و در حکم سند رسمی تلقی می شود. با این حال، در بسیاری از موارد دیده شده است که در سیاهه جهیزیه برخی از مصادیق مانند طلا نیز وجود دارد که قضات دادگستری این اقلام را خارج از مفهوم جهیزیه دانسته و براساس آن حکم نداده اند. برای مثال، در دادنامه قطعی ۹۴۰۹۹۸۰۲۰۰۲۰۰۱۵ قضات دادگاه تجدیدنظر به طور عرفی، جهیزیه را بر اثاث البیت و امکانات و وسایل زندگی منطبق دانسته اند و با وجود اینکه طلاجات در سیاهه جهیزیه موجود بوده است طلاجات را خارج از مفهوم و معنای جهیزیه تلقی کرده و مطالبه آن را در قالب استرداد جهیزیه مسموع ندانسته اند.

۳. چشم‌انداز فقهی نظریه تفسیر به نفع زوج در استرداد جهیزیه

مسئله مورد بحث از ادوار متقدم فقه امامیه مورد اختلاف بوده است. شماری منشأ این اختلاف را روایات برشمرده‌اند. (ر.ک.، شهید ثانی، ۱۴۱۳ ه.ق، ۱۳۵/۱۴) از ابن ابی لیلی، محدث تابعی صدر اسلام، چهار قول در این مورد نقل شده است (کلینی، ۱۴۳۰ ه.ق، ۶۵۱/۱۳). علامه حلی نیز برای شیخ طوسی سه قول یاد کرده (علامه حلی، ۱۴۱۳ ه.ق، ۴۰۷/۸) و خود نیز در آثارش نظرات مختلفی داده است. محمدحسین کاشف‌الغطاء بر این باور است که این مسئله فراتر از اختلاف همسران، اشباه و نظایر دیگری دارد هم‌چنان‌که می‌توان درباره پیشه‌هایی مانند نجاری و آهنگری که شراکت در ابزارآلات و اثاثیه آنها بوده است مسئله مذکور را مطرح کرد (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۶ ه.ق، ۴۲۹/۴). به‌طورکلی، اگر زوجین نسبت به مالکیت اثاثی، بینه ارائه نکنند آرای فقهای امامیه را چنین می‌توان دسته‌بندی کرد:

- در لوازم مختص مردان، قول آنها و در لوازم ویژه زنان نیز قول زنان مقدم است و در لوازم مشترک میان زن و مرد نیز اموال پس از تحالف یا نکول تقسیم می‌شود. فقها برای دسته اول به عمامه و اسلحه، برای دسته دوم به زیورآلات و لباس‌های زنانه و برای لوازم مشترک به فرش و ظروف مثال زده‌اند. مشهور فقها بدین رأی متمایل هستند (طوسی، ۱۴۰۷ ه.ق، ۳۵۲/۶؛ ابن حمزه، ۱۴۰۸ ه.ق؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ ه.ق، ۲۰۸/۵) و به ابن جنید نیز چنین نسبتی داده‌اند (شهید اول، ۱۴۱۴ ه.ق، ۸۲/۴). محقق حلی این رأی را اشتهر در روایات و اظهر بین اصحاب دانسته (محقق حلی، ۱۴۰۸ ه.ق، ۱۱۱/۴) و برخی نیز بر آن ادعای اجماع کرده‌اند (ابن ادریس، ۱۴۱۰ ه.ق، ۱۹۴/۲). مستند این فتوا روایت رفاعه بن موسی نخاس (طوسی، ۱۳۶۴، ۲۹۴/۶) و یونس بن یعقوب (طوسی، ۱۳۶۴، ۳۰۲/۹)، عرف و ظاهر است (اردبیلی، ۱۴۰۳ ه.ق، ۲۵۲/۱۲)، البته برخی این رأی را مقید به فقدان قرینه معتبر عرفی برخلاف کرده‌اند (سبزواری، ۱۴۱۳ ه.ق، ۱۲۸/۲۷). بنابر نظری، این فتوا تنها در جایی است که اثاث تحت ید یکی از زوجین نباشد. برای مثال، اگر یکی از اجناس مختص زن در صندوق مرد و تحت ید او باشد در این فرض به نفع ذی‌البید حکم می‌شود و طرف مقابل باید بینه ارائه کند (موسوی خمینی، ۱۴۳۴ ه.ق، ۴۶۲/۲).

- در تمام اموال، چه مختص و چه مشترک، باید تنصیف صورت گیرد. (طوسی، ۱۳۸۷، ۳۱۰/۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ ه.ق، ۴۷۰/۳) تفاوتی نمی‌کند که خانه برای هردو یا یکی از آن دو یا شخص سومی باشد. نیز تفاوتی ندارد که زوجیت کماکان باقی باشد یا خیر. فرقی میان تنازع میان زن و مرد یا ورثه زن و ورثه مرد یا یکی از زن و مرد با ورثه دیگری نیست (سبزواری، ۱۳۸۱، ۷۳۷/۲). براساس این دیدگاه، باتوجه به عمومات، چنان‌که در سایر دعاوی عمل می‌شود در این مسئله نیز باید همان قاعده را پیاده کرد.

- در صورت وجود عرف، بدان مراجعه شود و در غیر این صورت، همان‌گونه که در دعاوی دیگر حکم می‌شود باید عمل کرد. (علامه حلی، ۱۴۱۳ ه.ق، ۴۰۹/۸) به‌گفته سبزواری، به‌واسطه این دیدگاه میان روایات مسئله جمع شده و با اصول نیز موافقت شده است (سبزواری، ۱۳۸۱، ۷۳۸/۲). به‌باور برخی، این رأی به قول نخست بازمی‌گردد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ ه.ق، ۲۳۳/۱۰).

- تمام اموال برای زن است. (طوسی، ۱۳۶۳، ۴۴/۳) این دیدگاه متکی بر روایت عبدالرحمن بن حجاج است (طوسی، ۱۳۶۳، ۴۴/۳).

- جز آنچه مختص مردان است بقیه اثاثیه برای زن خواهد بود. فتوای یادشده را به شیخ صدوق نسبت داده‌اند. (نراقی، ۱۴۱۵ ه.ق، ۳۶۹/۱۷)

۳-۱. مستندات فقهی نظریه تفسیر به نفع زوج در استرداد جهیزیه

(الف) ادله قرآنی: در سه آیه از قرآن به متعه در طلاق اشاره شده است:

«لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرَهُ

مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ؛ گناهی بر شما نیست اگر زنان را طلاق دهید مادامی که با آنها تماس نگرفته‌اید یا برای آنها مهری تعیین نکرده‌اید و آنها را بهره‌مند سازید، توانگر به اندازه توانش و تنگدست به اندازه توانش، بهره‌مندی‌ای شایسته. [این کار] حقی است بر نیکوکاران». (بقره: ۲۳۶)

– «وَلِلْمُطَلَّاقَاتِ مَتَاعُ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ؛ و برای زنان طلاق داده شده، بهره‌مندی شایسته‌ای است [این] حقی است برعهده پرهیزگاران». (بقره: ۲۴۱)

– «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَعُوهُنَّ وَسِرْخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید! هنگامی که زنان مؤمن را به ازدواج خود درآوردید، سپس آنها را پیش از آنکه با آنها تماس بگیرید (همبستر شوید) طلاق دادید، برای شما بر آنها عده‌ای نیست که آن را نگه دارند. پس آنها را بهره‌مند سازید و به طرزی نیکو رهایشان کنید». (احزاب: ۴۹)

براساس آیه نخست، اگر همسر پیش از آمیزش جنسی یا پس از عقد و قبل از توافق بر سر تعیین مهریه طلاق داده شود متناسب با وضع مالی شوهر، متاعی باید داده شود. در آیه دوم، متاع بالمعروف را برای مطلقات اعلام می‌کند و در آیه سوم، به متاع دادن در طلاق زنان مؤمنی که با آنها آمیزش نشده، اشاره می‌شود. این اهدا در آیه نخست حقی بر محسنین و در آیه دیگر حقی بر متقین دانسته شده است. این سه آیه هیچ تعارضی با یکدیگر ندارند و تبیین موردی خاص در آیات اول و سوم، منافاتی با اطلاق آیه دوم ندارد و مقید آن نیست؛ زیرا همگی مثبت هستند.

پیرامون استفاده وجوب از این دسته از آیات، اختلاف شده است. برای نمونه، سید محمدحسین طباطبایی باتکیه بر واژه محسنین، بدون در نظر گرفتن روایات، استفاده استحباب کرده است. (طباطبایی، ۱۳۷۳، ۲/۲۴۵) بااین حال، به باور برخی از مفسرین، از تعبیر «للمطلقات» و «حقاً» می‌توان دریافت که هدیه مذکور حقی است که شارع برای زنان در اموال مردانی که همسران خود را طلاق می‌دهند، قرار داده و آنها باید این حق را استیفا کنند و ادبیات به کار رفته در آیه، ادبیات وجوب است نه استحباب (بروجردی، ۱۳۹۷، ۸/۲۸۲). علاوه بر حقوق مالی زوجه از نفقه و مهریه، براساس این دسته از آیات که در روایات گوناگونی نیز بدان اشاره شده، دریافت متاع از دیگر حقوق است، اگرچه در وجوب آن در همه صور طلاق تردید است. همچنین فقها درباره مقدار متاع نیز بحث کرده‌اند و بنابر دیدگاه برخی باتوجه به مجموع ادله و کلمات، میان زوج ثروتمند، متوسط و فقیر تفاوت بوده و هدیه باید با وضع زوجه نیز متناسب باشد. از این گذشته، به گونه‌ای نباشد که صدق متاع بر آن نشود یا شایسته زوجه نباشد (شیری زنجانی، بی تا، ۵۶۶/۸).

باید دانست که واژه متاع در آیات مذکور، ناظر به جهیزیه‌ای که زوجه در ابتدای زندگی مشترک به منزل زوج می‌آورد نیست، بلکه متاع، هدیه یا کمکی است که زوج هنگام جدایی، علاوه بر سایر تعهدات مالی مانند مهریه به زن می‌پردازد. در این آیات، متاع برای جبران بخشی از آسیب‌های اقتصادی و روانی ناشی از طلاق به زن اختصاص یافته است و ارتباطی به اموالی که زوجه پیش‌تر به خانه زوج منتقل کرده است، ندارد. در منابع فقهی نیز متاع هرگز به معنای جهیزیه به کار نرفته است. جهیزیه در قالب اموالی که زوجه یا خانواده وی برای تجهیز زندگی مشترک فراهم می‌کنند، مالکیتش در اختیار زوجه باقی می‌ماند و انتقال آن به منزل زوج به معنای انتقال مالکیت نیست، بلکه برای استفاده در زندگی مشترک به منزل زوج آورده می‌شود. ازسوی دیگر، متاع در فقه و نصوص قرآنی ناظر به مال یا هدیه جدیدی است که زوج در مقام طلاق به زن می‌پردازد. جهیزیه و متاع از نظر موضوع و ماهیت حقوقی تفاوت‌های بنیادین دارند و استناد به آیات مربوط به متاع می‌تواند مؤید رویکرد کلان شارع در حمایت مالی از زوجه در فرآیند جدایی باشد. این رویکرد حمایتی نشان می‌دهد که در اندیشه اسلامی، هنگام طلاق، توجه به جبران خسارات اقتصادی زن اهمیت ویژه‌ای دارد. بنابراین، در فرض بروز تردید یا ابهام نسبت به استحقاق زوجه در استرداد جهیزیه می‌توان با تمسک به این فلسفه کلی و با تفسیر به نفع زوجه، حکم به بازگرداندن

جهیزیه داد. این تفسیر نه به دلیل اتحاد موضوع متاع و جهیزیه، بلکه به اتکای رویکرد حمایت‌گرایانه شارع نسبت به حقوق مالی زن در هنگام انحلال نکاح توجیه‌پذیر است.

ب) ادله روایی: کلینی در باب «اختلاف الرجل والمرأة فی متاع البیت» (کلینی، ۱۴۳۰ ه.ق، ۶۵۱/۱۳) یک روایت، طوسی در بابی باهمین نام (طوسی، ۱۳۶۳، ۴۵/۳) پنج روایت و حرعاملی در باب «حکم اختلاف الزوجین أو ورثتهما فی متاع البیت» (حرعاملی، ۱۴۱۶ ه.ق، ۲۱۳/۲۶-۲۱۶) همین روایات را به اضافه روایتی از شیخ صدوق ذکر کرده است.

صحیحه رفاعه بن موسی نخاس از امام صادق نقل کرده است: «هرگاه مرد همسرش را طلاق دهد و زن ادعا کند که اثاثیه منزل متعلق به اوست و مرد نیز ادعای مالکیت کند، آنچه مخصوص مردان است برای مرد و آنچه مخصوص زنان است برای زن خواهد بود». (صدوق، ۱۴۱۳ ه.ق، ۱۱۱/۳) در نقل تهذیب الاحکام، در پایان روایت این جمله آمده است: «و آنچه که برای مردان و زنان (مشترک) است میان آن دو تقسیم می‌شود». (طوسی، ۱۳۶۵، ۲۹۴/۶) همچنین در نقل تهذیب، مشابه نقل الاستبصار، جمله «و فی بیتها متاع» دیده می‌شود.

بررسی سندی: شیخ صدوق این روایت را به واسطه محمد بن ابی عمیر از رفاعه بن موسی نقل می‌کند که این طریق صحیح است. (خویی، ۱۴۱۳ ه.ق، ۲۰۴/۸) شیخ طوسی با سند دیگری به نقل از حسن بن مسکین از رفاعه حدیث مذکور را گزارش کرده است. برخی وی را حکم بن مسکین ثقفی دانسته (اردبیلی، ۱۴۰۳ ه.ق، ۳۲۱/۱) که توثیق خاص ندارد، اما براساس مبنایی، به سبب نقل مکرر اجلاء از او، به ویژه ابن ابی عمیر و بزنتی، مشمول توثیق عام خواهد بود (شیرازی، ۲۸/۱۳). بی تا، ۲۸/۱۳).

بررسی دلالتی: اگرچه صحیحه مورد بحث ناظر به طلاق و دعوی است، اما فقهایی استفاده اعم کرده (آشتیانی، ۱۳۸۳، ۱۱۲۹/۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۷ ه.ق) و آن را صریح یا ظاهر (شهید اول، ۱۴۱۴ ه.ق، ۸۳/۴) در قول مشهور دانسته‌اند. براساس نقل صدوق، تنها دو صورت یاد شده است: آنچه مختص مردان است برای زوج خواهد بود؛ آنچه مختص زنان است برای زوجه خواهد بود. در این نقل مشخص نشده که اثاثی که مختص نیست چه وضعیتی پیدا می‌کند، اما براساس نقل طوسی، وضعیت اموال مشترک نیز تعیین شده است، البته میان دو نقل وی تفاوتی دیده می‌شود. به نظر می‌رسد براساس نقل استبصار، مسئله دو فرض دارد: نخست، در بیت زوجه متاع باشد. دوم، عدم ذکر این نکته. در فرض اول، امام حکم اثاث ویژه مردان را ذکر نکرده است. به باور برخی، از آنجاکه زن خانه را ترک کرده، جز آنچه مختص اوست، مابقی برای مرد خواهد بود (سبحانی، ۱۳۷۶، ۱۸۳/۲). به هر روی، تفصیل مذکور موجب ابهاماتی است.

مرسله صدوق: «همانا زن نسبت به اثاثیه (منزل) سزاوارتر است؛ زیرا آنچه میان دو پهلوی اوست (کنایه از درون و باطن او) می‌داند که زن اثاثیه را به خانه شوهرش منتقل می‌کند». (صدوق، ۱۴۱۳ ه.ق، ۱۱۱/۳)

بررسی سندی: صدوق این روایت را باتعبیر «قد روی» و بدون تعیین امام ذکر کرده است. پیرامون حجیت یا عدم حجیت مرسلات او در کتاب من لایحضره الفقیه اختلاف است: شماری نظر به حجیت تمامی مرسلات داده‌اند (بحرالعلوم، ۱۳۶۳، ۳۰۰/۳). برخی میان مرسلات جزمی و غیرجزمی تفصیل قائل شده و دسته اول را حجت می‌دانند (کاظمی خراسانی، ۱۴۱۱ ه.ق، ۲۶۲/۲). برخی دیگر حتی مرسلات جزمی را نیز نمی‌پذیرند (سیستانی، بی تا). روایت فوق از مرسلات غیرجزمی است و براساس دو مبنای اخیر ضعیف است.

بررسی دلالتی: برخی این نقل صدوق را همان صحیحه عبدالرحمن بن حجاج دانسته‌اند. (موسوی اردبیلی، ۱۳۸۱، ۶۷۴/۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۷ ه.ق) شیخ صدوق پس از ذکر روایت فوق آن را بر اثاث مختص زن و مشترک میان زن و مرد حمل کرده است (صدوق، ۱۴۱۳ ه.ق، ۱۱۱/۳).

مؤثقه یونس بن یعقوب از امام صادق (ع): «در باره زنی که پیش از مرد می‌میرد یا مردی که پیش از زن می‌میرد، فرمود:

آنچه از اثاثیه مخصوص زنان است برای زن است و آنچه از اثاثیه مشترک بین مرد و زن است میان آن دو تقسیم می‌شود و هرکس بر چیزی از آن تسلط یابد از آن اوست». (طوسی، ۱۳۶۴، ۳۰۲/۹)

بررسی سندی: در سند حدیث فوق نام علی بن حسن بن علی بن فضال دیده می‌شود که از فرقه فطحیه بوده است. (نجاشی، ۱۳۶۵) همچنین درباره یونس بن یعقوب نقل شده است که او نیز مدتی به این فرقه گرایش پیدا کرده، ولی بعدها از آن بازگشته است (نجاشی، ۱۳۶۵، ۳۵). باین وجود، همه راویان این حدیث مورد توثیق علمای رجال قرار دارند. به همین دلیل، این حدیث از نظر درجه اعتبار در ردیف موثق قرار می‌گیرد.

بررسی دلالتی: در این روایت اشاره‌ای به حکم اثاث مختص مردان نشده است. باین حال، برخی به واسطه استفاده حکم آن از روایت، به‌ویژه باتوجه به فقره پایانی، خدشه‌ای را از این ناحیه وارد ندانسته‌اند. (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۷ ه.ق) همچنین بر ضرورت تنقید متاع اشاره شده، به‌قرینه روایات دیگر قدر متیقن از آن را متاع البیت پنداشته‌اند (نراقی، ۱۴۱۵ ه.ق، ۳۸۰/۱۷). نکته‌ای که در این روایت برخلاف دیگر روایات باب به چشم می‌خورد، تعیین وضعیت اثاثی است که فقط یکی از آن دو بر آن ید دارند.

موثق سماعه بن مهران: «از او (امام معصوم) پرسیدم: مردی که وفات می‌کند چه چیزی از اثاثیه خانه به او تعلق دارد، فرمود: شمشیر، سلاح، زین (یا وسایل سفر) و لباس‌های شخصی او». (طوسی، ۱۳۶۴، ۲۹۸/۶)

بررسی سندی: زرع بن محمد حضرمی و سماعه بن مهران متهم به وقف هستند. بنابر پژوهش‌های صورت‌گرفته، این اتهام به سماعه مردود است. (مامقانی، ۱۴۳۱ ه.ق، ۳۴۹/۳۳) این حدیث نیز مشتمل بر ثقات، اما مضمرة است. به‌باور گروهی از پژوهشگران، مضمرات سماعه از آنجاکه روایات متعددی نقل می‌کرده و تنها در ابتدا از امام نام می‌برده، مورد قبول است (صافی گلپایگانی، ۱۴۲۶ ه.ق، ۱۴۵/۳). از این گذشته، موثق شعیب عرقوفی مشابه این روایت است که با تفاوت اندکی در کتب روایی دیده می‌شود (طوسی، ۱۳۶۴، ۲۷۶/۹).

بررسی دلالتی: باوجود برشمردن موارد مطرح شده، برخی از فقها بعید ندانسته‌اند که آنچه ذکر شده فقط به اثاث اختصاصی زوج اشاره داشته و منافاتی با حکم به اشتراک در اثاث دیگر ندارد. (تبریزی، بی‌تا) دلالت این حدیث بر قول مشهور ظاهر دانسته شده است (نجفی، ۱۳۶۲، ۴۹۵/۴۰؛ موسوی اردبیلی، ۱۳۸۱، ۶۷۳/۲).

صحیحہ عبدالرحمن بن حجاج از امام صادق علیه السلام: از من پرسید: «آیا ابن ابی لیلی حکمی را صادر می‌کند و سپس از آن برمی‌گردد. به او گفتم: به من خبر رسیده که او درباره اموالی که بین مرد و زن وجود دارد زمانی که یکی از آنها بمیرد و ورثه زننده و ورثه متوفی هر دو ادعای مالکیت آن را کنند یا زمانی که مرد، زن را طلاق دهد و هریک (مرد و زن) ادعای مالکیت آن اموال را داشته باشند، چهاربار در این باره قضاوت کرده است؛ یعنی چهاربار نظرش را تغییر داده است. امام علیه السلام فرمود: آن احکام چیست، گفتم: اول اینکه براساس نظر ابراهیم نخعی حکم داد که آنچه مخصوص زنان است برای زن، آنچه مخصوص مردان است برای مرد و آنچه مشترک است بین آنها نصف شود. سپس شنیدم که گفت: هر دو مدعی هستند، پس آنچه در دست هر دوست بین آنها نصف می‌شود. بعد گفت: مرد صاحب خانه است و زن واردشونده به آن، پس زن مدعی است و همه اموال برای مرد است، مگر وسایل مخصوص زنان که برای زن است. سپس حکم دیگری داد که اگر خودم شاهد نبوم باور نمی‌کردم: زنی از ما فوت کرد و شوهر و اموالی داشت. وقتی نزد او بردند، گفت: اموال را بنویسید. وقتی خواند، گفت: این برای مرد و زن است، پس همه را برای زن قرار دادیم جز ترازو که مال مردان است و برای توست. امام علیه السلام فرمود: الآن نظرش چیست، گفتم: به نظر ابراهیم نخعی برگشته که خانه را برای مرد قرار داده، سپس از امام علیه السلام پرسیدم: نظر شما چیست، فرمود: همان حکمی که گفتمی شاهدش بودی، اگرچه از آن برگشته باشد. گفتم: یعنی، اموال برای زن باشد، فرمود: اگر زن بخواهد شاهد بیاورد به چند نفر نیاز دارد، گفتم: دو شاهد. فرمود: اگر از مردم بین این دو کوه (مکه)

پیرسی به تو خواهند گفت که جهیزیه و اموال آشکارا از خانه زن به خانه شوهرش برده می‌شود. پس زن آن را آورده و مرد مدعی است. اگر ادعا می‌کند چیزی به آن افزوده باید شاهد بیاورد» (کلینی، ۱۴۳۰ ه.ق، ۶۵۱/۱۳). در نقل دیگر، تفاوت‌هایی به چشم می‌خورد. برای مثال به جای «من بینهما»، «من بین لاتبینهما» آمده است (طوسی، ۱۳۶۴، ۲۹۸/۶).

بررسی سندی: کلینی حدیث فوق را با دو شیوه از ابن ابی عمیر از عبدالرحمن بن حجاج نقل کرده است. شیخ طوسی نیز شیوه‌های متعددی بر این روایت یاد کرده است. تمام روش‌های مذکور مشتمل بر ثقات است.

بررسی دلالتی: برمبنای صحیح عبدالرحمن بن حجاج مورد بحث، متاع بیت مختص زوجه است و مرد باید بینه ارائه کند، البته صاحب جواهر و برخی دیگر از فقها بر این باورند که آنچه از عبدالرحمن بن حجاج گزارش شده بیش از یک روایت است. (نجفی، ۱۳۶۲، ۴۹۵/۴۰) به نظر می‌رسد با وجود اختلاف میان نقل‌ها، همگی یک روایت باشند. سید یزدی به قرینه استثناء ترازو معتقد است که تمام مختصات رجل استثنا شده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ ه.ق، ۱۴۲/۲). براین اساس، مستفاد از صحیح عبدالرحمن نه قول ۴، بلکه قول ۵ خواهد بود.

جمع‌بندی روایات: با تعمیم استثنای ترازو به جمیع مختصات مردان، صحیح عبدالرحمن بن حجاج و موثق سماعه بن مهران باهم سازگار بوده و براساس آن، جز آنچه تنها مختص مردان است در مابقی اثاث، قول زن مقدم خواهد بود. اگرچه مرسله صدوق به تقدم قول زن در جمیع اثاث ظهور داشت، اما خود او بر غیر مختصات رجال حمل کرده بود، البته منشأ این حمل روشن نیست. در صورت استقلال این روایت از صحیح عبدالرحمن بن حجاج ممکن است وی باتوجه به این دو روایت چنین حملی کرده باشد و نیز بعید نیست که در اصل روایت نکاتی بوده که صدوق را بر این نکته رهنمون ساخته باشد. سه روایت مذکور با دو روایت دیگر در ناحیه مالکیت اثاث مشترک در تعارض است. از این رو، حمل‌هایی در این باره مطرح شده است. از آن جمله، اینکه صحیح عبدالرحمن ناظر به متعارف آن زمان و مکان مبنی بر آوردن جهیزیه از سوی زن بوده است. براین اساس است که برخی نظر به رجوع به عرف داده‌اند. به عبارت دقیق‌تر، براساس این دیدگاه، آنچه در روایات مورد اشاره قرار گرفته حکمی تبعی نیست، بلکه حکمی قضایی و براساس عرف و ظاهر است که در ازمینه و امکان مختلف تفاوت خواهد داشت. (سبحانی، ۱۳۷۶، ۱۸۶/۲) نظر به اختصاص اثاث ویژه هریک از زن و مرد به آنها نیز براساس ظاهر حال بوده است (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۳ ه.ق، ۱۲/۷).

الف) تقدم ظاهر بر اصل: برخی از فقهای امامیه باتوجه به رویکرد خاص خود معیاری را ارائه داده‌اند که می‌توان به مثابه یکی از مستندات مهم نظریه تفسیر به نفع زوجه در دعوی استرداد جهیزیه از آن بهره جست. ضابطه تقدیم ظاهر بر اصل را می‌توان یکی از مستندات اصلی برای این نظریه در نظر گرفت. تقدیم ظاهر بر اصل در بسیاری از ابواب فقهی مورد استفاده قرار گرفته است. (آملی، ۱۳۸۴، ۳۱۴/۴؛ خویی، ۱۴۱۸ ه.ق، ۲۳۹/۴؛ روحانی، ۱۴۲۹ ه.ق، ۴۲۰/۵) براساس این نظر، در صورت اختلاف میان زوج و زوجه در مورد اثاث البیت، باتوجه به اینکه در بیشتر موارد، زوجه اثاث منزل را تهیه می‌کند قول زوجه موافق ظاهر تشخیص داده شده و او منکر شناخته می‌شود. ظهور نوعی در مورد اثاث البیت آن است که زنان اقدام به تهیه اثاث منزل می‌کنند. از این رو، باتوجه به اینکه منکر آن است که قول او موافق ظاهر باشد ادعای زوج مخالف ظاهر تشخیص داده شده و زوج است که باید بر ادعای مالکیت خود نسبت به اثاث البیت دلیل و بینه اقامه کند (نجم‌آبادی، ۱۳۹۳، ۴۰۴/۴).

این ظهور نوعی به دلیل وجود غلبه در خارج و در بیشتر موارد است. غلبه در خارج، معیاری است که به ظن غالب می‌انجامد. در بسیاری از موارد که علت و منشأ حکم شرعی ظن است ظهور نوعی موجب تقدم ظن بر اصل می‌شود. از این دست احکام می‌توان به اصالة الصحة در فعل مسلمان و حتی در فعل غیرمسلمان اشاره کرد که ظن غالب در فعل مسلمان و حتی غیرمسلمانان رعایت شرایط صحت در معامله است و در موردی که اختلاف حاصل شود حکم به صحت

مورد تنازع داده می‌شود. از همین دست احکامی که دایر مدار تقدم ظاهر بر اصل به دلیل وجود ظن غالب در بیشتر موارد است خصوص تنازع زوجین در اثاث‌البیت است. در این مورد باتوجه به غلبه تأمین اثاثیه منزل توسط زوجه، ظهوری حاصل می‌شود که مقدم بر اصل در نظر گرفته شده است. (میرزای قمی، ۱۳۷۱، ۳۲۴/۴)

تقدم ظاهر بر اصل به معنای تقدم ظهور ناشی از عرف مبنی بر تدارک لوازم منزل توسط زوجه نسبت به اماره ید زوج است؛ یعنی باتوجه به اینکه عرف در بیشتر موارد نشان دهنده تهیه لوازم منزل توسط زوجه است، اماره ید زوج بر خانه نمی‌تواند از تقدم این ظهور جلوگیری کند. این ظهور عرفی که شریعت نیز بر آن صحنه گذاشته حاکم بر اماره ید است و از این رو، قول زوجه نسبت به مالکیت اثاثیه منزل مقدم خواهد بود. (رشتی، ۱۴۰، ۳۰/۲) برخی از فقها در این مورد ید زوج بر بیت را مستلزم ید او بر اثاثیه دانسته‌اند؛ یعنی باتوجه به وجود اثاثیه منزل در خانه زوج، مالکیت زوج نسبت به اثاثیه منزل نیز ثابت می‌شود؛ زیرا ید زوج بر منزل مستلزم ید او بر اثاثیه باشد و از این نظر قول زوج موافق اصل تشخیص داده شود (آشتیانی، ۱۳۸۳، ۱۱۳۰/۲). باید گفت که ملازمه ید زوج بر منزل بر ید او بر اثاثیه منزل و اثبات مالکیت ثابت نیست؛ زیرا اثبات ید زوج در موردی که زوجه اثاثیه منزل را به حسب عرف غالب تهیه کرده است با دشواری همراه است. اضافه اینکه ممکن است در این موارد قائل به ید مشترک نسبت به اثاث‌البیت شد یا برای هریک از زوج و زوجه نسبت به برخی از اثاث‌البیت قائل به ید مختص آنها شد مانند جایی که کالای خاصی در صندوقچه مخصوصی باشد (یزدی، ۱۴۲۱ ه.ق، ۶/۱۹۶).

وسایل فراوانی در خانه موجود است که به هیچ‌یک از زوجین تعلق ندارد و هیچ‌کدام از ایشان بر آن تسلط ندارند. در این‌گونه موارد باید قاضی لحاظ کند که مال اختلافی در دست و تصرف کدام‌یک از آنهاست. او در این موارد براساس قاعده مدعی و منکر باید به انشای حکم اقدام کند. اگر برای قاضی احراز شود کالای اختلافی در اختیار و در کنترل یکی از ایشان است دیگری را به اقامه بینه برای اثبات ادعای خود ملزم می‌کند. اگر قادر به احراز سلطه برای هیچ‌یک از ایشان نشد (برای مثال ممکن است هردو بر آن ید و سلطه داشته یا اموال از قسم اموال مشترک باشد یا مال در صندوقچه مشترک آنها قرار گرفته و یا هردو از آن استفاده کنند و امثال این موارد) قاضی باید به مختص یا مشترک بودن کالا نظر اندازد. در جایی که اموال مختص زوج است مانند ساعت و لباس مخصوص، حکم به مالکیت زوج نسبت به آن داده می‌شود؛ زیرا او صاحب ید و سلطنت نسبت به کالای مخصوص به خود است. همچنان‌که در مورد زیورآلات زن همین حکم داده می‌شود، اما در مورد اموال مشترکی که هردو از منفعت آن بهره‌مند می‌شوند و مورد استفاده هردو است باید به عرف و عادت در مورد تهیه اثاث‌البیت و آداب و رسوم در مورد جهیزیه زن دقت شود.

درجایی که عرف محل، دلالت بر تهیه منزل توسط زوجه دارد، حکم به تعلق اموال به زوجه می‌شود. چنان‌که در روایات، براساس عرف مکه و مدینه چنین حکمی از معصوم علیه السلام بیان شده است. همچنان‌که اگر عرف محل نیز احراز نشود قاضی مسئله را از باب تداعی زوج و زوجه و قسم دادن هردوی آنها و تقسیم مساوی اموال حل خواهد کرد. (کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹، ۱۷۰/۲). به عبارت دیگر، درجایی که هردو ادعا کنند کالا در تسلط هریک از ایشان است ابتدا باید به مرجحات دیگر رجوع کرد و اگر مرجحی یافت نشد مشکل را با تحالف دو نفر و تقسیم مال میان ایشان حل کرد. در این مورد مخصوص، مرجح، عرف عام و خاص است. این بدان معناست که امکان دارد در برخی شهرها عرف اقتضا کند که برخی از کالاهای منزل متعلق به زن و برخی متعلق به مرد باشد، مانند اینکه زن ادعا کند که اثاث منزل برای اوست و از خانه پدر خود آورده است. این امر در گذشته و حال مرسوم بوده و هست که زن اثاثیه منزل را تهیه کند. همین‌طور که عرف، در مورد کالایی که مختص مرد است زوج را صاحب کالای می‌داند (قمی، ۱۴۲۷ ه.ق، ۲/۹۷۰).

باتوجه به اینکه در بیشتر موارد مطروحه امکان سخن گفتن از استصحاب و استناد به آن نیست تقدم ظاهر بر اصل به معنای تقدم ظهور عرفی بر استصحاب نیست؛ زیرا در بیشتر موارد، حالت سابقه مالکیت نسبت به اموال موجود در منزل

وجود ندارد که در صورت شک بتوان مالکیت سابق را استصحاب کرد. در بحث از تنازع در اثاثیه منزل، حالت سابقه وجود ندارد و اختلاف در جایی است که نسبت به حالت سابقه جهل است (نراقی، ۱۴۱۵ ه.ق، ۳۸۲/۱۷).

۳-۲. رویکردهای نظریه تفسیر به نفع زوجه در دعوی استرداد جهیزیه

تلقی از نظریه تفسیر به نفع زوجه در دعوی استرداد جهیزیه می‌تواند به صورت تعبدی و براساس تخصیص یا حکومت این ادله بر قواعد حاکم بر ادله اثبات دعوا باشد یا امکان دارد این نظریه را اصل در نظر گرفته و بر همین اساس رفتار کرد. الف) رویکرد تعبدی: براساس این رویکرد، ادله قرآنی و روایی، دلیل تعبدی شناخته می‌شوند و قواعد حاکم بر اثبات دعوا را تخصیص زده یا این ادله حاکم بر اثبات دعوا شناخته می‌شوند. به بیان دیگر، قواعد حاکم بر فصل خصومت در موارد غیر از نزاع زوجین در مورد جهیزیه کاربرد دارد. بنابراین، با وجود روایات موجود، قواعد حاکم بر اثبات دعوا تخصیص خورده و نظریه تفسیر به نفع زوجه مخصص این ادله به حساب می‌آید. (اسماعیل پور قمشه‌ای، ۱۴۲۱ ه.ق، ۴۲۴/۲) مستفاد از آیه ۲۴۱ سوره بقره، لزوم پرداخت متاع به زوجه مطلقه چه در صورت نزاع در جهیزیه و چه در صورت عدم نزاع است. در این صورت، این دلیل تعبدی نسبت به فرض بحث که نزاع زوجین در اثاث البیت است شمول داشته و به مثابه یک حکم شرعی قاضی را ملتزم می‌کند که در موارد مشکوک، حکم به پرداخت محل نزاع به زوجه کند. به عبارت دیگر، ادله مطروحه در باب نظریه تفسیر به نفع زوجه، دلیل شمرده می‌شود. از آنجاکه اصل، زمانی دلیل به حساب می‌آید که دلیل اقامه نشده باشد (محقق داماد، ۱۳۸۱) و در فرضی که ادله تعبدی وجود دارد این ادله حاکم بر اصولی مانند استصحاب و اماراتی مانند ید خواهد بود. صحیح رفاعه بن موسی نخاس از امام صادق علیه السلام و روایت عبدالرحمن بن حجاج که براساس آن، تمام اموال منزل برای زن در نظر گرفته شده است نیز می‌تواند تعبدی و مخصص یا حاکم بر ادله اولیه به این تقریر شناخته شود.

ب) رویکرد غیرتعبدی: براساس این دیدگاه، اگرچه روایات موجود، خلاف اصول و قواعد حاکم بر ادله اثبات شناخته می‌شود، اما به دلیل مطابقت این نظریه با عمل به ظاهر حال و اینکه در عرف و عادت، بیشتر زنان اقدام به تهیه جهیزیه منزل می‌کنند، زوجه منکر شمرده شده و قول او مقدم شناخته می‌شود. از این رو، زوج باید برای اثبات مالکیت خود نسبت به اثاث البیت اقامه دعوا کند. (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ ه.ق، ۱۹۱/۱۵) بر همین اساس، حتی روایاتی که حکم به تعلق اثاث البیت به زوجه کرده است نیز با معیار عرف غالب آن زمان تفسیر می‌شود (رشتی، ۱۴۰۱). بدین معنا که روایات، در مقام تعیین منکر در قبال مدعی بوده و در مقام فصل خصومت به معنای خاص خود نیستند (خوانساری، ۱۳۵۵، ۸۵/۶). روایات منطبق با پذیرش تقدم ظاهر بر اماره ید، اموال موجود در منزل را متعلق به زوجه قلمداد کرده است. به دیگر سخن، قضاوت عرفی که براساس ظواهر صورت می‌گیرد و شارع نیز آن را صحیح انگاشته آن است که در امثال این موارد که اختلاف در اثاث البیت حاصل می‌شود قول زوجه با قسم مقدم است و اگر قضاوت عرفی در میان نباشد در این مورد مانند سایر دعاوی براساس قاعده مدعی و منکر حکم خواهد شد. ملاک اصلی تقدیم قرائن عرفی در مانند جهیزیه است (علامه حلی، ۱۳۷۴، ۴۰۹/۸؛ موسوی اردبیلی، ۱۳۸۱، ۶۷۵/۲).

تقریر دیگری در مورد اصل بودن این نظریه وجود دارد: براساس عرف و عادت، جهیزیه از ناحیه زوجه تهیه و به منزل زوج آورده می‌شود. از این رو، مالکیت زن نسبت به جهیزیه مسلم است و شک لاحق در مورد مالکیت زوجه بر اثاث البیت مقتضی استصحاب مالکیت سابق خواهد بود. بنابراین، در فرض تنازع میان زوج و زوجه در اثاثیه منزل، استصحاب مقتضی مالکیت سابق است. از این رو، قول شوهر نسبت به مالکیت اثاث البیت خلاف اصل استصحاب است. بنابراین، شوهر در تنازع مطرح شده، مدعی شناخته شده و برای ادعای خود باید اقامه دلیل کند. (روحانی، ۱۴۳۵ ه.ق، ۳۲۴/۳۸). تذکر این مسئله ضروری است که مطابقت این نظریه با قواعد کلی در فرضی است که جهیزیه توسط زوجه تهیه شود. در

جایی که عرفی برخلاف این رویه معمول شکل بگیرد و متعارف تأمین اثاث البیت با زوج باشد استناد به این نظریه صحیح نیست و براساس آن نمی توان رفتار کرد. در این صورت، قول زوجه خلاف اصل تلقی می شود و اوست که باید برای اثبات مدعای خود دلیل اقامه کند. (نجم آبادی، ۱۳۹۳، ۴/۴۰۵) بنابراین، باتوجه به غلبه عرفی تهیه جهیزیه توسط زوجه، ظهور عرفی مالکیت زوجه بر اثاثیه منزل مقدم بر اصل عدم مالکیت او قلمداد می شود و این ظهور عرفی تهیه جهیزیه توسط زوجه بر اماره ید زوج بر خانه مقدم می شود. با این تقریر، در صورت عدم وجود دلیل قطعی، قول زوجه نسبت به مالکیت اثاثیه منزل، مقدم خواهد بود.

۴. کارکرد نظریه تفسیر به نفع زوجه در دعاوی استرداد جهیزیه

کارکرد اصلی این نظریه، تغییر نگرش نسبت به دعاوی خانواده و در اینجا به ویژه در دعاوی استرداد جهیزیه است؛ زیرا مبنای این دعاوی براساس حسن نیت و خالی از ضمانت اجرای قراردادی موجود در سایر دعاوی است. بنابراین، نمی توان با همان کارکردهای دعاوی دیگر به آن رسیدگی کرد. در بسیاری از فرهنگ ها حتی خانواده زوجه امضای سیاهه ازسوی زوج را قبیح می دانند و ازهمین رو، زوجه از داشتن حداقل ادله اثباتی نیز محروم است. حال بررسی این پرونده ها همانند سایر دعاوی برای مثال مانند قراردادهای مالی که مبنای آن سود و نفع طرفین است، می تواند سیستم قضایی را به سمت بی عدالتی سوق دهد و حتی به اساس حسن نیت افراد جامعه در عقود مقدسی چون نکاح آسیب وارد کند. این بدین معنا نیست که قضات به صرف ادعا و یا برخلاف ادله و امارات مسلم موجود در پرونده اقدام به انشای رأی کنند. این نظریه چون چراغی در تاریکی می تواند در پرونده هایی که ادله و امارات راه به جایی نبرده اند کارساز و راهنما باشد. رویه موجود چنین است که زوجه مکلف است برای هریک از اقلام و کالاهای مورد ادعا به طور مجزا اماره ارائه کند و قواعد عمومی ادله اثبات دعوا به نفع زوج است.

کارکرد نظریه تفسیر به نفع زوجه در دعاوی استرداد جهیزیه در مورد جایی است که ادله موجود در پرونده کامل نبوده یا در تعارض با ادله ابرازشده طرفین پرونده است. این تعارض می تواند در تمام یا قسمتی از اثاثیه موجود در منزل باشد. در مواردی که کالایی خارج از سیاهه ابرازشده توسط زوجه مورد ادعای زوجین باشد این نظریه جاری می شود. برای نمونه، در پرونده ای که زوجه سیاهه ای یا شهودی ارائه نکرده و زوج نیز ادله خلاف مالکیت ارائه نداده است و عرف منطقه و سایر امارات، ادعای کلی زوجه را ثابت می کند، مستند به این نظریه به انضمام قسم زوجه می توان حکم به نفع زوجه (برخلاف رویه موجود) صادر کرد. همچنین درجایی که سیاهه به امضای زوج نرسیده یا کالایی خارج از سیاهه مورد ادعای زوج باشد، می توان این نظریه را جاری کرد و زوج را محکوم به رد کل خواسته کرد. اگر این نظریه به مثابه نظریه غالب در دادگاه ها استفاده شود به دلیل ایجاد روند مشابه و عدم تمایل به طرح پرونده های محکوم به شکست باعث کاهش ورودی آمار پرونده ها خواهد شد و به حل و فصل پرونده های مشابه در خارج از دادگاه و با توافق طرفین منجر می شود.

نتیجه گیری

اختلاف در اثاثیه منزل یا به تعبیر امروزی جهیزیه، امری ریشه دار در فقه امامیه است. فقهای امامیه با اجتهاد از اصول کلی و روایات موجود، پنج نظریه در این مورد مطرح کرده اند. این اختلاف نشانه آن است که حکم این مسئله نزد ایشان اجماعی نیست و قول واحدی در میان ایشان موجود نیست. نظریه تفسیر به نفع زوجه در اختلافات مربوط به مالکیت اثاثیه منزل و به تعبیر دیگر جهیزیه، تکمیل یکی از نظریات فقها در این باب است. عرف غالب در گذشته و حال، تهیه لوازم منزل توسط زوجه است. عرف غالب باعث پیدایش ظن غالب و ظهور نوعی در این زمینه می شود. براساس این ظهور، براساس یک قاعده، زوجه، مالک اثاثیه منزل شناخته می شود و زوج برای اثبات مالکیت خود نیاز به اقامه دلیل دارد. باتوجه به

بررسی‌های انجام شده در مقاله حاضر می‌توان نتیجه‌گیری کرد که:

نظریه تفسیر به نفع زوجه در دعاوی استرداد جهیزیه، پشتوانه فقهی و حقوقی قابل توجهی دارد. قاعده تقدم ظاهر بر اصل، یکی از مستندات قابل استناد است. از این رهگذر در مقام تعارض میان ظهور معتبر عرفی و اصل عملی مانند اصل عدم یا اصل بقای مالکیت، ظهور مقدم است.

در مسئله مورد بحث باتوجه به عرف غالب، مبنی بر تأمین جهیزیه توسط زوجه، ظهور معتبر بر مالکیت زوجه مقدم بر اصل عدم مالکیت اوست. از آیات قرآنی مانند آیه ۲۴۱ سوره بقره که بر لزوم تأمین مالی زن مطلقه تأکید دارند چنین برداشت می‌شود که در فرض تردید می‌توان با استناد به ظهور حمایتی آیه، حکم به نفع زوجه صادر کرد، البته استناد به آیه در مقام تأسیس حکم، نیازمند دقت است و بیشتر در مقام تأیید و تقویت ظهور عرفی به کار می‌آید.

روایات معتبر معصومین علیهم‌السلام می‌تواند مستند این نظریه مطرح شود. برخی روایات معتبر از ائمه معصومین علیهم‌السلام بر تعلق اثاثیه منزل به زوجه دلالت دارند. صحیح‌ه رفاعه بن موسی نخاس از امام صادق علیه‌السلام و روایت عبدالرحمن بن حجاج مبنای فقهی مهمی برای تقویت نظریه تفسیر به نفع زوجه در دعاوی استرداد جهیزیه هستند، البته باید توجه داشت که فقها در تفسیر و جمع‌بندی این روایات اختلاف نظر دارند، اما می‌توان از مجموع آنها برای تقویت موضع زوجه در این دعاوی بهره برد. باتوجه به مبانی فقهی و اصولی مذکور پیشنهاد می‌شود در دعاوی استرداد جهیزیه، در فرض وجود عرف معتبر مبنی بر تأمین اثاث منزل توسط زوجه، رویکرد تفسیر به نفع زوجه اتخاذ شود. در مواردی که عرف غالب محل، تهیه جهیزیه را برعهده زوجه قرار می‌دهد و نیز در شرایط تردید و فقدان دلیل قاطع با استناد به ظهور عرفی معتبر و قواعد فقهی ناظر بر تقدم ظاهر بر اصل، حکم به نفع زوجه صادر شود. با این حال، چنانچه عرف غالب محل، برخلاف این باشد و تهیه اثاث منزل برعهده زوج قرار گیرد، به‌ویژه با لحاظ اینکه اثاث‌البیت در نگاه برخی از فقها و مستندات فقهی جزو نفقه محسوب می‌شود، مقتضای قاعده آن است که به نفع زوج حکم شود. به تعبیر دیگر، پذیرش این نظریه مشروط به تحقق ظهور عرفی معتبر در هر منطقه و فرهنگ خاص است و نباید به صورت قاعده‌ای مطلق و کلی تلقی شود. این رویکرد که مبتنی بر تشخیص عرف معتبر هر محل و تطبیق آن با قواعد فقهی است، می‌تواند خلأ موجود در رویه قضایی را پر کند و به احقاق حقوق طرفی بینجامد که بنابر عرف و شرع، مالکیت اثاث منزل به او اختصاص دارد. چنین رویکردی نه تنها موجب عدالت در داوری می‌شود، بلکه از تعمیم بی‌مبنای قواعد نیز جلوگیری می‌کند و دستگاه قضایی را به سمت تصمیم‌های منطبق با واقعیت‌های اجتماعی و فقهی سوق می‌دهد.

ملاحظات اخلاقی

پیروی از اصول اخلاق پژوهش

نویسندگان تأکید می‌کنند که کلیه اصول اخلاقی در انجام و انتشار این پژوهش رعایت شده است. این موضوع توسط تمامی نویسندگان تأیید شده است.

عدم سوءرفتار علمی

مواردی مانند جعل داده‌ها، تحریف نتایج، سرقت ادبی (پلجیاریسم) و هرگونه رفتار غیراخلاقی دیگر در این پژوهش به‌طور جدی پرهیز شده است.

مشارکت نویسندگان

تمامی نویسندگان به صورت مساوی در طراحی پژوهش، نگارش مقاله، و ویرایش نسخه‌های نهایی مشارکت داشته‌اند.

تعارض منافع

نویسندگان عدم وجود تعارض منافع (Conflict of Interest) را در ارتباط با این پژوهش اعلام می‌کنند. به عبارت دیگر، هیچگونه منافع مالی یا شخصی که بر نتایج تحقیق تأثیرگذار باشد، وجود نداشته است.

حامی مالی

این پژوهش بدون دریافت هرگونه حمایت مالی از سازمان‌های دولتی، تجاری یا غیرانتفاعی انجام شده است.

سپاسگزاری

نویسندگان مقاله، از که کسانی که در نگارش این مقاله ایشان را از نظر علمی و معنوی حمایت کردند، قدردانی می‌کنند.

منابع

- قرآن کریم (۱۳۸۰). مترجم: مکارم شیرازی، ناصر. تهران: دفتر مطالعات تاریخ و معارف اسلامی.
- ابن ادریس، محمد بن احمد (۱۴۱۰ ه.ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابن حمزه، محمد بن علی (۱۴۰۸ ه.ق). *الوسیلہ الی نیل الفضیلہ*. قم: مکتبه آیت الله المرعشی النجفی.
- اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ ه.ق). *مجمع الفائده والبرهان*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- اردبیلی، محمد بن علی (۱۴۰۳ ه.ق). *جامع الرواه و ازاحه الاشتباهات عن الطرق و الاسناد*. بیروت: دارالاضواء.
- اسماعیل پور قمشه ای، محمد علی (۱۴۲۱ ه.ق). *البراهین الواضحات*. تصحیح: عظیمی، مصطفی. قم: المطبعه العلمیه.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۶). *حقوق مدنی*. تهران: انتشارات اسلامی.
- آشتیانی محمد حسن بن جعفر (۱۳۸۳). *کتاب القضاء*. قم: زهیر.
- آملی، محمد تقی (۱۳۸۴). *مصابح الهدی فی شرح العروه الوثقی*. بی‌جا: بی‌نا.
- بحرالعلوم، محمد مهدی (۱۳۶۳). *الفوائد الرجالیه*. تهران: مکتبه الصادق.
- بروجردی، مصطفی (۱۳۹۷). *تفسیر شمس*. قم: بوستان کتاب.
- تبریزی، جواد (بی‌تا). *اسس القضاء و الشهاده*. قم: دفتر آیت الله تبریزی.
- حرعاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ ه.ق). *تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*. قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
- حسینی عاملی، محمد جواد (۱۴۱۹ ه.ق). *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*. محقق: خالصی، محمد باقر. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- خمینی، روح الله (۱۴۳۴ ه.ق). *تحریر الوسیلہ*. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام خمینی.
- خمینی، سید روح الله (۱۴۲۲ ه.ق). *استفتائات*. قم: جامعه مدرسین.
- خوانساری، احمد (۱۳۵۵). *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*. قم: مکتبه الصدوق.
- خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۳ ه.ق). *معجم رجال الحدیث*. بی‌جا: بی‌نا.
- خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۸ ه.ق). *موسوعه الامام الخویی*. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی.
- رشتی، حبیب الله (۱۴۰۱). *کتاب القضاء*. محقق: حسینی اشکوری، احمد. قم: دارالقرآن الکریم.
- روحانی، محمد صادق (۱۴۳۵ ه.ق). *فقه الصادق*. قم: آیین دانش.
- روحانی، محمد صادق (۱۴۲۹ ه.ق). *منهاج الفقاهه*. قم: انوار الهدی.
- سبحانی، جعفر (۱۳۷۶). *نظام القضاء والشهاده فی الشریعه الاسلامیه الغراء*. قم: مؤسسه الامام الصادق.
- سبزواری، عبدالاعلی (۱۴۱۳ ه.ق). *مذهب الاحکام*. قم: مؤسسه المنار.
- سبزواری، محمد باقر (۱۳۸۱). *کفایه الفقه*. محقق: واعظی اراکی، مرتضی. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- سیستانی، علی (بی‌تا). *قاعده لا ضرر ولا ضرار*. بی‌جا: بی‌نا.
- شاهرودی، محمود (۱۳۸۲). *فرهنگ فقه*. قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی.
- شبیری زنجانی، موسی (بی‌تا). *کتاب حج*. قم: بی‌نا.
- شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۴ ه.ق). *غایه المراد فی شرح نکت الارشاد*. قم: مرکز الابحاث و الدراسات الاسلامیه.
- شهید ثانی، زین الدین (۱۴۱۳ ه.ق). *مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام*. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- صافی گلپایگانی، علی (۱۴۲۶ ه.ق). *تبیان الصلاه (تقریرات درس سید حسین طباطبایی بروجردی)*. قم: گنج عرفان.
- صدوق، محمد بن علی (۱۴۱۳ ه.ق). *کتاب من لایحضره الفقیه*. محقق: غفاری، علی اکبر. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- طباطبایی حائری، علی (۱۴۱۸ هـ.ق). *ریاض المسائل*. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام لاحیاء التراث.
- طباطبایی حکیم، عبدالصاحب (۱۴۱۳ هـ.ق). *منتقى الاصول (تقریرات درس سید محمد روحانی)*. قم: دفتر آیت الله روحانی.
- طباطبایی، محمدحسین (۱۳۷۳). *المیزان فی تفسیر القرآن*. قم: اسماعیلیان.
- طوسی، محمدبن حسن (۱۳۶۳). *الاستبصار فیما اختلف من الاخبار*. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- طوسی، محمدبن حسن (۱۳۶۴). *تهذیب الاحکام*. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- طوسی، محمدبن حسن (۱۳۸۷). *المبسوط فی فقه الامامیه*. تهران: مکتبه المرتضویه.
- طوسی، محمدبن حسن (۱۴۰۷ هـ.ق). *الخلاف*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۳۷۴). *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ هـ.ق). *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ هـ.ق). *مختلف الشیعه*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ هـ.ق). *تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه*. محقق: بهادری، ابراهیم. قم: مؤسسه الامام الصادق.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۷ هـ.ق). *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله القضاء و الشهادات*. قم: مرکز فقه الاثمه الاطهار.
- کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۴۲۶ هـ.ق). *تحریر المجله*. محقق: ساعدی، محمد. قم: المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلامیه.
- کاشف الغطاء، حسن (۱۴۲۲ هـ.ق). *انوار الفقاهة (کتاب القضاء)*. نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.
- کاظمی خراسانی، محمدعلی (۱۴۱۱ هـ.ق). *کتاب الصلاه (تقریرات درس میرزا محمدحسین نایینی)*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- کلینی، محمدبن یعقوب (۱۴۳۰ هـ.ق). *الکافی*. قم: دارالحديث.
- مافی، همایون، ظهوری، سمیه، و فرزنانگان، محمد (۱۳۹۵). *وضعیت فقهی حقوقی اختلاف زوجین در اثاثیه منزل*. دوفصلنامه علمی فقه و حقوق خانواده، ۲۱ (۶۵)، ۸۳-۱۰۶.
- مامقانی، عبدالله (۱۴۳۱ هـ.ق). *تنقیح المقال فی علم الرجال*. قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ هـ.ق). *شرايع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*. محقق: محمدعلی بقال، عبدالحسین. قم: اسماعیلیان.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۱). *قواعد فقه (بخش مدنی)*. تهران: سمت.
- موسوی اردبیلی، عبدالکریم (۱۳۸۱). *فقه القضاء*. قم: جامعه المفید.
- میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۳۷۱). *جامع الشتات*. تهران: کیهان.
- میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۳۸۵). *رسائل میرزای قمی*. قم: بوستان کتاب.
- نجاشی، احمد بن علی (۱۳۶۵). *رجال النجاشی*. محقق: شبیری زنجانی، موسی. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- نجفی، محمد حسن (۱۳۶۲). *جواهر الکلام*. بیروت: داراحیاء التراث العربی.
- نجم آبادی، محمد ابراهیم (۱۳۹۳). *القضاء*. قم: نشر روضه العباس.
- نراقی، احمد (۱۴۱۵ هـ.ق). *مستند الشیعه*. قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
- یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱ هـ.ق). *حاشیه المکاسب*. قم: موسسه اسماعیلیان.
- یزدی، محمد کاظم (۱۴۱۴ هـ.ق). *العروه الوثقی*. قم: مکتبه الداوری.



The Obligatory and Situational Ruling of a Breastfeeding and Custodial Mother's Hajj

Hussein Houshmand Firouzabadi¹ , and Atefeh Zabihi Bidgoli²

1. Corresponding author, Fourth Level, Qom Seminary, Qom, Iran / Department of Private Law, Research Institute of Hawzah and University, Qom, Iran.

Email: hooshmand@rihu.ac.ir

 0000-0002-5644-5821

2. Islamic Jurisprudence and Fundamentals of Law Group, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran.

Email: a.zabihi@atu.ac.ir

 0000-0001-6108-4779

Article Info

Article type:

Research Article

Article history:

Received 22 May 2025

Received in revised form 04 August 2025

Accepted 03 September 2025

Available online 04 October 2025

Keywords:

Hajj,
breastfeeding mother,
situational ruling,
breastfeeding a child,
affordability,
conditional obligation.

ABSTRACT

Objective: This study examines the conflict between the mother's duties arising from her maternal role and her religious duties, especially performing the Hajj rituals, in situations where maintaining the child's physical and mental health requires breastfeeding or custody by the mother.

Method: The present study was conducted in a descriptive-analytical manner and using library resources. The author, referring to the Imamieh jurisprudential texts and the opinions of early and contemporary jurists, examined the scope of the obligation of breastfeeding and custody and its effect on religious affordability and the obligation of Hajj. Since in previous jurisprudential books, the issue of «Hajj of a breastfeeding mother» was not examined independently and was only raised in general terms, this study, while collecting the opinions of jurists under the topics of Hajj, affordability and conflict, presented a comparative analysis of the views. For this purpose, the obligatory ruling of the mother's Hajj in the conditions of the obligation of breastfeeding and custody and then the situational ruling (the validity or invalidity of Hajj assuming its performance) were examined with reference to the opinions of Imamieh jurists and fundamental principles such as the theory of sequence and contiguity of the obligatory and situational ruling.

Results: Analysis of the evidence of the jurists showed that despite the lack of the obligation of breastfeeding in unnecessary circumstances and the possibility of using a substitute, assuming the necessity of breastfeeding or custody, the obligation to perform the Hajj is not the responsibility of the mother. However, in terms of the situational ruling, the jurisprudential views on the components of the mother's Hajj differ, citing two reasons of contiguity and the theory of sequence.

Conclusions: In terms of obligation, performing the Hajj is not the responsibility of a breastfeeding and custodial mother who needs to breastfeed and care for her child, but if such a mother performs Hajj, in terms of situation, we must assume that her Hajj is valid and that such a Hajj is accepted (by accepting the theory of sequence).

Cite this article: Houshmand Firouzabadi, H., & Zabihi Bidgoli, A. (2025). The Obligatory and Situational Ruling of a Breastfeeding and Custodial Mother's Hajj. *The Islamic Journal of Women and the Family*, 13 (3), 127 -145. <https://doi.org/10.22034/ijwf.2025.19384.2321>



Introduction

One of the influential issues in the jurisprudence of the obligation of Hajj for women is the situation of mothers who, due to the rights of the child and the duties they have towards their child, have to perform Hajj in conflict with their maternal obligations. From the fetal stage, the mother is responsible for protecting the life and health of the child, and after birth, breastfeeding and custody are among her duties. These duties are sometimes assigned to the mother by custom, sometimes by law, and sometimes by religious law. According to Article 1168 of the Civil Code of the Islamic Republic of Iran, taking care of children is the right and duty of the parents, and according to Article 1169 of the same law, the mother has priority over the father until the child is seven years old. According to Article 1172, neither parent has the right to refuse custody during the period of obligation, and the ruler is obliged to oblige them. In addition, Article 295 of the Islamic Penal Code holds the mother or nanny responsible for the harm or crime caused to the child if she refuses to breastfeed despite being able to do so. On the other hand, the obligation of Hajj is an immediate obligation, if one is able to afford it. Therefore, when the duty of custody or breastfeeding intersects with performing Hajj, the issue of conflict between the two obligations arises. The present research aims to explain the obligatory and situational ruling of a breastfeeding and custodial mother's Hajj in such circumstances by reviewing the views of jurists and its jurisprudential and fundamental foundations.

Method

The present study was conducted in a descriptive-analytical manner using library resources. The author, referring to the Imamieh jurisprudential texts and the opinions of early and contemporary jurists, examined the scope of the obligation of breastfeeding and custody and its effect on the religious affordability and the obligation of Hajj. Since in previous jurisprudential books, the issue of a «breastfeeding mother's Hajj» was not examined independently and was only raised as a general reference, this study, while collecting the opinions of jurists under the topics of Hajj, affordability and conflict, presented a comparative analysis of the views. For this purpose, the obligatory ruling of the mother's Hajj in the conditions of the obligation of breastfeeding and custody and then the situational ruling (the validity or invalidity of Hajj assuming its performance) were examined with reference to the opinions of Imamieh jurists and fundamental principles such as the theory of sequence and contiguity of the obligatory and situational ruling.

Results

The findings of the research show that in jurisprudential texts, the importance of breastfeeding for the child is so great that some jurists have considered it obligatory, even if its payment is paid by the father or from the child's property (Ameli, 1410AH, 5/452; Helli, 1387AH, 3/262). Some jurists, such as Allameh Helli, have stated that the implementation of the limits (Hodoud)

on a breastfeeding woman is delayed until the end of the child's breastfeeding period (Allameh Helli, 1413AH, 3/628). However, the majority of Imamieh jurists believe that breastfeeding is not obligatory for the mother (Tousi, 1407AH, 5/130; Shobeiri Zanjani, 1419AH, 25/791; Bahjat, 1426AH, 4/100) and some have considered it merely immoral to abandon it (Najafi, no-date, 31/272; Haeri Tabatabaei, 1418AH, 10/515). Regarding colostrum (Laba), on which the child's life depends, some jurists have ruled that it is obligatory (Ameli, 1410AH, 176; Shahid Sani, 1414AH, 3/217; Saimari, 1420AH, 3/175). They believe that if a child dies without colostrum, it is obligatory to preserve its life and breastfeeding is necessary. However, if it is possible to use the milk of another woman, this obligation becomes sufficient (Shobeiri Zanjani, 1419AH, 25/7927).

The jurists have also listed other cases in which breastfeeding becomes obligatory: When the child does not accept the breast of another mother, the milk of another mother is incompatible, or a woman cannot be found to breastfeed and the father is also unable to pay (Haeri Tabatabaei, 1418AH, 12/145). In such cases, if the mother is affordability, the main question is whether the obligation of breastfeeding prevents the affordability and obligation of Hajj or not.

Contemporary jurists have two main views in response to this question:

a) Breastfeeding does not prevent the affordability, but if there is no alternative, the urgency of Hajj is lost (Ayatollah Bahjat and Ayatollah Tabrizi).

b) Breastfeeding, if obligatory, is an obstacle to the affordability, but it does not remove it; after the obstacle is removed, Hajj becomes obligatory (Ayatollah Khamenei, Ayatollah Fazel Lankarani and Ayatollah Makarem Shirazi).

In the second view, if breastfeeding causes hardship for the mother or child, the affordability is not achieved and Hajj is not obligatory for her. However, if a nurse or nanny can be substituted, Hajj is obligatory and the duty of breastfeeding is delegated to someone else. Thus, the rule of the existence of a substitute in a conflict gives preference to an obligatory that has a substitute; that is, Hajj is preferred over breastfeeding if there is a substitute for breastfeeding.

From the point of view of some jurists, such as the author of Orwah, if a religious obstacle occurs before the affordability is achieved, it is an obstacle to the obligation of Hajj, but if it occurs after the affordability is achieved and is more important than Hajj, it is a removal of obligation (Tabatabaei Yazdi, 1409AH, 2/453). On the other hand, a group such as Hussein Shahroudi (no-date, 1/142) do not see any difference between the priority and the delay of an obligation and consider the criterion to be the degree of importance.

The reasons for those who believe that breastfeeding is an obstacle include:

1. The priority of a rational condition over a religious condition; if an immediate obligation arises before the affordability, it takes precedence.

2. The absence of an order to perform Hajj despite the presence of a religious obstacle; because the affordability depends on the absence of an obstacle (Mousavi Khoei, 1418AH, 8/35).

3. The priority of an absolute obligation over a conditional obligation; because Hajj is conditional on the affordability (Madani Kashani, 1411AH, 1/178).

4. Narratives; including the narrative of Hamad from Halabi: «Whoever has the ability to perform Hajj but does not perform it without having something that does not count as an excuse...» (Hor Ameli, 1409AH, 11/26).

Those who argue for the absence of hindrance, emphasizing the criterion of «the most important and important», believe that the affordability does not include the absence of another obligation and that whenever two obligations conflict, the most important one takes precedence and in the event of equality, the person performing the obligation has the choice (Madani Kashani, 1411AH, 1/178). They believe that the concept of affordability includes financial, physical, temporal and intellectual affordability and if another obligation becomes a rational obstacle to performing Hajj, Hajj will not be obligatory (Ghadiri, 2015; Raisi, 2017).

In the second part of the findings, the situational ruling of a breastfeeding mother's Hajj is examined under the assumption of the obligation of breastfeeding. There are two opinions in this regard:

a) Hajj for a mother is valid and meritorious (Ayatollah Bahjat and Ayatollah Sistani). Based on the theory of sequence, if a mother abandons the most important one (breastfeeding) and performs the important one (Hajj), even though she has committed a sin, her Hajj is valid (Mousavi Khoei, 1411AH).

b) Hajj for a mother is not meritorious (Ayatollah Fazel Lankarani, Ayatollah Makarem Shirazi and Ayatollah Khamenei). Based on the conjunction of the obligatory and situational ruling, leaving the most important obligation invalidates the important act.

In jurisprudential analysis, if the doctor considers performing Hajj to be harmful to the child, the conflict between the two obligations is certain and the most important one (preserving the child's life) must be performed. However, in the case of performing Hajj, its validity or invalidity depends on the acceptance or rejection of the theory of sequence. The fundamentalists who support sequence, such as Mirza Shirazi, Fesharaki, Naeini, and Hakim, believe that the obligation of the important one is tied to leaving the most important one, so if the mother leaves the most important obligation, the important obligation (Hajj) becomes actual and her Hajj is valid (Naeini, 1376AH, 1/373; Tabatabaei Hakim, 1416AH, 5/131). On the other hand, opponents of the sequence, such as Akhound Khorasani, consider it unreasonable and consider such a woman's Hajj invalid (Akhound Khorasani, 1410AH).

Contemporary jurists such as Imam Khomeini, Bahjat, Khoei, Nouri Hamedani, and Fazel Lankarani, generally believe that a breastfeeding mother's Hajj is sufficient for Hajj al-Islam based on the theory of sequence (Eftekhari Golpayegani, 1428AH, 1/84). Ayatollah Vahid Khorasani also considers it probable that it is sufficient and considers it prudent to repeat the Hajj. On the other hand, Seyed Yazdi states in «Orwah»: «If the Hajj journey requires

abandoning an obligatory act or committing a forbidden act, this Hajj is not separate from Hajj al-Islam» (Tabatabaei Yazdi, 1409AH, 2/457). This Fatwa is contrary to his acceptance of the sequence in other chapters (Ibid., 1/724).

Conclusions

In the conflict between two religious obligations, namely the obligation of Hajj and maternal duties such as breastfeeding and custody, determining the obligation requires a detailed jurisprudential analysis of the affordability and the rules of the conflict. Based on the findings of this research, the obligation of breastfeeding in Imamieh jurisprudence is limited to cases of necessity and if there is an alternative, the mother will not be obliged to breastfeed. Assuming the obligation of breastfeeding, if an obstacle arises before the realization of the affordability, Hajj is not obligatory for the mother; but if it occurs after that and it is more important than Hajj, it is abrogated. The jurists who accept the obstacle of breastfeeding have relied on the precedence of the rational condition and the religious obstacle; on the other hand, those who argue for the absence of obstacle rely on the rule of the most important and important and the realization of the conflict.

In the situational ruling, if a mother goes to Hajj by abandoning the most important obligation, her Hajj is invalid based on the contiguity of the obligatory and situational ruling, but based on the theory of sequence, Hajj is valid and sufficient for Hajj al-Islam. The result is that the validity or invalidity of a breastfeeding mother's Hajj depends on the jurist's principled basis for accepting or rejecting the theory of the sequence. Accordingly, assuming a conflict between maternal duties and performing the Hajj, if the sequence is accepted, the mother's Hajj is valid and meritorious, even though she has committed a sin; however, if the sequence is rejected, her Hajj is invalid and it must be repeated after the obstacle is removed.

Author Contributions

All authors participated equally in the design of the study, writing the article, and editing the final versions.

Data Availability Statement

Data available on request from the authors.

Acknowledgements

The authors of the research would like to express their gratitude to the Islamic Studies Research Center of Alzahra University, which provided spiritual, financial, and scientific support for this study

Ethical Considerations

Cases such as falsification of data, distortion of results, plagiarism, and any other unethical behavior have been strictly avoided in this study.

Funding

This article is one of the articles extracted from the research project entitled «Hajj; Women's Rights and Family Duties», which was commissioned by the Islamic Studies Research Center of Alzahra University and received financial, spiritual, and scientific support from them.

Conflict of Interest

The authors declare that there are no conflicts of interest in connection with this study. In other words, there were no financial or personal interests that could affect the results of the study.



حکم تکلیفی و وضعی فریضه حج مادر شیرده و حاضن

حسین هوشمند فیروزآبادی^۱، و عاطفه ذبیحی بیدگلی^۲

۱. نویسنده مسئول، سطح ۴، حوزه علمیه قم، قم، ایران/ دانشیار گروه حقوق خصوصی، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، قم، ایران. رایانامه: hooshmand@rihu.ac.ir

۲. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران. رایانامه: a.zabihi@atu.ac.ir

چکیده

اطلاعات مقاله

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

هدف: این مقاله به بررسی تراحیم تکالیف مادر ناشی از نقش مادری و تکالیف عبادی، به ویژه انجام مناسک حج، در شرایطی که حفظ سلامت جسمی و روحی کودک مستلزم شیردهی یا حضانت توسط مادر است، می‌پردازد.

روش پژوهش: پژوهش حاضر به شیوه توصیفی-تحلیلی و با بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای انجام شد. نویسنده با مراجعه به متون فقهی امامیه و آراء فقه‌های متقدم و معاصر، دایره وجوب شیردهی و حضانت و تأثیر آن بر استطاعت شرعی و وجوب حج را بررسی نمود. از آنجا که در کتب فقهی پیشین، موضوع «حج مادر شیرده» به صورت مستقل بررسی نشده و فقط در حد اشاره به عمومات مطرح گردیده است، این پژوهش ضمن جمع‌آوری آرای فقها در ذیل مباحث حج، استطاعت و تراحیم، تحلیل تطبیقی دیدگاه‌ها را ارائه نمود. بدین منظور، حکم تکلیفی حج مادر در شرایط وجوب شیردهی و حضانت و سپس حکم وضعی (صحت یا بطلان حج در فرض انجام آن) با استناد به نظریات فقه‌ای امامیه و مبانی اصولی مانند نظریه ترتب و ملازمه احکام تکلیفی و وضعی مورد بررسی قرار گرفت. یافته‌ها: تحلیل ادله فقها نشان داد که باوجود عدم وجوب شیردهی در شرایط غیرضروری و امکان استفاده از بدل، در فرض ضرورت شیردهی یا حضانت، تکلیف انجام فریضه حج از عهده مادر ساقط است. با این حال، از نظر حکم وضعی، دیدگاه‌های فقهی در مورد اجزای حج مادر با استناد به دو دلیل ملازمه و نظریه ترتب متفاوت است.

نتیجه‌گیری: از حیث تکلیفی، انجام فریضه حج از عهده مادر شیرده و حاضنی که شیردهی و حضانت برای طفلش ضرورت دارد، ساقط است، اما اگر چنین مادری حج به جای آورد، از حیث وضعی باید قائل به صحت حج او و مجزی بودن چنین حجی (با پذیرش نظریه ترتب)، شویم.

کلیدواژه‌ها:

حج،

مادر شیرده،

حکم وضعی،

شیردهی کودک،

استطاعت،

واجب مشروط.

استناد: هوشمند فیروزآبادی، حسین؛ و ذبیحی بیدگلی، عاطفه (۱۴۰۴). حکم تکلیفی و وضعی فریضه حج مادر شیرده و حاضن. پژوهشنامه اسلامی زنان و خانواده، ۱۳ (۳)، ۱۲۷-۱۴۵. <https://doi.org/10.22034/ijwf.2025.19384.2321>



مقدمه

یکی از مسائل مؤثر بر حکم‌شناسی حج زن، مربوط به زمانی است که به دلیل حقوقی که فرزند برعهده مادر دارد اقامه فریضه حج بر دایره تکالیف و تعهدات آن مادر مؤثر واقع می‌شود. تکالیف و تعهدات مادر نسبت به فرزند خود از مرحله جنینی فرزندش آغاز می‌شود و پس از آن با وظیفه‌ای که مادر در حفظ و نگهداری و حضانت طفل برعهده دارد، ادامه می‌یابد. علاوه بر لزوم توجه مادر نسبت به حیات، سلامت و رشد جسمی جنین و کودک خود، وظیفه مهم تربیت و رشد کودک نیز برعهده والدین و تکلیف تربیت متوجه هریک از ابویین طفل ازجمله مادر است. ارتباط میان انجام واجب حج از جانب مادر و رعایت حقوق فرزند بحثی است که در مقاله حاضر بررسی می‌شود.

بعد از تولد فرزند، وظیفه شیردهی و حضانت، گاه به حکم عرف، گاه به حکم قانون و گاه به حکم هردو، بر دوش مادر است. وظیفه تربیت نیز یکی از وظایف خطیر هریک از والدین ازجمله مادر است. به موجب ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، نگهداری از اطفال، حق و تکلیف والدین است. همچنین به موجب ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی ج. ا. ا برای حضانت و نگهداری از طفلی که پدر و مادر او از یکدیگر جدا شده و یا جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند (بدون تفاوت و تفکیکی میان فرزند دختر و فرزند پسر)، تا هفت سالگی طفل، مادر برای حضانت وی نسبت به پدر اولویت دارد.

براساس ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی ج. ا. ا هیچ‌یک از پدر و مادر حق ندارند در مدتی که حضانت طفل برعهده آنهاست از نگهداری او امتناع کنند. در صورت امتناع یکی از ابویین، حاکم باید به تقاضای دیگری یا به تقاضای قیم یا یکی از اقربا و یا به تقاضای مدعی‌العموم، نگهداری طفل را به هریک از ابویین که حضانت برعهده اوست، الزام کند. براساس ماده ۱۱۷۶ قانون مدنی، شیردادن جز در جایی که تغذیه طفل فقط با شیر مادر ممکن باشد، وظیفه مادر نیست، اما براساس ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی، مادر یا دایه‌ای که شیردادن طفل را برعهده گرفته و پذیرفته است اگر باوجود توانایی بر شیردادن، این وظیفه را انجام ندهد و به دلیل این ترک فعل، جنایت و زبانی بر طفل وارد شود، مادر یا دایه مرتکب جرم شده است و برحسب اینکه این جرم، عمد، شبه‌عمد یا خطای محض باشد، مجازات می‌شود.

در پژوهش حاضر، حکم تکلیفی و وضعی فریضه حج مادر در مواردی که شیردهی و حضانت بر مادر واجب می‌شود و اقامه دو تکلیف در تزامن با یکدیگر قرار می‌گیرد، بااستناد به آرا و فتاوی فقهای امامیه و ادله فقهی اصولی جاری در مسئله، با روش توصیفی-تحلیلی و با بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای بررسی شد. در مورد موضوع حاضر در کتب فقهی ذیل بحث حج درحد تطبیق عموماً و بیان حکم کلی، مباحثی درمیان کلام فقها مطرح شده است، اما تاکنون کتاب یا مقاله‌ای که به صورت تفصیلی، دیدگاه‌های فقهی و ادله مورد استناد هریک در زمینه تزامن تکالیف مزبور را بررسی کرده باشد، یافت نشد. بنابراین، می‌توان به عدم وجود پیشینه پژوهشی مرتبط در مسئله و موضوع پژوهش حاضر اذعان کرد.

ادبیات موضوع و چارچوب نظری پژوهش

برای تعیین حکم تکلیفی و حکم وضعی حج مادر شیرده و حاضن، پس از بررسی دیدگاه‌های فقهی موجود در مورد دایره تکلیفی حکم وجوب شیردهی و حضانت مادر، ادله هریک از دیدگاه‌ها و شرطیت، مانعیت یا رافعیت حکم مذکور برای حکم فریضه حج مادر بررسی شد. پس از تعیین حکم تکلیفی، حکم وضعی در مورد صحت یا عدم صحت حج مادر در فرض انجام حج به جای ادای تکلیف شیردهی و حضانت باتوجه به دو رویکرد پذیرش و عدم پذیرش نظریه ترتب یا استناد به ملازمه احکام تکلیفی و وضعی بحث و تحلیل شد.

۱. بررسی دایره حکم وجوب شیردهی و حضانت مادر به کودک

در اهمیت شیردهی به کودک و لزوم تغذیه کودک از شیر مادر تردیدی نیست. از نظر فقهی و حقوقی اهمیت شیر مادر برای نوزاد تاحدی است که برخی فقها مادر را ملزم به خوراندن آن به کودک می‌کنند، حتی اگر لازم باشد دستمزد آن از پدر اخذ شود یا از اموال کودک برداشت شود. (عاملی، ۱۴۱۰ ه.ق، ۴۵۲/۵؛ حلی، ۱۳۸۷، ۲۶۲/۳) در متون فقهی، اهمیت شیر مادر به حدی است که اگر زنی مشغول شیردادن به بچه باشد و مشمول مجازات قصاص یا سنگسار شود، اجرای حکم تا زمانی که طفل شیر می‌خورد به تأخیر می‌افتد (علامه حلی، ۱۴۱۳ ه.ق، ۶۲۸/۳). برخلاف نظر برخی فقهای اهل سنت که قائل به وجوب رضاع ولد و شیردهی مادر بر فرزند براساس برخی ادله از جمله آیه ۲۳۳ سوره بقره شده‌اند، نظر غالب فقهای امامیه بر عدم وجوب شیردهی بر مادر است (طوسی، ۱۴۰۷، ۱۳۰/۵؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ ه.ق، ۷۹۱/۲۵؛ بهجت، ۱۴۲۶ ه.ق، ۱۰۰/۴) و حتی برخی فقهای امامیه این مسئله را غیراختلافی (ر.ک.، نجفی، بی تا، ۲۷۲/۳۱) و معروف بین اصحاب (حائری طباطبایی، ۱۴۱۸ ه.ق، ۵۱۵/۱۰) برشمرده‌اند.

به دلیل اهمیت شیر آغوز یا لباء (یعنی، نخستین شیری که پستان مادر بعد از تولد نوزاد ترشح می‌کند) از نظر تأثیری که بر حیات و سلامت کودک دارد، برخی فقها نسبت به خوراندن آغوز به کودک، حکم بر وجوب بر مادر کرده‌اند. (عاملی، ۱۴۱۰ ه.ق، ۱۷۶؛ عاملی. شهیدثانی، ۱۴۱۰ ه.ق، ۴۵۸/۵؛ عاملی. شهیدثانی، ۱۴۱۴ ه.ق، ۲۱۷/۳؛ صیمری، ۱۴۲۰ ه.ق، ۱۷۵/۳) در این مورد چنین استدلال شده است که اگر مادر آغوز را به کودک ندهد، کودک می‌میرد و حفظ جان او توقف بر دادن آغوز است (علامه حلی، ۱۴۱۳ ه.ق، ۱۰۱/۳). برخی وجوب شیردهی را به سه روز مقید کرده‌اند، اما نظر غالب فقها (ر.ک.، محقق سبزواری، بی تا، ۲۸۹/۲؛ نجفی، بی تا، ۲۷۳/۳۱) این است که در صورت توقف حیات کودک بر آغوز، توقف بر آغوز مادر وجود ندارد، بلکه آغوز هر زن دیگری هم که تازه زایمان کرده باشد، کفایت می‌کند. بنابراین، اگر دادن آغوز به نوزاد واجب باشد، واجب کفایی است (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ ه.ق، ۷۹۲/۲۵). از نظر این دسته از فقها در استحباب شیردهی تردیدی وجود ندارد و اگر ثابت شود نخوردن این شیر برای نوزاد مضر است، به طور قطع واجب می‌شود (حائری طباطبایی، ۱۴۱۸ ه.ق، ۱۴۶/۱۲). مواردی که از نظر فقها شیردهی به کودک بر زن لازم است منحصر به شیر آغوز (در صورتی که ندادن آن به طفل برای وی مضر باشد)، نمی‌شود و موارد دیگری نیز توسط فقها ذکر شده است؛ از جمله: وقتی کودک پستان هیچ زنی غیر از مادر خود را قبول نکند، وقتی شیر غیر مادر با مزاج طفل سازگار نباشد، هنگامی که هیچ زنی غیر از مادر برای شیردهی وجود نداشته باشد و زمانی که کودک، پدر نداشته باشد و کسی حاضر به پرداخت هزینه شیردهی نباشد (حائری طباطبایی، ۱۴۱۸ ه.ق، ۱۴۵/۱۲). وجوب شیردهی مادر به کودک در موارد مذکور در صورتی است که مادر زنده باشد، شیر داشته باشد و قادر به شیردهی باشد. بنابراین، در مواردی که شیردهی بر مادر مستحب باشد و یا فردی جایگزین مادر برای شیردهی وجود داشته باشد، از محل بحث خارج است و محل بحث مربوط به جایی خواهد بود که بر مادری به دلیل قرار گرفتن طفل در یکی از مواردی که گفته شد، شیردادن واجب باشد، که در اینجا تأثیر انجام این واجب بر استطاعت و وجوب حج و همچنین تأثیر حج مستقر و واجب شده (به دلیل استطاعت قبلی مادر) بر شیردادن واجب قابل بررسی خواهد بود.

۲. حکم تکلیفی در اقامه فریضه حج برای مادر شیرده و حاضن

در کتب فقهی غیرمعاصر مسئله حج مادر شیرده، به صورت خاص و بانام شیردهی دیده نمی‌شود، اما این مسئله در آرای فقهی مراجع معاصر مورد توجه قرار گرفته است. فقهای معاصر در مورد تأثیر شیردهی مادر بر حصول و ایجاد استطاعت زن و همچنین بر بقا یا رفع استطاعت وی چندین نظر بیان کرده‌اند که عبارتند از:

الف) شیردهی مانع استطاعت نیست، اما در صورت عدم امکان جایگزین برای مادر و وجوب شیردهی بر مادر، فوریت حج از

بین می‌رود. آیت‌الله بهجت رحمته‌الله علیه و آیت‌الله تبریزی از قائلین به این دیدگاه هستند. (جامعه الزهرا، ۱۳۹۸، ص ۳۶؛ تبریزی، بی‌تا) ب) شیردهی در صورتی که بر مادر واجب باشد مانع استطاعت است، اما رافع استطاعت نیست و مادر مستطیع بعد از رفع مانع باید حج را به جا آورد. نظر برخی علما در این مورد به شرح ذیل است:

آیت‌الله خامنه‌ای: «اگر حج برای مادر، حرجی باشد مثل آنکه کسی که به جای مادر به بچه شیر بدهد و او را نگهداری کند، پیدا نشود در این صورت حج بر مادر واجب نیست، ولی اگر قبلاً حج بر او مستقر شده باید پس از رفع حرج در اولین زمان ممکن برای انجام حج اقدام کند». (جامعه الزهرا، ۱۳۹۸، ۳۷)

آیت‌الله فاضل لنکرانی: «اگر بتواند برای کودک پرستار پیدا کند اگرچه با مشکلات معمولی و قابل تحمل و پرداخت اجرت باشد یا بتواند او را همراه خود ببرد و سایر شرایط وجود داشته باشد، باید به حج برود، اما اگر نگهداری کودک توسط دیگری مستلزم عسر و حرج یا بیماری کودک باشد یا همراه بردن کودک مستلزم عسر و حرج باشد، فعلاً این زن مستطیع نیست و اگر قبل از نام‌نویسی حج بر او مستقر نشده، وظیفه‌ای ندارد». (جامعه الزهرا، ۱۳۹۸، ۳۷)

آیت‌الله مکارم شیرازی: «در صورتی که امکان همراهی کودکش باشد باید به حج برود و در غیر این صورت حج بر او واجب نیست». (جامعه الزهرا، ۱۳۹۸، ۳۷)

باتوجه به اقوال مذکور، برخی فقهای معاصر در حرج قرار گرفتن طفل یا مادر را مانع استطاعت می‌دانند و معتقد هستند با این حرج، مادر مستطیع نمی‌شود و برخی دیگر آن را مانع استطاعت ندانسته‌اند. همچنین هردو گروه معتقدند اگر مادر بتواند میان دو وظیفه یعنی، حج و شیردهی جمع کند باید چنین کند و اگر جمع ممکن نباشد، اما بتوان جایگزینی مانند پرستار یا دایه برای مادر قرار دهد در این صورت وجوب حج بر مادر مستقر می‌شود و دایه یا پرستار، وظیفه شیردهی را انجام می‌دهند. اشاره فقهای مذکور بر عدم وجود فرد جایگزین برای شیردادن به بچه و وجوب حج بر مادر در صورتی که بتوان فردی را جایگزین مادر کرد، حل مسئله تزاحم است. یکی از مرجحات باب تزاحم، داشتن بدل است و بدین ترتیب، واجبی را که بدل ندارد بر واجبی که بدل دارد، مرجح می‌کنند. در مسئله مورد بحث، اگر بتوان واجب شیردهی به طفلی را که حیاتش متوقف بر تغذیه با شیر است، توسط شخص دیگری انجام داد و یا برای تغذیه طفل، جایگزینی مانند شیر خشک قرار داد، وجوب حج بر وجوب شیردهی دارای بدل ترجیح داده شده و وجوب حج بر مادر متعین می‌شود.

براساس یک دیدگاه، اگر چنین جایگزینی وجود نداشته باشد، به دلیل عدم تحقق عنوان استطاعت، حج بر مادر شیرده و حاضن وجوب پیدا نمی‌کند، اما دیدگاه مقابل، قائل به عدم مانعیت تکلیف شیردهی و حضانت برای استطاعت است. بنابراین، باوجود وجوب فعلی حج بر مادر تا زمان رفع حرج، فوریت حج از بین می‌رود و بعد از رفع مانع یعنی، خروج طفل از دوران شیرخوارگی، حج بر وی مستقر می‌شود و فوریت می‌یابد.

در بررسی ادله دیدگاه‌های مذکور و تعیین حکم تکلیفی، این نکته مهم است که برخی فقها در ذیل یکی از فروع فقهی مربوط به استطاعت در حج به تعلق وجوب واجبی دیگر قبل از حصول استطاعت حج و تعلق آن بعد از حصول استطاعت حج توجه کرده و با تفکیک میان قبل و بعد از تحقق استطاعت، تأثیر هریک را بر وجوب حج بررسی کرده‌اند.

۳. تأثیر تقدم یا تأخیر شیردهی بر استطاعت مادر و حکم تکلیفی متوجه وی

تکلیف شرعی شیردهی و حضانت برعهده مادر را می‌توان مصداق مانع برای تعلق حکم وجوب حج برشمرد، ولی برخی فقها در مورد اینکه زمان موجودیت مانع مذکور و تعلق حکم وجوب بر شیردهی و حضانت چگونه بوده و قبل از حصول استطاعت برای حج یا بعد از آن باشد در تعیین حکم تکلیفی مادر قائل به تفصیل شده‌اند. با این توضیح که در صورت وجود مانع مذکور، حج بر مادر واجب نمی‌شود، اما اگر شیردهی و حضانت بر مادری که از قبل، واجب‌الحج شده است،

واجب شود به دلیل اهم بودن آن نسبت به حج، رافع تکلیف وجوبی حج است. به عقیده صاحب عروه اگر رفتن به حج مستلزم تلف مال قابل توجهی از حج گزار شود و یا مانعی شرعی قبل از حصول استطاعت حج وجود داشته باشد که مستلزم ترک واجبی فوری است، حج واجب نیست. همچنین اگر مانع شرعی بعد از حصول استطاعت ایجاد شود، در صورتی که اهم از حج باشد مانند نجات جان شخصی که در حال غرق شدن است یا شخصی که در آتش است و یا در مواردی که انجام حج متوقف بر ارتکاب فعل حرام مانند سوار شدن بر مرکب غصبی یا راه رفتن بر زمین غصبی باشد، در این موارد نیز حج واجب نیست. (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ هـ.ق، ۴۵۳/۲) براساس دیدگاه ایشان، مانع شرعی قبل از حصول استطاعت به صورت مطلق، اهم باشد یا نباشد، مانع وجوب حج است، اما مانع شرعی بعد از حصول استطاعت، اگر اهم از حج باشد رافع وجوب حج است. براین اساس، اگر تغذیه طفل منحصر به شیر مادر باشد و یا در مورد مادری که حضانت طفل را برعهده دارد، اگر نگهداری کودک منحصر به وجود مادر باشد و وجوب شیردهی یا حضانت قبل از حصول استطاعت برای مادر حادث شده باشد، چنین مادری تا زمانی که مانع رفع نشود مستطیع نمی شود و حج بر وی واجب نیست، اما اگر بعد از حصول استطاعت، واجب شیردهی یا حضانت برعهده وی قرار گیرد، نوبت به مرجحات باب تزاحم مانند وجود بدل برای یکی از دو واجب و یا اهم و مهم می رسد.

در مقابل نظر فوق، برخی معتقدند که تفاوتی میان سابق یا لاحق بودن واجب دیگر مزاحم حج نیست و در هر صورت باید اهم در نظر گرفته شود. از نظر این گروه، معیار و ملاک، میزان اهمیت است. از این رو، نمی توان گفت که چون استطاعت قبل از نجات جان دیگری حاصل شده است، پس مانع شرعی بر انقاذ غریق و نجات جان شخص غریق محسوب می شود، بلکه ملاک تقدم و اولویت، میزان اهمیت بیشتر است و اگر اهمیت امر اول بیشتر از امر دوم باشد بر آن مقدم می شود و اگر اهمیت امر دوم بیشتر از امر اول باشد بر آن مقدم می شود. (حسینی شاهرودی، بی تا، ۱۴۲/۱) براساس این دیدگاه، میان حکم مادری که قبل از حصول استطاعت، شیردهی یا حضانت بر وی واجب شده است یا بعد از حصول استطاعت، تفاوتی نیست.

۳-۱. ادله فقهی قائلین به عدم ایجاد استطاعت (وجوب حج) در صورت تقدم بارداری و شیردهی

۳-۱-۱. تقدم و مانعیت شرط عقلی نسبت به شرط شرعی

مبتنی بر این دلیل، اگر قبل از حصول حج، واجب فوری دیگری (بدون اختیار) متوجه مکلف شود، اقوا تقدیم آن واجب بر حج است، حتی اگر اهم از حج نباشد؛ زیرا بقای قدرت بعد از حصول استطاعت تا پایان عمل، شرط شرعی است؛ یعنی استطاعت همان گونه که حدوداً شرط شرعی است، بقائاً نیز شرط شرعی وجوب حج است و بقای قدرت بعد از حصول استطاعت تا آخر حج، شرط شرعی است، اما در واجب دیگری که قبل از حج، متوجه مکلف شده است، شرط عقلی می باشد. (آقا ضیاءالدین عراقی، ۱۴۱۵ هـ.ق)

۳-۱-۲. عدم وجود امر به حج در صورت وجود مانع

براساس این دیدگاه در این قبیل موارد، امر به حج وجود ندارد؛ زیرا امر به حج و وجوب آن، مشروط به عدم مانع است. در جایی که قبل از مستقر شدن حج و حصول استطاعت، واجبی وجود داشته باشد که انجام حج مستلزم ترک آن واجب باشد و یا حرامی وجود داشته باشد که اتیان حج، مستلزم ارتکاب آن حرام باشد، وجوب این واجب، مانع وجوب حج و نهی متعلق به حرام نیز مانع وجوب حج است و فقط مواردی که حج از قبل مستقر شده باشد و انجام و اتیان آن متوقف بر ترک واجب یا ارتکاب حرام باشد، داخل در بحث تزاحم خواهد بود. (طباطبایی یزدی، بی تا، ۲۵۲/۲) مرحوم خویی می فرماید: «براساس نظر مشهور که برای قدرت شرعی و تمکن شرعی اعتبار قائل هستند و در موضوع حج، عدم مانع شرعی را اخذ

می‌کنند، ممکن است قائل به عدم وجوب حج در صورت استلزام انجام حج، با مانع شرعی یعنی، ترک واجب یا ارتکاب حرام شویم، حتی اگر این مانع شرعی اهم از حج نباشد؛ زیرا در این موارد، استطاعت شرعی محقق نمی‌شود، البته صرف مسلک مشهور وجه و اعتباری ندارد».

هرچند خود ایشان در تراحم حج با ترک یک واجب دیگر یا ارتکاب یک حرام دیگر براساس مبنایی که دارد و استطاعت متخذ از آیه را عقلی می‌داند قائل به لزوم توجه به درجه اهمیت است و در این موارد توجه به درجه اهمیت را لازم می‌شمارد؛ چه اینکه ادله وجوب حج و ادله واجب یا حرام، مطلق است و جمع آنها در مقام امتثال ممکن نیست، پس تراحم به وجود آمده و اهم باید بر غیر آن مقدم شود و اگر درجه اهمیت هردو یکسان بود باید قائل به تخییر شد، البته این امر مبتنی بر این است که برخلاف نظر مشهور که استطاعت را عبارت از قدرت شرعی و تمکن شرعی می‌دانند، فرد قائل باشد که استطاعت معتبر چیزی جز استطاعت عقلی نیست و در موضوع حج، عدم مانع شرعی اخذ نشده است. (موسوی خویی، ۱۴۱۸ ه.ق، ۳۵/۲۸) براساس دیدگاه مذکور، عدم مزاحمت و عدم وجود مانع از اجزای استطاعت است و اگر مانعی یا مزاحمتی باشد، استطاعت حاصل نمی‌شود.

۳-۱-۳. تقدم واجب مطلق بر واجب مشروط حج

دلیل دیگر مقدم دانستن واجب مطلق بر واجب مشروط، در رجایی است که امر میان این دو واجب مطلق و مشروط دَوْران دارد. (آملی، ۱۳۸۰، ۴۶۰/۱۱؛ مدنی کاشانی، ۱۴۱۱ ه.ق، ۱۷۸/۱) حج، واجبی مشروط به استطاعت است و اگر واجب دیگر مطلق باشد، با اتیان و انجام واجب دیگر، این شخص دیگر برای حج مستطیع نیست و وجوب حج متوجه او نمی‌شود. بنابراین، در این موارد اتیان واجب دیگر لازم و واجب است، چه اهم از حج باشد و چه حج اهم باشد؛ زیرا اگر او واجب دیگر را اتیان کند مستلزم عصیان و ارتکاب گناه و معصیت نیست، اما به جا آوردن حج مستلزم عصیان به دلیل ترک واجب دیگر است. در تبیین بیشتر استدلال قائلین، چنین اظهار می‌شود که اگر رفتن به حج مستلزم ترک واجبی فوری باشد که قبل از حصول استطاعت موجود بوده، این واجب فوری بر حج مقدم است و وجوب آن، مانعی شرعی برای وجوب حج است و در این حالت، بحث اهم و مهم مطرح نمی‌شود؛ زیرا تقدیم این واجب اگرچه غیر اهم باشد، بدین دلیل است که اینجا مقام دَوْران بین واجب مطلق و واجب مشروط است و واجب فوری سابق مشروط به قید استطاعت نیست؛ اما وجوب حج، مشروط به استطاعت است و این واجب مطلق، استطاعت را از بین برده و مانع وجوب حج مشروط به استطاعت می‌شود؛ زیرا شرط وجوب یک واجب مشروط را زایل می‌کند، اما در جایی که رفتن به حج مستلزم ترک یک واجب فوری باشد که این واجب فوری بعد از حصول استطاعت ایجاد می‌شود باید به قاعده اهم و مهم رجوع شود، اگرچه این اهم از نظر زمانی، متأخر باشد و اگر درجه اهمیت هردو یکسان باشد آنکه سابق است بر دیگری مقدم می‌شود.

۳-۱-۴. روایات

وقتی تراحم میان حج با تکلیف وجوبی یا تحریمی دیگری به وجود می‌آید، ممکن است بتوان انتفاء و عدم وجوب حج را حتی در صورت اهم نبودن آن تکلیف نسبت به حج از برخی روایات استنباط کرد. براساس روایت صحیح حماد از حلی، هرکس توان حج رفتن داشته باشد، ولی نرود بدون آنکه کاری داشته باشد که عذر او شمرده نشود، به یقین دستوری از دستورهای اسلام را ترک کرده است (ر.ک.، حرعاملی، ۱۴۰۹ ه.ق، ۲۶/۱۱). شبیه همین تعبیر در روایت علی بن ابی حمزه از اباعبدالله (ع) نیز آمده است (ر.ک.، حرعاملی، ۱۴۰۹ ه.ق، ۲۸/۱۱) وجه استدلال چنین بیان شده است که عدم اشتغال به معذورتی که خداوند آن را عذر قرار داده، شرط وجوب حج است و بر تکلیف مزاحم حج، اشتغال به چیزی که خداوند آن را معذور داشته است، صدق می‌کند. بنابراین، واجب مزاحم حج بر آن مقدم است هرچند که از آن اهم نباشد (حسینی شاهرودی، بی تا، ۱۸۷/۱).

۳-۲. ادله فقهی قائلین به عدم تأثیر تقدم و تأخیر شیردهی بر ایجاب و بقای استطاعت (و جوب حج)

بسیاری از فقها معتقدند که میان سابق یا لاحق بودن واجب دیگر مزاحم حج تفاوتی نیست؛ در هر صورت باید اهم در نظر گرفته شود و از مرجحات باب تزاحم استمداد شود. براساس این دیدگاه، معیار و ملاک، میزان اهمیت است. بنابراین، نمی‌توان گفت که چون استطاعت قبل از نجات جان دیگری حاصل شده است، پس مانع شرعی بر انقاذ غریق و نجات جان شخص غریق است؛ ملاک تقدم و اولویت، میزان اهمیت بیشتر است و اگر اهمیت امر اول بیشتر از امر دوم باشد بر آن مقدم می‌شود و اگر اهمیت امر دوم بیشتر از امر اول باشد بر آن مقدم می‌شود. (حسینی شاهرودی، بی‌تا، ۱۴۲/۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸ هـ.ق، ۷/۲-۳) در رد روایات مورد استناد دیدگاه مخالف، چنین استدلال شده است: اینکه آن کار از مواردی است که خداوند وی را معذور می‌کند، اصل ادعاست و قابل پذیرش نیست مگر اینکه از حج مهمتر باشد، اما وقتی حج اهم باشد از مواردی نیست که خداوند او را از ترک حج معذور کند و در صورت مساوی بودن، مختار است که انتخاب کند. به دلیل ناتوانی ذهن انسان از پی بردن به مصالح، تشخیص اهم از مهم در دست مکلف نیست و تا جایی که ممکن است باید از روایات این مسئله فهم شود. در غیر این صورت، اگر در یکی از آنها احتمال اهم بودن می‌رود، آن را مقدم دارد و اگر چنین احتمالی نباشد، شخص مخیر است که هریک را خواست انجام دهد (حسینی شاهرودی، بی‌تا، ۱۸۷/۱).

گفته شد که اگر واجبی دیگر، مطلق و حج واجب، مشروط به استطاعت باشد، پس با اتیان و انجام واجب دیگر، این شخص برای حج مستطیع نیست. بنابراین، در این موارد اتیان واجب دیگر، لازم و واجب است؛ چه اهم از حج باشد و چه حج اهم باشد. (مدنی کاشانی، ۱۴۱۱ هـ.ق، ۱/۱۷۸) به این استدلال، چنین پاسخ داده شده است: «استطاعت یعنی، توانایی مالی، مسیری، جسمی و زمانی، اما اینکه عدم واجب دیگری هم شرط استطاعت باشد دلیلی برای آن نداریم. هنگامی که استطاعت حاصل شود، حج واجب می‌شود و یک واجب مطلق مانند سایر واجبات فوری می‌گردد. در این صورت بین واجب‌ها تزاحم رخ می‌دهد و لازم است که اهم اتیان شود و مهم کنار گذاشته شود و اگر اهمیتی بین آنها نباشد شخص مکلف مخیر است هر کدام را خواست انتخاب کند. ثانیاً بفرض که پذیرفته شود که وجود واجب دیگری در استطاعت تأثیر گذاشته و شخص را غیرمستطیع می‌کند، این امر از قبیل از بین بردن استطاعت است نه اینکه مانع تحقق آن شود. بدیهی است که انجام هردو برای وی میسر است و بعد از ادای واجب دیگر، استطاعت حج از بین می‌رود نه قبل از آن و با انجام واجب دیگر استطاعت زائل می‌شود و این امر جائز نیست و در هر صورت مسئله، دائر مدار انجام حج یا اتیان واجب دیگر و از باب تزاحم و ترجیح اهم است» (مدنی کاشانی، ۱۴۱۱ هـ.ق، ۱/۱۷۸).^۲

باید توجه کرد که این مسئله در کتب فقهی مانند مسئله انجام حج، مستلزم اتلاف مال و با ملاک واحد با آن دانسته شده و ذیل آن مطرح شده است؛ (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ هـ.ق، ۲/۴۵۳) اتیان حج، مستلزم استطاعت مالی و پرداخت هزینه‌های لازم و متعارف است. بنابراین، اتیان این واجب، مستلزم برخی ضرر و زیان‌های مالی و اتلاف اموال است و همان‌گونه که در برخی واجبات دیگر مانند خمس و زکات، اتیان واجب، مستلزم ضرر و زیان است در حج نیز هزینه کردن متعارف مال برای انجام واجبات حج، تخصیصاً یا تخصصاً از حکومت قاعده لاضرر خارج است. در مواردی که علاوه بر هزینه‌های متعارف، انجام حج مستلزم اتلاف مال قابل اعتنایی باشد به طوری که با اتلاف آن، شخص به مشقت افتد و از نظر عرفی، بی‌انصافی در حق وی است، بلاشکال حج برای وی واجب نیست. فقها دلیل تفکیک میان ضرر و زیان‌های متعارف و همگانی مستلزم اتیان حج و

۱. همین نظر توسط امام خمینی رحمته الله و آقای مکارم نیز اتخاذ شده است. (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸ هـ.ق، ۷/۲-۳)

۲. در توضیح و تشخیص اهم از مهم، برخی فقها با تفکیک میان اقسام حرام‌ها و درجه‌بندی آنها چنین مثال زده‌اند که اگر اتیان حج متوقف بر ارتکاب حرامی مانند سوار شدن بر هواپیمای غصبی باشد، گاهی اهمیت ارتکاب حرام در نظر شارع بیشتر از حج است و اهم (اجتناب از غصب) باعث می‌شود که مهم (حج) کنار زده شود، اما گاهی ارتکاب حرام در نظر شارع، اخف از ترک حج است مانند اینکه اتیان حج متوقف بر نگاه زن اجنبیه به او یا متوقف بر تزریق یک دارو از جانب یک زن اجنبیه به بدن او به امر یک حکومت غیراسلامی باشد و بدون این نظر و تزریق، مجوز سفر حج از جانب حکومت داده نشود. در این موارد، محتمل است که شارع راضی به ترک حج به دلیل این محذورات خفیف نباشد. (مدنی کاشانی، ۱۴۱۱ هـ.ق، ۱/۱۷۹)

ضرر و زیان‌های غیرمتعارف و مخصوص یک شخص خاص را خروج تخصیصی یا تخصیصی زیان‌های قسم اول از حکومت قاعده لاضرر و عدم صدق استطاعت و حکومت قاعده لاضرر یا قاعده نفی عسر و حرج در زیان‌های قسم دوم دانسته‌اند. می‌توان گفت که ادله لاضرر شامل آنچه در حج به مقدار متعارف صرف می‌شود، نیست و مازاد بر آن به دلیل قاعده لاضرر نفی می‌شود. در این صورت به دلیل استلزام، اتیان حج با ورود ضرر، حج واجب نیست (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ هـ.ق، ۲/۴۵۳). برخی فقها خروج ضرر و زیان‌های غیرمتعارف و غیرلازم برای انجام مناسک حج مانند امکان اتلاف یا به سرقت رفتن اموال شخص در حج و ورود زیان قابل توجه به وی را به دلیل عدم تخصیص از ادله لاضرر دانسته و معتقدند که فقط زیان‌های غیرمتعارف و قابل توجه در شمول لاضرر است و بر چنین شخصی به دلیل تقدم قاعده لاضرر بر ادله وجوب حج، حج واجب نیست. برخی دیگر، خروج ضرر و زیان‌های متعارف و لازم برای انجام حج را به درستی به دلیل تخصص دانسته‌اند و قائل شده‌اند وجود هزینه‌های متعارف مصروفه در حج، زکات، خمس و امثال اینها اصلاً ضرر نبوده و از قبیل تخصیص نیستند، بلکه به طور تخصصی از شمول ادله لاضرر خارج هستند و شکی نیست که آنچه برای واجب خرج شود، ضرر به شمار نمی‌رود، نه آن ضرری که حادث و وارد می‌شود مانند سرقت یا تلف و مانند آن. بنابراین، در مواردی مانند سرقت یا تلف قابل توجه مال که خروج تخصصی وجود ندارد، قاعده لاضرر حاکم است و وجوب حج از بین می‌رود. (مدنی کاشانی، ۱۴۱۱ هـ.ق، ۱/۱۸۰). استدلال دیگر در نقد نظر صاحب عروه این است که عدم تراحم از اجزای استطاعت نیست، بلکه حکمی عقلی در هر واجبی است و در باب متزاحمین در هر صورت اهم مقدم می‌شود؛ زیرا اعتباری برای سبق وجوبی بعد از اینکه هردو واجب مطلق و در یک رتبه واحد بودند، نیست. (سبحانی، ۱۴۲۴ هـ.ق، ۱/۲۹۶) باتوجه به آنچه در بیان دیدگاه‌ها و ادله مورد استناد فقها در مورد حکم تکلیفی حج مادری که تکلیف وجوبی بر شیردهی و حضانت دارد، یکی از عوامل مؤثر در تفاوت دیدگاه فقها را می‌توان ناظر به تعریف متفاوت ایشان از ماهیت استطاعت برشمرد. در مقام مقایسه این تعاریف، به تبع ذکر برخی مصادیق استطاعت در عبارات ایشان، دایره تعریف تضییق یا توسعه پیدا می‌کند. مصادیقی که در کلام فقها در تعریف استطاعت ذکر شده است شامل کمال عقل، سلامت جسم، زاد، راحله، فقدان موانع برای سفر، امکان مسیر و رجوع به کفایت است. باتوجه به برابری عبارات فقها در تعریف استطاعت، این مفهوم به مواردی قابل تقسیم است که عبارتند از: استطاعت مالی به معنای داشتن توشه راه و مرکب سواری است که از آن به زاد و راحله تعبیر شده و برخی این مورد را مخصوص غیر اهل مکه می‌دانند؛ استطاعت مسیری یا امنیت راه که خطری، جان، مال و آبروی فرد را تهدید نکند و مانعی در رسیدن به میقات و انجام اعمال نباشد؛ استطاعت بدنی یعنی، توانایی استفاده از مرکب و مضر نبودن سواری برای او؛ استطاعت زمانی یعنی، وجود زمان کافی برای پیمودن مسیر حج و انجام اعمال به طوری که به سختی نیفتد؛ استطاعت عقلی هم بر این چهار قسم افزوده شده است که در این صورت تمام شرایط وجوبی حج در مفهوم استطاعت قرار می‌گیرد. (قدیری، ۱۳۹۴؛ رئیسی، ۱۳۹۶) در صورتی که استطاعت عقلی یکی از مصادیق شرط استطاعت در حج باشد وجود واجب، مزاحم دیگر مانع عقلی در تعلق حکم وجوب بر حج است و حج بر وی واجب نمی‌شود.

۴. حکم وضعی در اقامه فریضه حج برای مادر شیرده

در مورد حکم وضعی و صحت حج مادر شیرده در حالتی که شیردهی بر وی واجب است، دو نظر فقهی میان مراجع معاصر دیده می‌شود:

۴-۱. اقوال مسئله

- این حج مجزی است و کفایت از حجه الاسلام می‌کند. آیت الله بهجت و آیت الله سیستانی بر این عقیده هستند. (جامعه

الزهر، ۱۳۹۸، ۳۷) مشهور فقها به دلیل نظریه ترتب قائلند در جایی که اهم، واجب دیگر است و حج، مهم به شمار می‌رود، اگر مکلف، اهم را کنار گذاشت و مشغول حج شد اگرچه شخص از نظر تکلیفی مرتکب حرام شده است، ظاهر این است که این حج مجزی است. (موسوی خویی، ۱۴۱۱ ه.ق)

- این حج مجزی نیست و کفایت از حجه الاسلام نمی‌کند. آیت الله فاضل لنکرانی، آیت الله مکارم و آیت الله خامنه‌ای از قائلین این دیدگاه هستند. (جامعه الزهر، ۱۳۹۸، ۳۸)

۴-۲. ادله فقهی مترتب بر حکم وضعی حج مادر شیرده در فرض حرمت حج وی به دلیل عدم رعایت قاعده اهم

در موضوع حج مادر شیرده در جایی که تغذیه طفل منحصر به شیر مادر باشد و جایگزینی مانند دایه یا پرستار برای مادر نباشد سه حالت قابل تصور است:

الف) پزشک، مادر شیرده را از انجام حج منع نکند و مادر در وضعیتی باشد که بتواند اعمال حج را به جا آورد و به سفر حج برود. در این حالت تزاممی میان حج و حفظ سلامت کودک وجود ندارد و مادر شیرده طفل خود را به همراه برده و هم‌زمان به هردو واجب عمل می‌کند.

ب) پزشک احتمال دهد که با انجام مناسک حج از طرف مادر برای طفل شیرخوار آسیب و زیان دارد. در این حالت به دلیل وجوب دفع ضرر محتمل بعید نیست که گفته شود میان واجب حج و احتمالی که به دلیل قاعده مذکور واجب شده است، تزامم رخ می‌دهد و باید براساس مرجحات باب تزامم به اهم عمل شود و مهم ترک گردد. ضمن اینکه حکم این حالت با مشخص شدن حکم حالت بعد بهتر مشخص می‌شود.

ج) پزشک، انجام مناسک حج را به یقین موجب آسیب به طفل شیرخوار که حفظ سلامتی او بر مادر واجب است، بداند. در این حالت، تزامم میان واجب حج و واجب دیگری که براساس نظر پزشک برعهده مادر است، رخ می‌دهد و انجام واجب حج مستلزم ترک واجبی دیگر یعنی، حفظ سلامت طفل و یا ارتکاب حرام یعنی، ایراد آسیب به طفل است. مادر مکلف است براساس قواعد باب تزامم، واجب اهم اتیان و واجب مهم (حج) را ترک کند. حال اگر مادر این‌گونه عمل نکرد و به حج رفت، تکلیف حج وی چه می‌شود؟ آیا چنین حجتی باطل است و مادر باید بعد از رفع تزامم، حج را به جا آورد یا اینکه این مادر گناه کار است، ولی حج وی صحیح است و کفایت از حجه السلام وی می‌کند و ضرورتی بر اعاده آن نیست؟

در صورت قائل به صحت حج چنین مادری این شبهه و پرسش مطرح می‌شود که چگونه ممکن است بسیاری از فقها با وجود ترک اهم توسط مادر شیرده و انجام مهم که مورد نهی شارع واقع شده است قائل به صحت حج و کفایت از حجه الاسلام شوند؟ این پرسش را به صورت می‌توان پاسخ داد: نخست، اعلام بطلان حج مادر براساس نظریه رایج فقهی ملازمه میان حکم تکلیفی و حکم وضعی. دوم، اعلام صحت حج چنین مادری برپایه نظریه ترتب.

بررسی حکم وضعی حج مادر از راه ملازمه حکم تکلیفی و وضعی: مبتنی بر این استدلال، وقتی بر چنین مادری انجام اهم، واجب و انجام مهم حرام است بنابر نظر برخی اصولیون که قائل به ملازمه میان حکم تکلیفی و وضعی هستند باید قائل به بطلان چنین حجتی شد و نمی‌توان گفت این حج کفایت از حجه الاسلام می‌کند. در میان فقهای امامیه و علمای اصول چند نظریه درباره رابطه احکام تکلیفی و احکام وضعی وجود دارد. گروهی معتقدند که حکم وضعی از حکم تکلیفی منتزع می‌شود و استقلالی ندارد. (انصاری، ۱۴۱۹ ه.ق، ۳/۱۲۶؛ محقق خوانساری، بی‌تا؛ موسوی قزوینی، ۱۳۷۱) گروه دوم، برای حکم وضعی، اعتبار و ماهیتی مستقل قائل شده و بر این عقیده‌اند که شارع ابتدا احکام وضعی را جعل کرده و بعد از آنها احکام تکلیفی جعل می‌شوند (تونی، ۱۴۱۵ ه.ق؛ مظفر، ۱۴۲۷). گروه سوم قائل به تفصیل شده‌اند (آخوند خراسانی، ۱۴۱۰ ه.ق). با پذیرش ملازمه مذکور به دلیل حرمت انجام حج باید قائل به عدم اجزا در مورد اقامه فریضه توسط مادر شیرده

و حاضنی شد که مکلف به امور مذکور است.

بررسی حکم وضعی حج مادر با پذیرش نظریه ترتب: استدلال فقهایی که قائل به صحت چنین حجتی از نظر وضعی شده‌اند مبتنی بر صحت نظریه ترتب است. (طباطبایی قمی، ۱۴۰۲، ۴۱/۱؛ کابلی، بی‌تا) مسئله ترتب یکی از مباحثی است که در اصول فقه ذیل مسئله ضد یعنی، امر به شیء مقتضی نهی از ضد آن است، مطرح می‌شود و به معنای فعلیت یافتن واجب مهم در صورت انجام ندادن واجب اهم در فرض تراحم میان اهم و مهم است (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶ هـ.ق، ۴۳۹/۲). توضیح اینکه هرگاه مکلف، به طور هم‌زمان با دو واجب شرعی متزاحم مواجه باشد، بدین معنا که در زمانی معین فقط بتواند یکی از آن دو را انجام دهد، در این صورت اگر یکی از آن دو مانند نجات غریق در نظر شارع مهمتر از دیگری مانند خواندن نماز باشد وظیفه او در آن ظرف زمانی انجام دادن واجب مهمتر است، اما در نظر برخی اصولیون متأخر امامی از جمله میرزای شیرازی و مرحوم فشارکی (به نقل از محقق حائری، ۱۴۱۸ هـ.ق، ۱۴۰/۱) انجام ندادن واجب مهمتر یا واجب اهم، موجب فعلیت یافتن واجب دیگر یعنی، واجب مهم می‌شود. این نظریه در اصول فقه، ترتب نام دارد (مظفر، ۱۴۲۷ هـ.ق، ۲۷۵/۱؛ مشکینی، ۱۳۷۴).

در صورت پذیرش نظریه ترتب، اگرچه مادری که طفل شیرخوار دارد و تغذیه طفل منحصر به شیر اوست اگر به سفر حج برود مرتکب عصیان شده است و این سفر برای او از نظر تکلیفی در تراحم اهم و مهم است و به دلیل کم‌اهمیت‌تر بودن حج نسبت به سلامت طفل شیرخوار حرمت دارد، اگر اهم را ترک کند و به سفر حج برود حج وی صحیح بوده و تکلیف واجب حج را با وجود این نافرمانی انجام داده و نیازی به اعاده آن در سال‌های بعد نیست. هدف اصولیان موافق نظریه ترتب، این است که در فرض تراحم دو واجب اهم و مهم، و ترک اهم و پرداختن به مهم از سوی مکلف، برای تصحیح عبادات مهم، یک‌راه پیدا کنند. بر همین اساس، برخی تصریح کرده‌اند که مسئله ترتب در موردی جریان دارد که تکلیف مهم، عبادی باشد، هرچند واجب اهم می‌تواند غیرعبادی باشد. (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶ هـ.ق، ۴۴۰/۲)

ثمره بحث ترتب با تفکیک وقتی مکلف، تکلیف اهم را انجام ندهد و به تکلیف مهم بپردازد از حالتی که مکلف هردو تکلیف را کنار بگذارد و انجام ندهد، مشخص می‌شود. با این توضیح که بنابر رد نظریه ترتب، چون فقط یک تکلیف برعهده مکلف بوده است، در هردو صورت، فقط استحقاق یک عقاب را دارد. بنابر پذیرش ترتب در فرض نخست، از سویی مستحق عقاب به سبب ترک واجب مهمتر و از سوی دیگر، مستحق پاداش به سبب انجام دادن واجب مهم است. در فرض دوم، فرد مستحق دو کیفر است: کیفر ترک واجب مهمتر و کیفر ترک واجب مهم. (مشکینی، ۱۳۷۴) مرحوم بروجردی سعی بر پاسخ به منتقدین نظریه ترتب دارد (بروجردی، ۱۳۷۵). مرحوم حکیم می‌گوید: «هیچ دلیلی بر بطلان ترتب و اقتضای امر به شیء بر نهی از ضد نداریم» (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ هـ.ق، ۱۳۱/۵). مرحوم نایینی نیز در فواید الاصول بر صحت اعمال عبادی مهم در جایی که تراحم میان آنها با واجبی مهمتر (اهم) رخ می‌دهد به دلیل جریان ترتب استدلال کرده است (نایینی، ۱۳۷۶، ۳۷۳/۱). فقها و مراجع معاصر هم قائل به غالب کفایت چنین حجتی از حجت الاسلام برپایه نظریه ترتب هستند. امام خمینی رحمته الله علیه، مرحوم فاضل لنکرانی، مرحوم تبریزی، مرحوم خویی، مرحوم بهجت و آیت‌الله نوری همدانی قائل به چنین نظری هستند. (افتخاری گلپایگانی، ۱۴۲۸ هـ.ق، ۸۴/۱) آیت‌الله وحید خراسانی نظریه کفایت چنین حجتی از حجت الاسلام را خالی از وجه نمی‌داند، اما فتوای مطابق، احتیاط بیشتر را عدم کفایت چنین حجتی از حجت الاسلام دانسته و قائل بر ضرورت تجدید حج توسط چنین شخصی است (افتخاری گلپایگانی، ۱۴۲۸ هـ.ق، ۸۴/۱).

مخالفان ترتب معتقدند که اگر مکلف، در ظرف زمانی تکلیف مهمتر، تکلیف دیگری انجام دهد، اگر این تکلیف، عبادی باشد عمل او باطل است. دیدگاه هر عالم اصولی درباره مسئله ترتب تا حدود زیادی بدان بستگی دارد که در مسئله ضد، چه مبنایی را پذیرفته باشد. اگر امر به شیء، مقتضی نهی از ضد آن دانسته شود و نیز گفته شود که نهی در عبادات، موجب

نادرستی آن عمل عبادی و بطلان آن است جایی برای بحث ترتب و مجزی بودن باقی نمی ماند (مظفر، ۱۴۲۷، ۲۷۵/۱). برخلاف دیدگاه صحت حج برپایه نظریه ترتب، مرحوم سید یزدی می گوید: «اگر سفر حج، مستلزم ترک واجب یا ارتکاب حرامی باشد این حج مجزی از حجه الاسلام نیست هرچند سایر شرایط حج موجود باشد» (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ ه.ق، ۴۵۷/۲). این فتوا برخلاف سایر فتاوی ایشان مبنی بر پذیرش ترتب مانند اقامه نماز در فرض ترک اهم ازاله نجاست یا حفظ جان یا آبروست (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ ه.ق، ۷۲۴ و ۸۴/۱). به همین دلیل، برخی حاشیه نویسان عروه در ذیل مسئله تزامم حج با ترک واجب یا ارتکاب حرام، به ایشان اعتراض کرده اند. (موسوی خویی، ۱۴۱۸ ه.ق، ۱۸۷/۲۶)

همه اشکالاتی که مخالفان ترتب مطرح کرده اند از طرف اصولیون موافق ترتب، پاسخ داده شده است. مهمترین اشکال مخالفان ترتب به این نظریه آن است که ترتب، از نظر عقلی ممکن نیست؛ زیرا لازمه اینکه هم زمان با تکلیف اهم، تکلیف مهم نیز فعلیت پیدا کند این است که شارع در ظرف زمانی واحد به دو موضوع غیرقابل جمع امر کرده باشد که مستلزم امر به جمع بین دو کار متضاد است که این ناممکن می باشد. (آخوند خراسانی، ۱۴۱۰ ه.ق) در مقابل، از نظر موافقان ترتب، آنچه محال است جمع بین ضدین در آن واحد و جمع میان دو ضد هم عرض است نه امر به ضدین (نایینی، ۱۳۷۶، ۳۶۶/۱؛ مظفر، ۱۴۲۷، ۳۱۰/۱). به نظر موافقان ترتب، تکلیف مهمتر به طور مطل، تکلیف مهم را نفی نمی کند، بلکه رافع بودن آن، مشروط به انجام دادن تکلیف مهمتر است. به عبارت دیگر، تزامم میان تکلیف اهم و مهم، مستلزم نادیده گرفتن مهم و دست برداشتن از اصل دلیل آن نیست؛ زیرا میان اطلاق دو دلیل، تزامم است نه میان اصل آنها. بنابراین، کافی است که از اطلاق دلیل مهم دست برداشته و آن را مقید به ترک تکلیف اهم کرد (روحانی، بی تا، ۳۹/۲؛ مظفر، ۱۴۲۷، ۳۱۱/۱).

از آنجاکه بالفعل بودن دو تکلیف غیرقابل جمع در عرض هم معقول نیست، تلاش قائلین به ترتب، معطوف به این است که این بالفعل بودن را در طول هم نشان دهند تا محذور تکلیف به محال پیش نیاید. براساس این قول، وجوب تکلیف اهم، مطلق است، اما وجوب تکلیف مهم، مقید به ترک تکلیف اهم است. به تعبیر دیگر، وجوب تکلیف مهم، مترتب بر نافرمانی مکلف نسبت به تکلیف اهم است. ترتب نامیدن این نظریه نیز به همین دلیل است.

باتوجه به آنچه در بررسی دیدگاه فقها در مورد حکم وضعی مسئله بیان شد و باتوجه به اینکه اقامه حج برای مادری که تکلیف به شیردهی و حضانت دارد موجب ترک واجب اهم می شود، می توان براساس مبنای اتخاذ شده اصولی در امکان ترتب و صحت نظریه ترتب چنین گفت که در تزامم بین وجوب شیردهی و حضانت و تکلیف حج، هرچند که شیردهی و حضانت اهم است و امتثال مهم یعنی، حج واجب به دلیل عدم توجه به امر اهم و کنار گذاشتن آن، عصیان است، اما چون با ترک اهم، امر به مهم متوجه وی شده و در مورد او فعلیت می یابد حج چنین مادری صحیح خواهد بود و کفایت از حجه الاسلام وی می کند و تکلیف واجب حج را باوجود این نافرمانی انجام داده است و نیازی به اعاده آن در سال های بعد نیست. حکم تکلیفی اول یعنی، حرمت سفر حج برای چنین مادری، معلق بر انجام واجب اهم یعنی، ترک حج و پرداختن به تکلیف شیردهی و یا حضانت فرزند بوده است و وقتی چنین مادری به واجب اهم عمل نکند و به حج برود امر دوم که مربوط به واجب مهم یعنی، انجام حج است متوجه وی شده و در مورد او فعلیت یافته و حج وی صحیح است.

نتیجه گیری

در مقام تزامم دو تکلیف شرعی مادر بر انجام وظایف عبادی و وظایف مادری، این سؤال مطرح می شود که به تبع وظایف مادر در شیردهی یا نگهداری کودک، در چه شرایطی ممکن است حج از عهده وی ساقط شود؟ برای پاسخ به این سؤال، حکم تکلیفی اقامه حج برای مادر شیرده و نیز حکم وضعی آن مورد بررسی قرار گرفت. دایره حکم وجوب شیردهی براساس آرای فقهای امامیه محدود به موارد ضرورت است و تا زمانی که امکان استفاده از بدل یعنی، پدر، دایه و... و اعمال

مرحجات باب تزاحم وجود داشته باشد، وی مکلف به شیردهی و نگهداری نخواهد بود، اما در موارد وجوب، در صورتی که شرایط لازم برای تعلق تکلیف اقامه حج برای مادر وجود داشته باشد، اگرچه حج به دلیل تکلیف شیردهی از عهده مادر برداشته می شود، در مورد اینکه شیردهی مانع تحقق استطاعت است یا نه و اینکه فوریت حج مادر از بین می رود، میان فقها اختلاف است.

برخی فقها تقدم یا تأخر شیردهی را بر حصول استطاعت مادر و تعلق حکم وجوب در آن مؤثر دانسته اند و وجوب شیردهی را مانع شرعی برای حصول استطاعت برای حج بر شمرده اند. بنابراین، چنین مادری تا زمانی که مانع رفع نشود مستطیع نخواهد بود، اما در صورت حادث شدن شیردهی بعد از تعلق حکم وجوب بر حج، این مانع را بعد از حصول استطاعت در صورتی که اهم از حج باشد، رافع وجوب حج دانسته اند. قائلین به عدم ایجاد استطاعت (وجوب حج) در صورت تقدم شیردهی، در اثبات دیدگاه خود به چهار دلیل استناد کرده اند که عبارتند از: تقدم و مانعیت شرط عقلی نسبت به شرط شرعی؛ عدم وجود امر به حج در صورت وجود مانع؛ تقدم واجب مطلق بر واجب مشروط حج، و روایات.

در مورد حکم وضعی و مجزی بودن حج مادر شیرده در فرض وجوب شیردهی، با توجه به اینکه مادر مکلف است براساس قواعد باب تزاحم، واجب اهم یعنی، طفل شیرخوار را اتيان کند و واجب مهم یعنی، حج را اتيان نکند، با استناد به دو شیوه، دو حکم متفاوت در آرای فقها دیده می شود: نخست، بررسی حکم وضعی حج مادر از راه ملازمه حکم تکلیفی و وضعی، منجر به اعلام بطلان حج مادر می شود و دوم، منجر به اعلام صحت حج چنین مادری برپایه نظریه ترتب می شود.

ملاحظات اخلاقی

پیروی از اصول اخلاق پژوهش

نویسندگان تأکید می کنند که کلیه اصول اخلاقی در انجام و انتشار این پژوهش رعایت شده است. این موضوع توسط تمامی نویسندگان تأیید شده است.

عدم سوءرفتار علمی

مواردی مانند جعل داده ها، تحریف نتایج، سرقت ادبی (پلجیاریسم) و هرگونه رفتار غیراخلاقی دیگر در این پژوهش به طور جدی پرهیز شده است.

تعارض منافع

نویسندگان عدم وجود تعارض منافع (Conflict of Interest) را در ارتباط با این پژوهش اعلام می کنند. به عبارت دیگر، هیچگونه منافع مالی یا شخصی که بر نتایج تحقیق تأثیرگذار باشد، وجود نداشته است.

حامی مالی

این نوشتار، یکی از مقالات مستخرج از طرح پژوهشی با عنوان «حج؛ حقوق و وظایف خانوادگی زنان» می باشد که به سفارش پژوهشگاه مطالعات اسلامی جامعة الزهراء (ع) انجام شده است و توسط ایشان حمایت مالی، معنوی و علمی شده است.

سپاسگزاری

نویسندگان مقاله، از پژوهشگاه مطالعات اسلامی جامعة الزهراء (ع) که حامی معنوی، مالی و علمی پژوهش حاضر بودند، قدردانی می کنند.

منابع

قرآن کریم (۱۴۰۲). مترجم: انصاریان، حسین. قم: انتشارات اسوه.
آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۱۰ ه.ق). کفایه الاصول. قم: آل البيت (ع).

- افتخاری گلپایگانی، علی (۱۴۲۸ هـ.ق). *آرای المراجع فی الحج*. قم: نشر مشعر.
- آقا ضیاءالدین عراقی، علی (۱۴۱۵ هـ.ق). *تعلیقه استدلالیه علی العروه الوثقی*. قم: اسلامی.
- آملی، میرزا محمدتقی (۱۳۸۰). *مصباح الهدی فی شرح العروه الوثقی*. تهران: مؤلف.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۹ هـ.ق). *فراید الاصول*. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- بروجردی، حسین (۱۳۷۵). *نهایه الاصول*. قم: مطبعه حکه.
- بهجت، محمدتقی (۱۴۲۶ هـ.ق). *جامع المسائل*. قم: دفتر معظم له.
- تبریزی، جواد (بی تا). *استفتائات جدید حج*. قم: بی نا.
- تونی، عبدالله (۱۴۱۵ هـ.ق). *الوافیه فی اصول الفقه*. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- جامعه الزهراء (ع)، اداره پاسخ به سؤالات دینی (۱۳۹۸). *برگزیده مسائل مبتلی به واستفتائات جدید: مجموعه احکام ۶ (حج ۱)*. قم: جامعه الزهراء (ع).
- جمعی از پژوهشگران زیر نظر هاشمی شاهرودی (۱۴۲۶ هـ.ق). *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)*. قم: مؤسسه دایره المعارف فقه اسلامی.
- حائری طباطبایی، علی (۱۴۱۸ هـ.ق). *ریاض المسائل*. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- حراملی، محمد (۱۴۰۹ هـ.ق). *وسائل الشیعه*. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- حسینی شاهرودی، محمود (بی تا). *کتاب الحج*. قم: انصاریان.
- حلی، محمد (۱۳۸۷). *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*. قم: اسماعیلیان.
- روحانی قمی، صادق (بی تا). *منهاج الصالحین*. بی جا: بی نا.
- رئسی، اعظم (۱۳۹۶). *احکام فقهی زنان در حج*. پایان نامه کارشناسی ارشد رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی.
- سبحانی، جعفر (۱۴۲۴ هـ.ق). *الحج فی الشریعه الاسلامیه الغراء*. قم: امام صادق (ع).
- شیرازی زنجانی، موسی (۱۴۱۹ هـ.ق). *کتاب نکاح*. قم: رأی پرداز.
- صیمری، مفلح (۱۴۲۰ هـ.ق). *غایه المرام فی شرح شرایع الاسلام*. بیروت: دار الهادی.
- طباطبایی حکیم، محسن (۱۴۱۶ هـ.ق). *مستمسک العروه الوثقی*. قم: دار التفسیر.
- طباطبایی قمی، تقی (۱۴۰۲). *مصباح الناسک فی شرح المناسک*. قم: مطبعه الخیام.
- طباطبایی یزدی، محمدکاظم (۱۴۰۹ هـ.ق). *العروه الوثقی*. بیروت: الاعلامی للمطبوعات.
- طباطبایی یزدی، محمدکاظم (۱۴۲۸ هـ.ق). *العروه الوثقی مع التعليقات*. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
- طباطبایی یزدی، محمدکاظم (بی تا). *العروه الوثقی مع تعليقات الفاضل*. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- طوسی، محمد (۱۴۰۷). *الخلاص*. قم: اسلامی.
- عاملی (شهیدثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ هـ.ق). *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة (المحشی - کلانتر)*. قم: کتابفروشی داوری.
- عاملی (شهیدثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۴ هـ.ق). *حاشیه الارشاد*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- عاملی، محمد بن مکی (۱۴۱۰ هـ.ق). *اللمعه الدمشقیة فی فقه الامامیه*. بیروت: دار التراث.
- علامه حلی (۱۴۱۳ هـ.ق). *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام*. قم: اسلامی.
- قدیری، نرجس (۱۳۹۴). *مسائل اختصاصی بانوان در حج فریقین*. پایان نامه کارشناسی ارشد رشته الهیات دانشگاه فردوسی مشهد.
- کابلی، محمد اسحاق فیاض (بی تا). *تعالیق مبسوطه علی مناسک الحج*. قم: انتشارات محلاتی.
- محقق حائری، عبدالکریم (۱۴۱۸ هـ.ق). *درر الفوائد*. قم: الاسلامی.
- محقق خوانساری، جواد (بی تا). *مشارق الشمس*. بیجا: بی نا.
- محقق سبزواری، محمدباقر (بی تا). *کفایة الاحکام*. اصفهان: مهدوی.
- مدنی کاشانی، رضا (۱۴۱۱ هـ.ق). *براهین الحج للفقها و الحجج*. کاشان: مدرسه علمیه آیت الله مدنی کاشانی.
- مشکینی، علی (۱۳۷۴). *اصطلاحات الاصول و معظم ابحاثها*. قم: الهادی.
- مظفر (۱۴۲۷)، محمدرضا. *اصول الفقه*. قم: مکتبه العزیزی.
- موسوی خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۱ هـ.ق). *مناسک الحج*. قم: چاپخانه مهر.
- موسوی خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۸ هـ.ق). *موسوعة الامام الخویی*. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی.
- موسوی قزوینی، ابراهیم (۱۳۷۱). *ضوابط الاصول*. قم: مؤلف.
- نابینی، محمدحسین (۱۳۷۶). *فوائد الاصول*. قم: جامعه مدرسین.
- نجفی، محمدحسن (بی تا). *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.