

بررسی فقهی و حقوقی

تزام حقوق در خانواده*

- سیدابوالقاسم حسینی زیدی^۱
- خیرالله قیاسی سونکی^۲

چکیده

اگر میان اعضای خانواده، اختلافی ناشی از التزام حقوقشان مطرح شود، با توجه به معیارهای موجود در اصول فقه و حقوق، به ناچار باید حق یکی را بر دیگری ترجیح داد. برخی از مهم‌ترین موارد التزام در حقوق خانواده عبارت‌اند از: التزام حق مسکن و ریاست خانواده، التزام حق طلاق و ازدواج مجدد، التزام ازدواج مجدد مادر با حق حضانت فرزند، التزام میان حق ولایت پدر با حق حریم خصوصی کودک، التزام حق پدر و مادر در استیلا و

پژوهش حاضر با روش توصیفی - تحلیلی در صدد بررسی التزام حقوق در خانواده می‌باشد و ضمن بررسی برخی از مصادیق التزام، سعی در بیان راه حل‌های رفع این التزامات نیز دارد. با مدنظر قرار دادن مرجحاتی که در اصول فقه

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۴/۲۴.

۱. استادیار گروه فقه و اصول دانشگاه علوم اسلامی رضوی (abolghasem.6558@yahoo.com).

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی (نویسنده مسئول) (khghiasis70@yahoo.com).

بیان شده است و با در نظر گرفتن روح مواد قانونی و راه حل‌های پیش‌بینی شده توسط قانون‌گذار برای حل نمودن موارد تراحم، به نظر می‌رسد که هدف اصلی شارع و قانون‌گذار در حل تراحم و وضع قوانین، حفظ بنیان خانواده می‌باشد.

واژگان کلیدی: تراحم، خانواده، حق، پدر، مادر، کودک.

مقدمه

خانواده از مهم‌ترین و کهن‌ترین گروه‌های انسانی است که با یک مرد و زن تشکیل می‌شود و هدف ایشان مشارکت در تکامل معنوی و رشد مادی یکدیگر می‌باشد. با وجود این، اگر میان اعضای خانواده اختلافی ناشی از تراحم حقوقشان مطرح شود و اجرای همزمان دو حق ممکن نباشد، به ناچار باید با توجه به معیارهایی، حق یکی را بر دیگری ترجیح داد.

در کتب اصولی در مبحث تراحم، معیارهایی چون قاعده تقدم اهم بر مهم یا قاعده لاضرر یا قاعده تقدم زمانی در ترجیح یکی از حقوق بر دیگری و... ارائه شده است که باید درباره تراحم حقوق خانواده مورد واکاوی قرار بگیرد. متأسفانه هم در بین اعضای خانواده و هم در دادگاه‌ها و رویه قضایی، راه حل عملی زیادی برای مسئله تراحم حقوق ارائه نشده که چگونه و با چه معیاری در وضعیت تراحم حقوق باید مسئله را حل کرد و یکی از حقوق را بر دیگری ترجیح داد تا عدالت رعایت شود. از این رو، این تحقیق با مشخص نمودن مصادیق تراحم و راه حل آن، می‌تواند روشی را در اختیار قضات دادگاه خانواده قرار دهد تا به حل این مسئله بپردازند.

بنابراین در این جستار بر آنیم که مصادیق‌های تراحم حقوق خانواده را مشخص نموده و راهکارهای رفع تراحم حقوق در بین اعضای خانواده را از منظر فقه و حقوق طرح و بررسی نماییم.

۱. تراحم حق مسکن و ریاست خانواده

۱-۱. حق مسکن

قانون مدنی ایران بر اساس ماده ۱۱۱۴ قانون مدنی، انتخاب محل سکونت زوجه را

وابسته به اراده زوج می‌نماید. البته مواردی در قانون مدنی ایران پیش‌بینی شده که در آن اقامتگاه زن تابع اقامتگاه شوهر نیست:

یک: در صورتی که شوهر اقامتگاه معلومی نداشته باشد.

دو: در صورتی که زن با رضایت شوهر، اقامتگاه دیگری غیر از اقامتگاه شوهر اختیار کند.

سه: زنی که به اجازه محکمه، مسکن علی‌حده اختیار کند و آن در موردی است که بودن زن و شوهر در یک منزل، متضمن خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای زن باشد.

چهار: در صورتی که به دستور ماده ۱۱۱۱ قانون مدنی، اجازه تعیین منزل به زن داده شده باشد.

پنج: زنی که پس از عقد نکاح، هنوز به خانه شوهر نرفته است.

شش: زن ناشزه که خانه شوهر را ترک و در منزل دیگری سکونت نماید. لذا در صورت فقدان موارد مذکور، به لحاظ حفظ وحدت خانواده، قانونگذار مسکن زوجه را تابع اراده زوج قرار داده است (بدای، ۱۳۸۸: ۱۴۲).

ممکن است زوجین در ضمن عقد نکاح توافق نمایند که اختیار تعیین مسکن به زوجه سپرده شود. همچنان که ممکن است تفاهم نمایند که تعیین محل اقامت و مسکن زوجین، به توافق طرفین باشد (گرجی، ۱۳۸۴: ۱۸۶). بنابراین با توجه به ماده ۱۱۱۴ قانون مدنی، قانونگذار اختیار تعیین مسکن را به مرد داده است، مگر اینکه توافقی برخلاف آن شده باشد. همچنین در صورتی که حق انتخاب مسکن در اختیار زن قرار گرفت، او در انتخاب محل، باید وضع اجتماعی طرفین و نیازهای خانواده را در نظر بگیرد و این حق را وسیله اضرار طرفین قرار ندهد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۳۲/۱).

در نظر فقها، هم تهیه مسکن برای زوجه، از حقوق مالی او و بر عهده زوج است و هم تعیین محل سکونت بر عهده زوج است. علامه حلی به صراحت بیان می‌کند که بر مرد واجب است برای هر کدام از همسرانش، منزلی مجزا تهیه نماید و نباید بین دو هوو جمع کند (علامه حلی، ۱۴۱۰: ۳۲۸/۷).

۲-۱. ریاست خانواده

ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی ایران مقرر داشته است: «در روابط زوجین، ریاست خانواده از خصایص شوهر است». آثار ریاست خانواده، تعیین مسکن، استفاده از نام خانوادگی شوهر، تمکین و تابعیت زوجه است. در اینجا تمکین به عنوان اثر ریاست شوهر بر خانواده مدّ نظر است و به دو نوع تقسیم می‌شود:

۱. تمکین خاص زوجه (برقراری رابطه جنسی متعارف با زوج)؛

۲. تمکین عام زوجه (اطاعت از شوهر) که مصادیق آن طبق شرع عبارت‌اند از:

الف) عدم خروج از منزل شوهر بدون اجازه او جز در مواقع ضروری؛

ب) حفظ اسرار: «حَافِظَاتٌ لِلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ». برای جلوگیری از بی‌نظمی و آشوب

در هر جامعه‌ای، نیاز به مقامی است که نظم و آرامش را برقرار نماید. خانواده نیز مانند یک اجتماع بزرگ، با مسائل گوناگونی درگیر و روبه‌روست و از این قاعده مستثنا نیست و برای استحکام خانواده و رفع اختلافات و کشمکش‌هایی که ممکن است در خانواده به وجود آید، نیازمند شخصی است که ریاست خانواده را بر عهده بگیرد (صفایی و امامی، ۱۳۸۹: ۱۶۳).

در ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی، قانون‌گذار با صراحت زوج را رئیس خانواده معرفی کرده و از ایجاد اختلاف در این باره که ریاست خانواده به کدام یک از زوجین سپرده شود، جلوگیری نموده است. البته تعیین دقیق مفهوم ریاست شوهر بر خانواده در هر اجتماعی با توجه به آداب و رسوم آنجا و عرف منطقه مشخص می‌شود (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۲۵-۲۲۷).

در فقه امامیه، نظریه غالب بلکه مشهور بر این است که زن برای خروج از منزل شوهر، لازم است که اجازه و رضایت او را به دست آورد و شوهر می‌تواند زن را از بیرون رفتن از خانه منع کند، اگرچه این عمل زن با حق کامجویی مرد نیز منافات نداشته باشد (ر.ک: عاملی جبعی، ۱۳۷۳: ۳۰۸/۸؛ نجفی، ۱۴۱۸: ۳۰۶/۳۱؛ موسوی خمینی، ۱۳۶۸: ۵۳۹/۳). البته برخی آورده‌اند:

«زن بدون اذن شوهرش، در مواردی که خروجش منافی حق استمتاع شوهر است، جایز نیست که از منزل او خارج شود. بلکه بر احوط به‌طور مطلق نمی‌تواند از خانه خارج

شود و اگر بدون اجازه شوهر چنین کند، ناشزه است» (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۲/۲۸۹).

۳-۱. راه حل رفع تزاحم

برای حل این تزاحم می‌توان مرجحات ذیل را در نظر گرفت:

۱- در موضوع یکی از آن دو حق، قدرت شرعیه لحاظ شده باشد؛ مانند جایی که در یک جا گفته شود: قرض خود را ادا کن، و در جای دیگر می‌گوید: اگر قرض نداشتی، حج به جای آور. بدیهی است که دستور اول بر دستور دوم مقدم است؛ زیرا وجوب شرط بر نداشتن قرض است؛ بنابراین دستور اول بر دستور دوم ترجیح دارد (ر.ک: موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۲/۴۳۲).

قدرت شرعیه در محل بحث، همان توانایی انجام کار است. بنابراین زمانی که زوج به هر دلیلی توانایی تهیه مسکن مورد نظر زوجه را نداشته باشد، قدرت شرعیه لازم را در جهت اعمال این حق ندارد. لذا چون در حق تعیین مسکن توسط زوجه، توانایی زوج لحاظ شده است و در صورتی که وی به هر دلیلی نتواند - نه اینکه نخواهد - به آن جامه عمل ببوشاند، حق زوج که ریاست خانواده است، ترجیح داده می‌شود.

۲- قاعده تقدم اهم بر مهم دلالت دارد که ریاست شوهر بر خانواده، در تزاحم با حق تعیین محل سکونت زوجه، تقدم دارد. زوج که ریاست خانواده و تدبیر زندگی به دست وی سپرده شده است، باید در جهت استحکام و حفظ خانواده تلاش نماید. در اصل می‌توان گفت که در این تزاحم، اهم، حفظ بنیان خانواده است که ریاست شوهر باید در راستای آن عمل نماید. به همین دلیل، اگرچه حق زوجه مهم می‌باشد، اما مورد مهم‌تری وجود دارد که عقل اقتضا می‌کند به اهم عمل نماییم. علاوه بر آن می‌توان گفت که حق زوجه تبعی و اکتسابی، ناشی از شروط ضمن عقد بوده و حق زوج ذاتی است.

۲. تزاحم حق طلاق و ازدواج مجدد

۱-۲. حق طلاق

فقها در جواز وکالت در طلاق بیان می‌دارند که اطلاق ادله وکالت، شامل تمام امور

نیابت‌پذیر می‌گردد و طلاق نیز از امور نیابت‌پذیر است و مباشرت شخص در انجام آن شرط نیست؛ لذا می‌توان آن را با وکالت انجام داد (ر.ک: کرکی عاملی، ۱۴۱۵: ۲۱۰/۸؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۳۶/۲۲؛ موسوی خمینی، ۱۳۶۸: ۳۵۴/۲؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۲۵۰/۲۰).

قانون مدنی ایران، از نظر مشهور فقها در باب وکالت به زوج در طلاق پیروی کرده است. اولین قانونی که به صراحت شرط ضمن عقد برای طلاق را در حقوق ایران پذیرفته است، ماده ۴ قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۰ است (صفایی، ۱۳۶۰: ۷۸). ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳، تکرار متن ماده ۴ قانون ازدواج با اندکی اصلاح است (امامی، ۱۳۹۲: ۲۶۷/۴). در سال ۱۳۵۳ شمسی، در قانون حمایت از خانواده، موارد پنج‌گانه پیش‌گفته، به چهارده مورد افزایش یافت و مواردی از قبیل: «استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم الزام وی»، «سوء رفتار یا سوء معاشرت»، «ابتلا به امراض صعب‌العلاج»، «جنون در غیر موارد امکان‌فسخ» و «عدم رعایت دستور دادگاه در مورد منع اشتغال به حرفه منافی با حیثیت خانواده» به آن افزوده شد (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۶۷۴).

شورای عالی قضایی در مصوبه ۱۳۶۱/۷/۱۹-۱/۳۴۸۲۳ و ۱۳۶۲/۶/۲۸-۱/۳۱۸۲۳ به سازمان ثبت اسناد و املاک کشور چنین ابلاغ کرده است که در دفترچه‌های نکاحی که در اختیار سردفتران قرار می‌گیرد، شرایطی به عنوان «شرایط ضمن عقد یا عقد خارج لازم» درج شود و سردفتر می‌باید حین نکاح، آن شرایط را مورد به مورد به زوجین تفهیم کند. شرطی که مورد توافق زوجین واقع شده و به امضای آن‌ها رسیده باشد، به مثابه شرط ضمن‌العقد معتبر خواهد بود (محقق داماد، ۱۳۸۵: ۵۱۰).

۲-۲. ازدواج مجدد

در فقه امامیه، زن و شوهر نمی‌توانند شرط کنند که مرد حق ندارد تا زمانی که در نکاح باقی است، زن بگیرد. پاره‌ای از نویسندگان حقوق مدنی نیز این توافق را در زمره شروط نامشروع آورده و استدلال کرده‌اند که چنین شرطی با توجه به دوام نکاح و پایداری آن، موجب سلب حق به طور کلی می‌شود و با ماده ۹۵۹ قانون مدنی متعارض می‌گردد. ولی بعضی دیگر خواسته‌اند از مبانی قانون حمایت خانواده، محملی برای

نفوذ این شرط بیابند و آن را به عنوان وسیله جلوگیری از تعدد زوجات الزام آور شناسند (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۶۸/۱).

در تأیید این نظر گفته شده است که هدف قانون‌گذار کنونی، محدود ساختن مواردی است که شوهر می‌تواند زن دوم بگیرد. پس اگر زن و شوهر با قرارداد خصوصی میان خود به تحقق این هدف کمک کنند، نمی‌توان ادعا کرد که خواسته ایشان با نظم عمومی مخالف است. علاوه بر این، چون سلب حق مربوط به ازدواج مجدد محدود به زمانی است که نکاح کنونی منحل نشده است، توافق در این باره با مفاد ماده ۹۵۹ قانون مدنی، که سلب حق به طور کلی را منع کرده است، منافات ندارد. در توضیح این نظر باید گفت:

اولاً، تزویج همسری دیگر غیر از زوجه، داخل در مجاری اصاله‌الاباحه است، نه اینکه حکم وجوب بر چنین موضوعی جاری باشد که در صورت اخیر بتوان گفت اشتراط خلاف آن منهی عنه بوده و از جهت مخالفت با مشروع فاسد می‌گردد.

ثانیاً، التزام بر عدم تزویج همسر دوم، سوم یا چهارم، به منزله سلب حق به طور کلی نمی‌باشد؛ زیرا شرط عدم تزویج بدان معنا نیست که شوهر تا ابد نتواند زن دیگری غیر از زوجه خود اختیار کند، بلکه با طلاق یا فوت همسر خود، دیگر دلیلی برای وفای به شرط وجود ندارد. پس از مصادیق «سلب حق به طور کلی» خارج است. افزون بر اینکه زوجه هر زمان می‌تواند از شرط خود صرف نظر نموده و به همسرش اجازه تزویج بدهد.

ثالثاً، شرط عدم تزویج به معنای حرمت تزویج نیست و به فلسفه وجودی و اعتبار چنین حقی لطمه‌ای وارد نمی‌کند تا به واسطه آن موهن و ممنوع به نظر آید. بلکه مرد بر اساس چنین شرطی، از حق خود در این مورد خاص می‌گذرد؛ همچنان که بدون شرط نیز ممکن بود هیچ‌گاه همسر دیگری اختیار نکند و اغلب نیز چنین است؛ یعنی در حال حاضر، تزویج همسر دیگر به عنوان یک امر استثنایی مورد نظر است و در خانواده‌ها کمتر چنین وضعیتی مشاهده می‌شود.

بنابراین هر گاه کسی تعهد بر ترک امر مباح کند، یعنی ضمن عقد نکاح و در قالب شرط تعهد نماید که از ازدواج مجدد خودداری نماید، حلالی را حرام نکرده است تا

تعهد وی بر خلاف کتاب و سنت باشد و شرط عدم استفاده از حق، غیر از تحریم حلال است؛ چه آنکه ازدواج مجدد، حق زوج و از امور مباحی است که هر مردی در صورت وجود شرایط و فقدان موانع می‌تواند از آن بهره‌مند شود، یعنی دارنده حق خود در کمال اختیار و آزادی تعهد می‌کند که از آن استفاده نکند و چنان که گذشت، تعهد به عدم استفاده از حق، غیر از سلب حق به طور کلی است و زوج بعد از انحلال نکاح می‌تواند ازدواج کند (ر.ک: بداعی، ۱۳۸۸: ۱۲۴).

از منظر فقها، اختلاف نظرهایی در خصوص این شرط وجود دارد که می‌توان گفت دو نظریه کلی وجود دارد: نظریه مشهور این است که شرط عدم تزویج مجدد، نامشروع و باطل است و هیچ‌گونه اثر حقوقی بر آن بار نمی‌شود (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۵۱/۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۹: ۱۳۵/۲؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۱: ۴۱۹). نظریه دیگر آن است که این شرط، صحیح و الزام‌آور است و دلیلی بر بطلان آن وجود ندارد (کاشف‌الغطاء، ۱۴۱۴: ۹۸؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۳۶۸؛ موسوی خویی، ۱۳۷۷: ۷۶۰/۲؛ نراقی، ۱۴۱۰: ۴۱۳؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳: ۳۸۵/۲).

در میان فقیهان، به جز شماری کم از ایشان، نظریه مشهور همواره بر این بوده که شرط عدم تزویج، به دلیل مخالفت با شرع، کتاب و سنت باطل است و از مصادیق شرط نامشروع و خلاف مقتضای عقد شمرده می‌شود (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۵۱/۴؛ حسینی شیرازی، ۱۴۰۳: ۲۴۹/۶۷؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۵: ۱۴۱/۱۳).

این گروه، به استناد برخی روایات (ر.ک: کلینی، ۱۴۱۵: ۱۰۳/۵؛ حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۱/۱۵؛ عیاشی، ۱۳۸۳: ۲۴۰/۱)، بطلان اشتراط عدم ازدواج مجدد را امری مسلم دانسته، با ادعای اجماع بر این مسئله، تعهد به عدم ازدواج مجدد را شرطی مخالف با کتاب خدا به‌شمار آورده‌اند. ایشان می‌گویند که بر اساس آیه «فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ» (نساء/ ۳)، شرط عدم ازدواج مجدد، مخالف با حکم الهی است و پیامبر اسلام ﷺ می‌فرماید: «المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خلاف كتاب الله» (نوری، ۱۴۰۸: ۳۰۰/۱۳).

در مقابل، گروهی دیگر از فقیهان بر این باورند که شرط عدم تزویج، به هیچ‌عنوان مخالف کتاب و سنت نیست؛ بلکه آنچه نامشروع و مخالف کتاب است، شرط عدم

اباحه و استحباب تزویج است؛ زیرا آیه شریفه ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾، دال بر رخصت و جواز نکاح دوم و بیشتر است و شرط عدم اباحه در نکاح، مغایر و بر خلاف این آیه است و بر این اساس، نامشروع و باطل است (نراقی، ۱۴۱۰: ۵۰).

بنابراین مشروعیت ازدواج مجدد برای مرد، از جمله احکامی است که به خودی خود و بدون در نظر گرفتن عناوین دیگر وضع شده و منافاتی با ثبوت حکمی دیگر، در صورت پیدایش عنوان ثانوی از جمله شرط عدم تزویج ندارد. از این رو، شرط گفته شده مشروع و مشمول قاعده کلی لزوم وفای به شرط است (ایزدی فرد و کاویار، ۱۳۸۹: ۱۶۹).

افزون بر اینکه ادله‌ای نیز وجود دارد که تصریح به جواز و صحت آن می‌کند و قواعد کلی حاکم بر لزوم وفای به شرط شامل آن می‌شود. روایاتی داریم که در آنها، بر صحت و جواز چنین شرطی تصریح شده است (ر.ک: حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۶/۱۵). از جمله منصور بن یونس برزج نقل می‌کند که به امام کاظم علیه السلام گفتم: یکی از شیعیان شما با زنی ازدواج کرد و آنگاه او را طلاق داد. پس از آنکه قصد رجوع به زن را داشت، او امتناع کرد و رجوع را مشروط نمود به اینکه زوج با خدا پیمان ببندد و تعهد نماید که او را طلاق ندهد و ازدواج مجدد نکند. مرد نیز این شرط را پذیرفت، ولی علی‌رغم شرط، پس از مدتی تمایل به ازدواج مجدد پیدا کرد. آیا این عمل صحیح است و زوج باید به آن پایبند باشد؟ امام فرمود: «قبول این شرط از جانب مرد کار پسندیده‌ای نیست؛ زیرا از تغییر و تحولاتی که در تصمیم‌های او در زندگی روزمره به وجود می‌آید، غفلت کرده است؛ ولی حالا که شرط را پذیرفته، باید به شرط خود وفا کند؛ زیرا رسول خدا فرمود: «مؤمنان باید به شروط خود پایبند باشند» (همان: ۳۰/۱۵).

از سوی دیگر، شرط عدم ازدواج، خانواده را پایدار می‌کند و چه بسا در برخی موارد، با کاستن از خودسری‌ها و هوس‌جویی‌های شوهر، کانون خانواده را از خطر فروپاشی دور نگاه می‌دارد.

۲-۳. راه حل رفع تراحم

به نظر می‌رسد اگرچه ظاهراً میان حق طلاق و ازدواج مجدد تراحم وجود دارد، اما

پس از دقت و بررسی متوجه می‌شویم که هیچ یک از این دو حق، مزاحم اجرای حق دیگری نیست؛ زیرا در هر صورت، زوج می‌تواند همسر دوم اختیار کند و این حق از وی سلب نشده است. تنها در صورت اعمال این حق توسط زوج، زوجه وکیل در طلاق خود از سوی زوج می‌شود و هر کدام از زوجین می‌تواند حق خود را اعمال کند و زوج تنها در این مورد خاص نمی‌تواند در یک زمان دو همسر داشته باشد. در غیر این صورت، این امکان برایش فراهم است. بنابراین در این مصداق در حقیقت تزاممی وجود ندارد و هر یک از زوجین می‌تواند حق خود را بدون اینکه مزاحمتی برای حق دیگری ایجاد نماید، به مرحله اجرا بگذارد.

در نتیجه باید گفت: خانواده واحد بنیادین جامعه و کانون اصلی رشد و تعالی انسان است و تربیت و عواطف اجتماعی به عنوان مهم‌ترین ویژگی نظام انسانی، از خانواده نشئت می‌گیرد و توجه به نقش محوری زن به عنوان محور عاطفه و تربیت، و نقش محوری مرد در امر تربیت و تأمین معیشت و اداره زندگی امری ضروری است. در شرایط کنونی، همه دلسوزان جوامع مختلف در تلاش‌اند تا راهکارهای اساسی سالم‌سازی خانواده‌ها و حفظ و استحکام بنیان آن‌ها را دریابند و با ارائه آن‌ها به جامعه خود، اوضاع بحرانی موجود را تا حدی کنترل کرده و از تشنج در آن و به دنبال آن بحران در جامعه بکاهند که در این راستا، بازگشت به فرهنگ اصیل اسلام در جامعه ما ضروری است؛ آیینی که بیشترین عنایت را به تکریم، تنزیه و تعالی خانواده دارد و این نهاد مقدس را کانون تربیت و مهد مودت و رحمت می‌شمرد.

بنابراین باید همه قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی‌های مربوط، در جهت استواری روابط خانوادگی بر پایه حقوق و اخلاق اسلامی باشد و به نظر می‌رسد که یکی از ملاک‌هایی که قضات دادگاه‌های خانواده برای تصمیم‌گیری در موارد تزامم باید در نظر داشته باشند، مسئله حفظ بنیان و استواری روابط خانوادگی است و تا حد امکان باید از هر چه که باعث از هم پاشیدن نهاد خانواده می‌شود - که گاه ممکن است در ازدواج مجدد زوج صورت گیرد- جلوگیری نمایند.

۳. تراحم ازدواج مجدد مادر با حق حضانت فرزند

۳-۱. تعریف و ماهیت حضانت

در تعریف حضانت در فقه امامیه، صاحب جواهر از علامه حلی و شهید ثانی نقل کرده که در معنای حضانت گفته‌اند:

«حضانت، ولایت و سلطنت است بر تربیت طفل و آنچه متعلق به آن است؛ مانند خوابانیدن وی در رختخواب، سرمه کشیدن به چشمان طفل و نظافت و شستشوی او و لباس‌های او» (نجفی، ۱۴۱۸: ۳۴۸/۳۱؛ نیز ر.ک: علامه حلی، ۱۴۱۰: ۳۱۱/۲).

این تعریف اطلاق دارد؛ زیرا دایره شمول حضانت وسیع بوده و موارد ذکرشده، به عنوان مثال و چند مصداق از آن ذکر گردیده است.

قانون مدنی ایران و دیگر قوانین راجع به خانواده، تعریفی از حضانت ارائه نکرده‌اند، لیکن با تدقیق در این قوانین می‌توان حضانت را چنین تعریف نمود:

«حضانت عبارت است از نگهداری و تربیت طفل؛ به طوری که صحت جسمانی و تربیت وی با توجه به نیازمندی‌های حال و آینده او و وضع و موقعیت والدین طفل تأمین گردد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۴: ۲۱۱؛ نیز ر.ک: شایگان، ۱۳۸۱: ۱۶۹/۲).

در مورد ماهیت حضانت در فقه امامیه، عده‌ای از فقها حضانت را حق دانسته‌اند (ر.ک: نجفی، ۱۴۱۸: ۲۸۳/۳۱؛ میرزای قمی، ۱۴۱۰: ۴۶۹؛ مغنیه، ۱۴۰۸: ۸۸/۵) و برخی دیگر معتقدند که حضانت نوعی ولایت است (ر.ک: عاملی جبعی، ۱۳۷۳: ۱۲۰/۱).

ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی اشعار می‌دارد: «حضانت اطفال، هم حق و هم تکلیف ابوبین است».

برخی از حقوق‌دانان هم می‌گویند:

«نسبت به ممتنع از نگهداری طفل، حضانت تکلیف است و نسبت به دیگران حق است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۱۷۲۰؛ نیز ر.ک: صفایی، ۱۳۹۰: ۹۳).

با این تعبیر، کسی که قانوناً اعمال حضانت برای او مقرر گردیده، در صورت ابراز تمایل به انجام آن، نسبت به دیگران اولویت خواهد داشت؛ بدین معنا که حضانت به‌عنوان یک حق برای او در برابر دیگران، امتیاز به وجود می‌آورد؛ ولی اگر از انجام آن

خودداری ورزد، حضانت به عنوان یک تکلیف قانونی بر او بار می‌شود. نتیجه دیگری که از مفهوم تعریف مزبور استفاده می‌شود این است که تکلیف حضانت از زمان امتناع والدین یا یکی از آنان نسبت به اعمال حضانت، وجود پیدا می‌نماید و حال آنکه تکلیف حضانت قبل از امتناع آنان نیز وجود داشته است (نظری توکلی، ۱۳۹۲: ۲۹۳؛ نیز ر.ک: کاتوزیان، بی‌تا: ۱۹۲-۲۰۰).

۲-۳. صاحبان حق حضانت

از دیدگاه ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی، حضانت اطفال مشترکاً بر عهده پدر و مادر است و آن‌ها باید از کلیه امکاناتشان جهت پرورش ثمره مشترک زندگی زناشویی خویش بهره‌برداری کنند. اما در صورت فسخ نکاح و جدایی والدین، ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی اصلاحی ۱۳۸۲ مقرر می‌دارد:

«برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوی او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است.»

بعد از هفت سالگی هم مبنای اولویت، مصلحت کودک است (منصور، ۱۳۹۵: ۶۳). از منظر فقهی، در اینکه اولویت مادر در حضانت کودک در خلال دو سال نخست زندگی‌اش، مشروط به این است که مادر در آن مدت، شیردهی کودک را نیز بر عهده داشته باشد (ر.ک: عاملی ترحینی، بی‌تا: ۶۰۵/۹؛ نجفی، ۱۴۱۸: ۳۰۰/۴۳) یا اینکه چنین شرطی وجود ندارد (ر.ک: ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۶۵۲/۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۴: ۴۳۶)، دو دیدگاه مطرح شده است. ولی به هر حال مشهور فقها معتقدند که چنانچه زن بعد از گرفتن حضانت کودک ازدواج کند، حضانت او برداشته می‌شود (ر.ک: صدوق، ۱۴۱۵: ۳۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۳۱۰/۲؛ عاملی جبعی، ۱۳۷۳: ۴۲۳/۸).

بنابراین حق حضانت و حق زوجیت، دو حق متراحم هستند و زن نمی‌تواند در عمل میان آن‌ها جمع کند. توضیح آنکه پیمان زناشویی سبب می‌شود که شوهر بر زن حقوقی پیدا کند و از این رو، تکالیفی بر عهده زن ثابت شود. حق حضانت نیز گرچه حقی برای مادر است، حق کودک نیز هست؛ پس از این جهت نیز تکالیفی بر عهده زن قرار می‌گیرد. در نتیجه، زن ملزم است هم به تکالیفی که از جانب شوهر بر عهده‌اش

ثابت شده، عمل کند و هم به وظایف مادرانه‌اش جامه عمل بپوشاند. در حالی که حق زوجیت فراگیر است و فرصتی برای ادای حق کودک باقی نمی‌گذارد. در نتیجه جمع میان این دو غیر ممکن می‌نماید و به همین سبب حق حضانت ساقط می‌شود.

۳-۳. راه حل رفع تزاخم

برای بیان حل تعارض در این مسئله می‌توان دو مطلب را بیان نمود:

۱. به نظر مشهور فقهای امامیه، حضانت مادر مشروط به عدم ازدواج با همسر دیگری غیر از پدر کودک است (ر.ک: عاملی جبعی، ۱۳۷۳: ۴۶۳/۵؛ نجفی، ۱۴۱۸: ۲۸۹/۳۱). مستند این حکم، روایاتی است که از طریق شیعه و سنی نقل شده است و مضمون همه آنها دلالتهای دارد که مادر مادامی که ازدواج نکرده، برای سرپرستی از کودک شایسته‌تر است؛ مگر اینکه پدر فوت کرده باشد که در این صورت ازدواج مادر، مسقط حق حضانت او نیست (ر.ک: کلینی، ۱۴۱۵: ۴۵/۶). بنابراین اصلاً تزاخمی رخ نمی‌دهد و به اصطلاح، سالبه به انتفای موضوع خواهد بود.

۲. بر فرض که حضانت مادر مشروط به عدم ازدواج نباشد، رعایت غبطه و مصلحت مادر و کودک و عدم جواز ورود ضرر به آنان، مقتضی آن است که شرایط به گونه‌ای مهیا شود که مادر به دلیل فشارهای روحی ناشی از ترک فرزند، مجبور به ترک تشکیل خانواده و ضرر زدن به خود نشود (ر.ک: رهبر و سعادت، ۱۳۹۰: ۷۹-۸۰).

در نتیجه از آنجا که معیار اصلی در بحث، «مصلحت کودک» است، در هر وضعیت و حالتی که رعایت نشود، حضانت طفل برداشته می‌شود. بر همین مبناست که در نظریه مشورتی ۴۷۷۱-۷/۱۱/۱۵-۶۹ آمده است:

«آنچه که در مورد حضانت اطفال باید مورد توجه قرار بگیرد، مصلحت خود طفل است، نه عسر و حرج پدر و مادر. بنابراین اگر دادگاه مصلحت بداند که طفل قبل از رسیدن به سنین مربوطه، نزد پدر باشد یا بعد از سنین مذکور نزد مادر باشد، یعنی پدر را صالح نداند (ماده ۱۱۷۳ ق.م.) می‌تواند تصمیم مقتضی اتخاذ نماید. بدیهی است در صورتی که به سرنوشت طفل لطمه‌ای وارد نشود، دادگاه می‌تواند عسر و حرج هر یک از والدین را مورد توجه قرار دهد».

۴. تزامم میان حق ولایت پدر با حق حریم خصوصی کودک

۱-۴. تعریف و ماهیت حریم خصوصی

در تعریف حریم خصوصی آورده‌اند:

«محدوده‌ای از زندگی شخصی است که به وسیله قانون و عرف تعیین شده و ارتباطی با عموم ندارد؛ به نحوی که دخالت دیگران در آن ممکن است باعث جریحه‌دار شدن احساسات شخص یا تحقیر وی نزد دیگران به عنوان موجود انسانی گردد» (رحمدل، ۱۳۸۴: ۱۲۹).

در احصای قلمرو حریم خصوصی، به مواردی از جمله حق زندگی، حق مصونیت اموال، حق آزادی رفت و آمد و اختیار مسکن و حق زندگی خصوصی اشاره کرده‌اند (جعفری دولت‌آبادی، ۱۳۸۵: ۶۹).

قابل بودن به حریم خصوصی کودک، ظاهراً با تکلیف والدین به تربیت او تزامم دارد؛ زیرا تربیت کودک، مستلزم کنترل و نظارت بر ارتباط با دیگران و اطلاعات دسترس اوست که با توسعه فناوری‌های ارتباطاتی و اطلاعاتی، نمود بیشتری یافته است (اسدی، ۱۳۸۸: ۲۹).

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نه تنها حریم خصوصی کودک را به طور خاص مورد توجه قرار نداده، بلکه عنوان حریم خصوصی را نیز کاملاً شناسایی نکرده است. اما از آنجا که ایران در سال ۱۳۷۲ به کنوانسیون حقوق کودک ملحق شده است و با عنایت به اینکه مطابق ماده ۹ قانون مدنی، «مقررات عهدی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد، در حکم قانون است» و اصل ۷۷ قانون اساسی نیز به این امر تصریح دارد، باید گفت کنوانسیون حقوق کودک که ماده ۱۶ آن به طور خاص به حریم خصوصی کودک اشاره کرده است، برای دادگاه‌های ایران لازم‌الاجرا می‌باشد (همان: ۳۳).

۲-۴. حق کودک بر تربیت و حریم خصوصی طفل

اسلام، تربیت را به عنوان حق کودک به شمار آورده و در کتب فقهی بایی تحت عنوان احکام اولاد در مبحث نکاح به حقوق کودک در برابر والدین از قبیل حق

آموزش و حق تربیت اختصاص یافته است (ر.ک: محمدیان و رحیمی، ۱۳۹۰: ۴۱-۴۲).

امیرالمؤمنین علی علیه السلام می فرماید:

«حق فرزند بر پدر، آن است که نام خوب بر او بگذارد و او را خوب تربیت کند و قرآن را به او بیاموزد» (نهج البلاغه، حکمت ۳۹۹).

قوانین ایران نیز تا حدی به تکلیف والدین در برابر کودک پرداخته‌اند. در باب تربیت کودک، ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی، زوجین را مکلف به معاضدت در تربیت اولاد نموده است. ماده ۱۱۶۸ همین قانون، نگهداری اطفال را حق و تکلیف ابویین دانسته است و به خطر افتادن تربیت اخلاقی طفل در اثر عدم مواظبت و انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست، از جهات سلب حضانت از والدین شناخته شده است.

اسناد بین‌المللی مرتبط با کودک نیز به حق کودک بر تربیت توجه کرده‌اند؛ از جمله بند ۲ ماده ۱۴ کنوانسیون حقوق کودک، کشورهای عضو را مکلف نموده که حقوق و تکالیف والدین و حسب مورد سرپرستان قانونی را در هدایت کودک برای اعمال حقوق خود به روشی هماهنگ با توانایی‌های بالنده وی محترم بشمارند. ماده ۱۸ همین کنوانسیون نیز با تأکید بر مسئولیت مشترک هر دو والد در پرورش و رشد کودک، دولت‌ها را مکلف به مساعدت لازم به والدین و سرپرستان قانونی کودک در جهت ایفای مسئولیت خود در پرورش کودک نموده است (امیراجمند، ۱۳۸۱: ۲۰۴).

پس لازمه تربیت کودک، شناخت وی و کنترل و نظارت بر ارتباطات اوست. این شناخت تا وقتی که کودک تحت نظارت و کنترل خانواده قرار دارد، به آسانی صورت می‌گیرد؛ اما امروزه دو فرایند «جهانی شدن» و «فناوری‌های نوین ارتباطاتی و اطلاعاتی»، چنین کنترلی را مشکل ساخته است (فیرجی، ۱۳۸۲: ۱۳۵).

بنابراین از دیگر موارد تزاخم در حقوق خانواده، تجسس ولی از فرزندش جهت تربیت صحیح می‌باشد. والدین باید همان طور که نسبت به سلامت جسمی کودک، نوجوان و جوان خود می‌اندیشند، به فکر سلامت روحی و اخلاقی آن‌ها نیز باشند. دقت کنند که آنان با چه افرادی دوست می‌شوند، به چه مکان‌هایی می‌روند، چه کتاب‌هایی می‌خوانند، چه نوع تفریحاتی دارند و مسائلی از این قبیل. مبرهن است که

لازمه نظارت یا به تعبیری رساتر، ابزار این رسالت، ممکن است گاهی تجسس و تحسس باشد.

۳-۴. راه حل رفع تزاحم

برای رفع تزاحم در این مورد باید به دو نکته توجه داشت:

الف) محدوده حریم خصوصی اعضای خانواده باید با اصول دیگر حاکم بر روابط اعضای خانواده همخوانی داشته باشد. قرآن کریم پدر را مسئول نجات خود، فرزندان و خانواده‌اش از آتش جهنم می‌داند: «خود و خانواده خود را از آتش دوزخ نگاه دارید» (نساء/۳۴). علامه مجلسی در تفسیر آیه شریفه، چهار وظیفه تعلیمی و تربیتی را برای سرپرست خانواده برمی‌شمارد که یکی از آن‌ها، «تشویق به کارهای خیر و نیک» می‌باشد (مجلسی، ۱۴۱۵: ۶۸/۱۷). لذا بر سرپرست خانواده وظیفه و فرض است که اهل خانه (زن و فرزند) را از زشتی‌ها نهی کند و از عواقب گناهان و معاصی بترساند و زمینه تولید گناه را در خانه از بین ببرد؛ البته با زبان نرم و دور از خشونت.

بنابراین نمی‌توان به بهانه حریم خصوصی، از ورود پدر به فضای ارتباط کودک و نوجوان با دیگران که به قصد آگاهی از مفسده‌انگیز نبودن آن صورت می‌پذیرد، جلوگیری کرد. در سن کودکی، نوجوانی و جوانی، به علت کمی سن و نرسیدن به بلوغ فکری و عقلی و تجربه کافی، احتمال خطا و گمراهی آنان زیاد است. به همین جهت برای نجات، والدین باید عیوب و زشتی‌های فرزندان خود را شناسایی کنند و به اصلاح آن پردازند (قدرتی، ۱۳۹۶: ۲۵۴-۲۵۶).

بنابراین تفحص در احوالات روحی و اخلاقی فرزند و نقایص ظاهری و باطنی او به منظور اصلاح وی، جایز است. به همین جهت حرمت تجسس در اینجا نیز استثنا شده و جایز است که برای کشف واقعیت و زشتی‌های پنهان کودک و نوجوان، به جستجو و تفتیش پرداخت؛ زیرا این تجسس نه تنها سبب هتک حرمت و ریختن آبروی افراد نمی‌شود، بلکه برعکس موجب حفظ آبرو، شرف و تربیت روحی و اخلاقی و رفع نقایص ظاهری و باطنی آن‌ها می‌گردد. در نتیجه چنین تجسسی، مثبت و سازنده است و اهتمام به آن برای اصلاح فرد و اجتماع، بسیار مفید و سودمند است و به همین علت

جایز است.

به هر حال، حریم خصوصی اعضای خانواده در چارچوب اصول حاکم بر روابط اعضا، همچون اصل تحکیم خانواده، اصل مودت و رحمت، اصل مصلحت، اصل تعلیم و تربیت، اصل مدیریت خانواده، اصل کرامت، اصل عفاف، اصل اطاعت از والدین و اصل احترام به والدین، قابل شناسایی است. لذا تنها در صورتی که حریم خصوصی در ارتباط با اصول دیگر در آن مورد توجه قرار گیرد، سعادت و رستگاری اعضای خانواده ممکن و میسر خواهد بود (نقیبی، ۱۳۸۹: ۱۰).

ب) در پاسخ به این سؤال که آیا تکلیف دینی، اخلاقی و قانونی اولیا به تربیت کودک، با احترام به حریم خصوصی او در تزامن است، باید ابتدا به محدودیت‌های حق حریم خصوصی در بُعد اطلاعاتی و ارتباطاتی پرداخت و جهات و شرایط ورود به حق حریم خصوصی کودک را مورد توجه قرار داد.

هر آزادی و حقی می‌تواند به حکم قانون یا ضرورت‌های یک جامعه مردم‌سالار، در معرض تشریفات یا محدودیت‌هایی قرار گیرد. کمیته حقوق بشر که برای نظارت بر هماهنگی عملکرد کشورهای عضو میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی تشکیل شده است، در تفسیر ماده ۱۷ میثاق اعلام کرده است که «هیچ نوع مداخله در حریم خصوصی دیگران مجاز نیست، مگر در موارد پیش‌بینی شده در قانون». بنابراین حق بر حریم خصوصی، مطلق نبوده و بنا بر زمان، مکان و وضعیت، قابل تحدید است.

محدودیت‌هایی بر حریم خصوصی کودک وارد می‌شود که در ادامه بررسی می‌گردد:

الف) قانونی بودن دخالت: ماده ۱۶ کنوانسیون حقوق کودک، ورود به حریم خصوصی کودک را به طور غیر قانونی منع کرده است. بنابراین نقض این حریم مطابق قانون ممکن است. طبق تفسیر ملل متحد، واژه «غیر قانونی» بدین معناست که هیچ مداخله‌ای نباید صورت گیرد، مگر در مواقع پیش‌بینی شده توسط قانون.

ب) خودسرانه نبودن دخالت: اصطلاح خودسرانه در ماده ۱۶، دخالت‌هایی را دربر می‌گیرد که اگرچه در قانون مجاز شمرده شده، اما مستبدانه محسوب می‌شود. این عبارت، دولت‌ها را از امکان نقض حریم خصوصی کودک توسط قانون به طور غیر ضروری و به گونه‌ای که با اهداف کنوانسیون همسو نباشد، منع می‌کند. در تبیین

مفهوم مداخله خودسرانه، دو ضابطه معقول و منطقی بودن مداخله، تحت هر شرایطی مورد توجه مفسران این ماده قرار گرفته است (ر.ک: اسدی، ۱۳۸۸: ۳۸).

ج) انطباق مداخله با منافع عالیه کودک: مطابق بند ۱ ماده ۳ کنوانسیون حقوق کودک، «تمام اقدام‌های مربوط به کودک که توسط مؤسسات رفاه اجتماعی عمومی یا خصوصی، دادگاه‌ها، مقام‌های اجرایی یا ارگان‌های حقوقی انجام می‌شود، منافع کودک از اهم ملاحظات می‌باشد». بنابراین در تعارض بین منافع عالیه کودک و مصالح جامعه و دیگران از قبیل والدین، اولویت با منافع عالیه کودک است (ر.ک: ون بون، ۱۳۷۸: ۲۷).

د) انطباق حق حریم خصوصی کودک با حق و تکلیف والدین به تربیت طفل: تربیت همانند حریم خصوصی، حقی برای کودک، و از سوی دیگر، حق و تکلیفی برای والدین محسوب می‌شود. بند ۲ ماده ۱۴ کنوانسیون حقوق کودک، احترام به حقوق و وظایف والدین و سایر سرپرستان قانونی کودک را در هدایت کودک در جهت اعمال حقوق وی، به صورتی که باعث اعتلای استعدادها و توانایی‌های کودک شود، توسط دولت‌های عضو ضروری دانسته است. بنابراین احترام به حریم خصوصی کودک، منوط به عدم تعارض آن با حق کودک بر تربیت است که بر عهده والدین می‌باشد. در تعارض این دو حق، حفظ منافع عالیه کودک ایجاب می‌نماید که تربیت در اولویت قرار گیرد.

به هر حال، در نظر گرفتن این محدودیت‌ها در این اصل، منوط به دو شرط تصریح در قانون و نیز ضرورت است. همچنین بند ۳ ماده ۱۴ کنوانسیون، حفظ امنیت، سلامت، اخلاق عمومی و حقوق و آزادی‌های اساسی دیگران را از محدودیت‌های آزادی ابراز عقیده و مذهب قرار داده است. البته استثنای قانونی باید مضیق باشد و اصل تعرض ناپذیری مکاتبات حاکم است (ر.ک: قاضی شریعت‌پناهی، ۱۳۸۴: ۱۴۶).

۵. تزامم حق پدر و مادر در استیلا

اصل فرزنددار شدن یک نیاز طبیعی قلمداد می‌شود که زمینه آن در جسم و روان آدمی به موهبت گذاشته شده تا بقای نسل انسانی به ضمیمه بسیاری از مصالح و

منافعی که وجود فرزند برای زوجین به همراه دارد، تضمین گردد (رحمانی، ۱۳۹۱: ۲۹۲). قبل از پرداختن به راه حل رفع تراحم در استیلا، این سؤال قابل طرح است که آیا حق استیلا، در زمره حقوق مشترک زوجین است یا فقط اختصاص به زوج یا زوجه دارد؟ در صورتی بحث تراحم موضوعیت پیدا می‌کند که حق استیلا، برای هر دوی زن و مرد قابل تصور باشد و اگر فقط یکی از والدین، محق فرزندآوری باشد، محلی برای مزاحمت و برخورد حقوق نیز فراهم نخواهد شد.

۱-۵. ادله مشترک بودن حق استیلا^۱

۱-۱-۵. سیره تشریحی شارع و عیوب فسخ

نگاهی به سیره تشریحی شارع در روابط خانوادگی، این اطمینان را به وجود می‌آورد که نیازهای طبیعی انسان، منشأ وضع قوانین در شریعت است و بسیاری از حقوق زوجین و الزام‌های شرعی در حوزه خانواده مانند حق تمکین برای زوجین، حق حضانت، حق کودک بر والدین، همگی بر این اساس قابل تحلیل و تفسیر است. با توجه به این نکته می‌توان اطمینان پیدا کرد که شارع بر پایه نیاز شدید فرزندخواهی در انسان، این مسئله را به عنوان حق در سلسله تشریح خود در روابط زناشویی پذیرفته است. مؤید قبول این حق در نظر شارع، جعل حق فسخ نکاح برای مرد و زن در صورت دارا بودن عیوبی است که موجب عدم باروری می‌گردد؛ مانند خصاء و قراء. حتی استفتائاتی نیز پیرامون جایگزین کردن برخی از بیماری‌های شناخته‌شده امروزی مثل ایدز به جای بیماری جذام که راه‌های درمانی آن شناخته شده است، به عنوان عیب فسخ نکاح، ناظر به همین امر است که ملاک در عیوب فسخ، آن دسته از عیوبی است که روابط زناشویی را مختل کرده و راه‌های رسیدن به اهداف اساسی ازدواج را با مشکل مواجه کند و همان گونه که بیان گردید، یکی از مهم‌ترین اغراض شارع در امر ازدواج، تناسل و فرزندآوری می‌باشد (ر.ک: مکارم شیرازی، ۱۴۲۹: ۱۰۴).

۱. ادله اختصاص حق استیلا به مرد یا زن، خارج از بحث مقاله می‌باشد و لذا به آن پرداخته نشده است (برای آگاهی بیشتر ر.ک: طباطبایی، ۱۴۱۷: ۲/۲۱۱؛ جوادی آملی، ۱۳۸۶: ۳۲۵؛ نقیسی و صدر طباطبایی، ۱۳۹۴: ۱۵۰؛ رحمانی، ۱۳۹۱: ۳۰۹).

امروزه نیز فقهای معاصر ما به اتفاق، عقیم کردن دائمی زن و مرد را مجاز نمی‌دانند؛ مگر در صورتی که از ضرر بزرگ‌تری جلوگیری شود و برای حفظ سلامتی ضروری باشد (ر.ک: تبریزی، ۱۴۲۰: ۴۴۵/۲).

۱-۵-۲. شرط ارتکازی

شرایطی که متعاقدین در عقد به آن ملتزم می‌شوند، گاه به صورت لفظی می‌باشد و گاه با لفظ بین آنان تبادل نمی‌شود و در صورت عقدنامه قید نمی‌شود، بلکه این شرایط به صورت ارتکازی و اجمالی در عرف بین متعاقدین وجود دارد و از همین جهت نیازی به قید کردن آن‌ها نبوده و قید آن شرایط را از جهت وضوح و بدهت، امری زائد به شمار می‌آورند؛ مثلاً در بیع، فرض آن است که مبیع و ثمن، سالم و عاری از عیب باشند و هیچ تاجری لازم نمی‌بیند که آن را صراحتاً در عقد قید کند.

در مورد عقد نکاح، یکی از شرایط ضمنی ارتکازی و عقلایی بین زوج و زوجه در نوع عرف‌های جوامع بشری آن است که ازدواج منجر به ثمردهی و تولید فرزند بشود. لذا اگر یکی از طرفین قبل از ازدواج از عقیم بودن یا عدم امکان بارور کردن زن یا مرد باخبر شود، امکان سرگرفتن چنین ازدواجی منتفی می‌شود و این امر موجب می‌شود که قائل به حق مطلق استیلا برای زوج - هر دو - بشویم.

۱-۵-۳. حق عزل

در مورد جواز عزل مرد، روایات مختلفی بیان شده است (ر.ک: حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۰۵/۱۴). برخی از روایات، آن را حرام می‌دانند و برخی مطلقاً برای زوج حق عزل قائل شده‌اند، بدون اینکه رضایت زن حاصل شود (بحرانی، ۱۴۰۵: ۸۷/۲۳). ولی روایاتی نیز عزل از زوجه حرّه را مشروط به اشتراط کرده‌اند (طوسی، ۱۴۰۹: ۴۱۷/۷).

به دلیل جواز عزل برای مرد و حرمت آن برای زوجه، برخی بر این باورند که حق استیلا مطلقاً برای مرد است و زن چنین حقی ندارد! (ر.ک: طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۶۹/۲). البته به تعبیر بعضی معاصران، تلاش فقها در اثبات جواز عزل، برای آن بوده که به صورت موجهه جزئی، این حق را برای مرد به اثبات رسانند؛ اما اینکه مرد مجاز باشد در تمام عمر و در تمام موارد همبستری با همسرش این کار را انجام دهد، مطلقاً از این ادله

نمی‌توان آن را به اثبات رساند (ر.ک: محقق داماد، ۱۳۸۹: ۱۴). بر فرض آنکه از اطلاق دلیل، استمرار عزل را استفاده کنیم، در مقام عمل خارجی بنا بر حکمت‌های ازدواج، عزل نمی‌تواند یک امر همیشگی میان همسران باشد؛ چرا که عزل، هم حکمت استمتاع نکاح را نقض می‌کند و هم در بیشتر موارد، موجب جلوگیری از انعقاد نطفه فرزند می‌شود.

در قوانین ما همانند فقه، به طور مستقیم و صراحتاً ذکر از حق استیلا به میان نیامده است؛ هرچند بر اساس برخی از مواد قانونی، ظاهراً این حق به عنوان یکی از حقوق زوجین به طور مشترک پذیرفته شده است. از جمله موادی که در آن، حق استیلا برای زوجه به رسمیت شناخته شده است، ماده ۱۱۲۲ ق.م.م. مربوط به عیوب فسخ نکاح است که به عیب خصا در مرد اشاره کرده است (میرزایی، ۱۳۸۵: ۳۱۱).

در مورد حق استیلا برای مردان می‌توان به ماده ۱۹ قانون حمایت خانواده، اشاره کرد. این ماده، یکی از مجوزهای ازدواج مجدد برای مردان را عقیم بودن زوجه می‌داند. از مجموعه مباحث و چالش‌هایی که در رابطه با تلقیح مصنوعی در بین حقوق‌دانان به وجود آمده است نیز می‌توان پی برد که حق استیلا نه تنها به عنوان یک حق برای زوجین پذیرفته شده است، بلکه یکی از مهم‌ترین آنان می‌باشد؛ به گونه‌ای که دانشمندان را واداشته که با ارائه راهکارهایی، به این نیاز طبیعی بشر - هرچند به طور صناعی - پاسخ دهند. از جمله قوانینی که در رابطه با تلقیح مصنوعی تصویب شده است، قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور، مصوب ۱۳۸۲ و آیین‌نامه اجرایی آن، مصوب ۱۳۸۳ می‌باشد.

۲-۵. راه حل رفع تراحم

با توجه به آنچه بیان گردید، اگر حق استیلا حق مشترکی بین زن و شوهر باشد - که با توجه به دلایل، همین قول قوی‌تر می‌باشد - می‌توان برای هر دو، قائل به حق استیلا شد و در نتیجه فرزندآوری یا جلوگیری از آن، به طور موقت باید مورد توافق زوجین واقع گردد. حال در صورتی که زوجین در مورد بارداری یا عدم آن اختلاف داشته باشند، حق کدام یک مقدم است؟

اگر غرض زوج یا زوجه این باشد که اصلاً بچه‌دار نشوند، این مطالبه به نظر ما - که

برای هر دو حق استیلا را پذیرفتیم. وجوب اطاعت ندارد. همچنین اگر هر یک می‌خواهند زمان آن را به تأخیر بیندازند، مادامی که این تأخیر مصداق اضرار و امساک به غیر معروف نباشد، چنین حقی دارند؛ مشروط به اینکه آن‌قدر به تأخیر نیفتد که برای زوج یا زوجه، نوعی عیب و عار اجتماعی محسوب شود.

در غیر این دو صورت باید گفت: عموم آیه حرث و اطلاق ادله قوامیت شوهر موجب می‌شود که در این موارد، حق شوهر مقدم باشد. گذشته از مکروه بودن یا نبودن عمل عزل بدون رضایت زوجه، به نظر می‌رسد قائل شدن به چنین حقی برای زوج، به معنای مدیریت و تعیین زمان باروری است، نه به این معنا که حق استیلا فقط برای مرد باشد و زن چنین حقی نداشته باشد، بلکه به دلیل قوامیت مرد در روابط زوجین و تبعاتی است که با تولد فرزند می‌تواند گریبانگیر مرد خانواده شود؛ از جمله محدودیت در استمتاع جنسی در دوران بارداری، هزینه مراقبت‌های بارداری، نفقه فرزند متولد شده و....

استفاده زن از موانع بارداری ممکن است با دو حق از حقوق شوهر منافات داشته باشد: یکی حق استمتاع و دیگری حق استیلا. در اینکه جلوگیری از حاملگی از طریق ممانعت زن از ریختن منی شوهر در بدن خود (عزل المرأة) جایز نیست، شکی وجود ندارد؛ زیرا انزال منی در بدن زن، جزء مقاربت و استمتاع شوهر است و ممانعت از آن، اضرار به حق شوهر است؛ همچنان که در موارد وجوب مقاربت با زن بر شوهر، اقوی همین است و شوهر حق عزل ندارد، چرا که مقاربت ناقص با زن، اضرار به اوست و رعایت حال زن در آن نشده است (ر.ک: نجفی، ۱۴۱۸: ۱۱۴/۲۹).

البته زوجه می‌تواند در عقد ازدواج، مسئله تعداد فرزندان و زمان باردار شدن و تحدید حق استیلا شوهر را شرط کند یا اصل استفاده از این حق را مشروط به توافق نماید یا اینکه با مطالبه اجرت شیردهی و تقاضای خدمتکار و پرستار کودک در مواردی که جزء نفقه اوست، شوهر را منصرف نماید یا حداقل از زحمات خود بکاهد (ر.ک: رحمانی، ۱۳۹۱: ۴۴۴). بنابراین هرچند که برای مرد به دلیل مدیریت روابط زوجین و ادله شرعی مثل آیه حرث، دامنه وسیع‌تری از مصادیق اعمال این حق را قائل شدیم، لیکن زوجه می‌تواند در قالب شرط ضمن عقد، این موارد را محدود نماید.

نتیجه گیری

برخی از مهم‌ترین مصداق‌های تزامم حقوق اعضای خانواده و راهکارهای رفع آن را می‌توان در موارد زیر بیان نمود:

۱. در مورد تزامم حق مسکن و ریاست خانواده، در صورتی که مرد به هر دلیلی نتواند به آن جامه عمل ببوشاند، حق زوج که ریاست خانواده است، ترجیح داده می‌شود؛ زیرا اولاً زوج قدرت شرعی لازم را در جهت اعمال این حق ندارد و ثانیاً در این تزامم، اهم، حفظ بنیان خانواده است که ریاست شوهر باید در راستای آن عمل نماید.

۲. ظاهراً میان حق طلاق و ازدواج مجدد، تزاممی وجود ندارد؛ چرا که در هر صورت زوج می‌تواند همسر دوم اختیار کند و تنها در صورت اعمال این حق توسط زوج، زوجه وکیل در طلاق خود از سوی زوج می‌شود. بنابراین هر یک از زوجین می‌تواند حق خود را به مرحله اجرا بگذارد، بدون اینکه مزاحمتی برای حق دیگری ایجاد نماید.

۳. درباره تزامم ازدواج مجدد مادر با حق حضانت فرزند باید گفت: اولاً حضانت مادر مشروط به عدم ازدواج با همسر دیگری غیر از پدر کودک است و لذا اصلاً تزاممی رخ نخواهد داد؛ ثانیاً معیار اصلی در بحث، «مصلحت کودک» است و در هر وضعیت و حالتی که رعایت نشود، حضانت طفل برداشته می‌شود.

۴. با توجه به اینکه حق بر حریم خصوصی مطلق نبوده و بنا بر زمان، مکان و وضعیت، قابل تحدید است، محدودیت‌هایی بر حریم خصوصی کودک با در نظر گرفتن «خودسرانه نبودن دخالت، انطباق مداخله با منافع عالیّه کودک، انطباق حق حریم خصوصی کودک با حق و تکلیف والدین به تربیت طفل و...» وارد می‌شود.

۵. اگر حق استیلا، حق مشترکی بین زن و شوهر باشد، مادامی که این تأخیر، مصداق اضرار و امساک به غیر معروف نباشد، باید گفت که عموم آیه حرث و اطلاق ادله قوامیت شوهر موجب می‌شود که در این موارد، حق شوهر مقدم باشد؛ لیکن زوجه می‌تواند در قالب شرط ضمن عقد، این موارد را محدود نماید.

کتاب‌شناسی

۱. نهج البلاغه.
۲. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳. ابن زهره حلی، سید حمزه بن علی حسینی، غنیة النزوع الی علمی الاصول والفروع، قم، مؤسسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۴۱۱ ق.
۴. اسدی، لیلیاسادات، «حریم خصوصی کودک و حق والدین بر تربیت»، دوفصلنامه فقه و حقوق خانواده، شماره ۵۰، بهار و تابستان ۱۳۸۸ ش.
۵. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامیه، ۱۳۹۲ ش.
۶. امیرارجمند، اردشیر، مجموعه اسناد بین‌المللی حقوق بشر، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۱ ش.
۷. ایزدی‌فرد، علی‌اکبر و حسین کاویار، «شرط عدم ازدواج مجدد در فقه و حقوق»، فصلنامه مطالعات اجتماعی - روان‌شناختی زنان (مطالعات زنان)، دوره هشتم، شماره ۳، زمستان ۱۳۸۹ ش.
۸. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۹. بداعی، فاطمه، شروط ضمن عقد، تهران، روابط عمومی شورای فرهنگی اجتماعی زنان، ۱۳۸۸ ش.
۱۰. تبریزی، جواد بن علی، استثنائات جدید، قم، دفتر حوزه علمیه قم، ۱۴۲۰ ق.
۱۱. جعفری دولت‌آبادی، عباس، «بررسی حق حریم خصوصی»، فصلنامه تعالی حقوق، دادگستری کل استان خوزستان، شماره ۱، ۱۳۸۵ ش.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰ ش.
۱۳. همو، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۴ ش.
۱۴. جوادی آملی، عبدالله، زن در آئینه جلال و جمال، چاپ بیست و هشتم، قم، اسراء، ۱۳۸۶ ش.
۱۵. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، قم، مؤسسه آل‌ال‌بیت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۱۶. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، فقه الصادق (علیه السلام)، چاپ سوم، قم، دار الکتب - مدرسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۴۱۲ ق.
۱۷. حسینی شیرازی، سیدمحمد، الفقه السیاسی، قم، مطبعة رضائی، ۱۴۰۳ ق.
۱۸. رحمانی، امیر، بررسی فقهی مدیریت در روابط زن و شوهر، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۱ ش.
۱۹. رحمدل، منصور، «حق انسان بر حریم خصوصی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، شماره ۷۰، زمستان ۱۳۸۴ ش.
۲۰. رهبر، مهدی و صالح سعادت، «ازدواج مجدد زن و حق حضانت فرزند»، فصلنامه مطالعات راهبردی زنان، شماره ۵۴، زمستان ۱۳۹۰ ش.
۲۱. شایگان، سیدعلی، حقوق مدنی، تهران، مهر کلام، ۱۳۸۱ ش.
۲۲. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، علل الشرائع، به کوشش سیدمحمدجواد ذهنی تهرانی، قم، مؤمنین، ۱۴۱۵ ق.
۲۳. صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تهران، دادگستر، ۱۳۹۰ ش.

۲۴. همو، «وکالت زوجه در طلاق و تفویض حق طلاق به او»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، شماره ۲۲، تیر ۱۳۶۰ ش.
۲۵. صفایی، سیدحسین و اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده، تهران، میزان، ۱۳۸۹ ش.
۲۶. طباطبایی، سیدمحمدحسین، المیزان فی تفسیر القرآن، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۷. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، منهاج الصالحین، حاشیه سیدمحمدباقر صدر، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ ق.
۲۸. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، العروة الوثقی، چاپ دوم، بیروت، اعلمی، ۱۴۰۹ ق.
۲۹. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۴۰۷ ق.
۳۰. همو، تهذیب الاحکام، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۹ ق.
۳۱. عاملی ترحینی، محمدحسین، الزیلة الفقهية فی شرح الروضة البهیة، قم، ذوی القربی، بی تا.
۳۲. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۳۳. همو، مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۷۳ ش.
۳۴. علامه حلی، جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳۵. همو، مختلف الشیعة فی احکام الشریعة، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳۶. عیاشی، ابونصر محمد بن مسعود بن عیاش سلمی سمرقندی، تفسیر العیاشی، تهران، علمیه اسلامیة، ۱۳۸۳ ش.
۳۷. فیرحی، داود، جهانی شدن و مسئله تربیت؛ مجموعه مقالات جهانی شدن، تهران، پژوهشکده مطالعات راهبردی سازمان آموزش و پرورش تهران، ۱۳۸۲ ش.
۳۸. قاضی شریعت ناهی، ابوالفضل، بایسته های حقوق اساسی، تهران، میزان، ۱۳۸۴ ش.
۳۹. قدرتی، مهدیه، احکام فقهی حریم خصوصی در مناسبات و روابط اعضای خانواده، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه قم، ۱۳۹۶ ش.
۴۰. کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸ ش.
۴۱. همو، حقوق مدنی خانواده، تهران، آکنون، ۱۳۹۲ ش.
۴۲. همو، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۴۳. همو، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران، دادگستر، بی تا.
۴۴. کاشف الغطاء، محمدحسین بن علی بن محمدرضا، تحریر المجله، نجف اشرف، المكتبة المرتضوية، ۱۴۱۴ ق.
۴۵. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسة آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۵ ق.
۴۶. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، فروع الکافی، بیروت، دار التعارف، دار الصعب، ۱۴۱۵ ق.
۴۷. گرجی، ابوالقاسم، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۴ ش.
۴۸. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، بحار الانوار الجامعة لدرر اخبار الائمة اطهار (ع)، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۵ ق.

۴۹. محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، تهران، استقلال، ۱۴۰۹ ق.
۵۰. محقق داماد، سیدمصطفی، *بررسی فقهی حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۵ ش.
۵۱. همو، «شرط فرزندآوری و یا عدم آن»، *فصلنامه فقه پزشکی*، شماره ۲، بهار ۱۳۸۹ ش.
۵۲. محمدیان، بهرام و آسیه رحیمی، *نگاهی دیگر به حقوق فرزندان از دیدگاه اسلام*، چاپ چهارم، تهران، انجمن اولیاء و مربیان، ۱۳۹۰ ش.
۵۳. مغنیه، محمدجواد، *الفصول الشرعية علی مذهب الامامیه*، بیروت، بی نا، ۱۴۰۸ ق.
۵۴. مکارم شیرازی، ناصر، *احکام پزشکی*، گردآوری ابوالقاسم علیان‌نژادی، قم، مدرسه امام علی علیه السلام، ۱۴۲۹ ق.
۵۵. منصور، جهانگیر، *مجموعه قوانین و مقررات مربوط به خانواده*، تهران، دوران، ۱۳۹۵ ش.
۵۶. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیله*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۶۸ ش.
۵۷. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *مصباح الاصول*، قم، کتاب‌فروشی داوری، ۱۴۱۷ ق.
۵۸. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، *هدایة العباد*، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳ ق.
۵۹. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، *جامع الشتات فی اجوبة السؤالات*، چاپ سنگی، تهران، ۱۴۱۰ ق.
۶۰. میرزایی، علیرضا، *محشی قانون مدنی*، تهران، بهنامی، ۱۳۸۵ ش.
۶۱. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۸ ق.
۶۲. نراقی، ملااحمد بن محمد مهدی، *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۶۳. نظری توکلی، سعید، *حضانة کودکان در فقه اسلامی*، تهران، سمت، ۱۳۹۲ ش.
۶۴. نقیبی، سید ابوالقاسم، «حریم خصوصی در مناسبات و روابط اعضای خانواده»، *دوفصلنامه علمی - ترویجی فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)*، شماره ۵۲، بهار و تابستان ۱۳۸۹ ش.
۶۵. نقیبی، سید ابوالقاسم و سیدمحمدعلی صدر طباطبایی، «جایگاه توالد و تناسل در حقوق و اخلاق اسلامی»، *فصلنامه اخلاق زیستی*، سال پنجم، شماره ۱۷، پاییز ۱۳۹۴ ش.
۶۶. ون بورن، جرال‌الدین، *ایران و معیارهای بین‌المللی دادرسی نوجوانان (مجموعه سخنرانی‌های ارائه شده در کارگاه آموزشی دادرسی ویژه نوجوانان)*، تهران، صندوق کودکان سازمان ملل متحد، ۱۳۷۸ ش.