

## کاربرد انصاف در فقه خانواده

محمد اسحاقی\*، فریبا حاجیلی\*\*، زینب نفر\*\*\*

### چکیده

هدف مقاله حاضر، تبیین مفهوم و جایگاه انصاف به مانند قاعده‌ای برای شکل‌دهی به نظام حقوقی و قضایی از جمله در قوانین و آرای قضایی خانواده است. نوع پژوهش بنیادی و کاربردی در نظام قانون‌گذاری و قضایی است که با روش توصیفی-تحلیلی و استنباطی انجام می‌شود و داده‌ها با روش کتابخانه‌ای جمع‌آوری شده است. یافته‌ها نشان داد، انصاف صورتی خاص از عدالت است که وظیفه دارد، یک قاعده را که به مناسبت ماهیت کلی خود ناقص یا نارسا بوده، اصلاح کند. انصاف انعطاف داشته و خشکی و غلظت قانون را فرو می‌نشاند، آن را تکمیل یا تلطیف و با مقتضیات زمان و مکان منطبق می‌کند. انصاف به روح قانون تأکید دارد. در اندیشه‌ی حقوق مدرن مبتنی بر اراده‌ی دولتی، قاضی نمی‌تواند به بهانه‌ی رعایت انصاف، قلمرو حکمی یا موضوعی قانون را تغییر دهد. بنابراین براساس نظام حقوقی ایران و رویکرد عدالت مبتنی بر عقلانیت فطری، اگر محتوای قانون غیرمنصفانه باشد، قاضی در مقام تفسیر می‌تواند آن را با مؤلفه‌های اخلاقی مانند عدالت و انصاف منطبق کند. از این رو، به نظر می‌رسد قانون‌گذاران و دادرسان برای وضع و تفسیر قوانین به‌ویژه در نظام حقوقی خانواده می‌توانند توأمان از ظرفیت‌های انصاف بهره‌جویند. مصادیق و جلوه‌های انصاف را می‌توان در چالش‌برانگیزترین موضوعات خانواده از قبیل انصاف در اذن پدر در نکاح بالغ‌شده، انصاف در مهریه، انصاف در نفقه‌ی زوجه و... دردیابی کرد.

### واژگان کلیدی

انصاف، انصاف و قانون، کارکردها و کاربردهای انصاف، عدالت، حقوق خانواده، رأی منصفانه، فقه خانواده.

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

\*\* . دانشیار گروه فقه و حقوق اسلامی دانشگاه الزهراء، تهران، ایران (f.hajiali@alzahra.ac.ir)

\*\*\* . دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (zznafar@gmail.com)

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۵/۲۴ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۶/۲۵

## ۱- مقدمه و بیان مسئله

وقتی موضوعی مصادیق متعدد و کاربرد فراوان دارد، از یک طرف، این تعدد و فراوانی نشان از اهمیت آن موضوع دارد و از طرف دیگر، دقت در کاربردهای آن، هدف، فلسفه و مصلحت و مفسده‌ی موضوع در نظر شارع را روشن می‌کند. موضوع انصاف نیز این‌گونه است؛ چراکه بررسی ابواب فقهی نشان می‌دهد، رعایت انصاف نه تنها به عنوان رعایت اصول اخلاقی محسوب می‌شود، بلکه مبنای مصلحت و مفسده‌ی واقعی احکام فقهی در نظر شارع را نیز نشان می‌دهد. گرچه خداوند متعال و شارع مقدس در آفرینش هستی، جهان و انسان رعایت نهایت انصاف را کرده است، ولی رعایت انصاف از سوی بشر بیشتر معطوف و محدود به رعایت حقوق مالی و اخلاقی شده است. باین حال بررسی‌ها نشان می‌دهد، مفهوم و جایگاه انصاف در متون فقهی چندان روشن نشده و تنها در بعضی موارد به مصادیقی از آن اشاره شده است. بر این اساس، با توجه به اهمیت انصاف در روابط اجتماعی و حقوقی لازم است، کاربرد انصاف در گستره‌ی فقه بررسی شود. در این تحقیق سعی بر آن است تا با بررسی و تحلیل مصادیق فقهی انصاف در باب خانواده، این اصل اخلاقی از منظر فقهی و حقوقی تبیین شود تا ضمن بازشناسی و تفکیک آن از مفاهیم مشابه، نقش، جایگاه، کاربرد و کارکردهای انصاف روشن و نحوه‌ی به‌کارگیری آن در تنظیم قوانین و ضوابط حوزه‌ی خانواده و نیز در هنگام دادرسی مشخص شود. این پژوهش از نظر پرداختن به موضوعات اساسی و مبانی و گسترش مرزهای دانش، پژوهش بنیادی محسوب می‌شود. از سوی دیگر، با توجه به لزوم بازبینی قوانین در همه‌ی زمینه‌ها به طور عام و در حوزه‌ی خانواده به طور خاص و نیز توجه به انصاف در آراء و احکام قضایی پژوهشی کاربردی است که با روش توصیفی، تحلیلی و استنباطی انجام می‌شود و جمع‌آوری داده‌ها به روش کتابخانه‌ای است.

مهم‌ترین سؤالات پژوهش عبارت‌اند از: ماهیت انصاف از منظر فقهی و حقوقی چیست؟ انصاف چه مصادیقی در فقه و حقوق دارد؟ آثار انصاف از نظر فقهی و حقوقی چیست؟ تبیین نواقص، خلل موجود در موضوع رعایت انصاف و جایگاه آن در سیستم قضایی و نظام حقوقی کشور چگونه توصیف می‌شود؟

## ۲- تعریف مفاهیم

در این پژوهش واژه‌های متعددی به کار رفته است که در اینجا چند واژه‌ی اصلی تبیین می‌شود.

## ۱-۲- عدالت و انصاف

واژه‌ی «عدالت» یا اسم مصدر عدل و یا مصدر دوم از سه باب است: عدل (با فتح عین) یعدِلُ. عدل (با کسر عین) یعدِلُ، عدل (با ضم عین) یعدِلُ. در کتب لغت معمولاً برای کلمه‌ی عدل این معانی ذکر شده است: مساوات (اصفهانی، ۱۴۱۶: ۵۵۱؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق: ۴۳۲)، ضدجور (خوری اشرتونی لبنانی، ۱۳۷۴: ۴۹۴)، عدم افراط و تفریط (دهخدا، ۱۳۴۱: ۱۲۱)، دادگری (فراهیدی، ۱۴۰۹: ۳۸) و شریک قایل شدن و برابر گرفتن (خرم‌شاهی، ۱۳۷۷: ۱۴۴۲).

به نظر می‌رسد، عدالت در کلام شارع و حتی متشرعه، در همان معنای لغوی آن یعنی استقامت و استوا استعمال شده و اختلاف فقها تنها در متعلق آن است. یعنی هرگاه عدالت مطلق و بدون قرینه استعمال شود و قرینه‌ای در کار نباشد، اختلاف دارند که آیا متعلق آن صرف افعال و تروک است، یعنی استقامت و استوای فعلی است و یا متعلق آن کیفیت نفسانی است؟ دلیل استعمال عدالت در کلام شارع و متشرع در معنای لغوی این است که نقل از معنای لغوی مشکوک است و هنگام شک، اصل عدم نقل است (انصاری، ۱۴۱۴: ۵۵-۵۰). بنابراین عدالت حقیقت شرعیه ندارد؛ خواه برای عدالت فقهی حقیقت شرعیه یا متشرعه ثابت شود و خواه ثابت نشود.

## ۲-۲- انصاف

واژه‌ی انصاف، واژه‌ای عربی از ماده «نصف» است که به باب افعال رفته و متعدی شده است. انصاف واژه‌ای عربی به معنای «نیمه‌ی چیزی» است و «نیمه‌ی چیزی را گرفتن» است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۸۱۰). در متون فارسی، برای واژه‌ی «انصاف» این معنای بیان شده است: «داد دادن»، «عدل و داد کردن»، «راستی کردن»، «به نیمه رسیدن»، «نیمه‌ی چیزی گرفتن» و «میانه‌روی» (دهخدا، ۱۳۷۷: ۳۵۵۸).

کتاب‌های لغت در توضیح انصاف چنین آورده‌اند: «انصاف عبارت است از تقسیم چیزی به دو قسمت برابر، نصف آن را به دیگری دادن و نصف دیگر را گرفتن بدون هیچ‌زیادی و کمی» (عسکری، ۱۴۲۹: ۸۰).

انصاف به معنای اعطای حق نیز آمده است (زبیدی، ۱۴۱۴: ۵۰۰؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳۳۱). در کتب لغت آمده که منظور از معامله‌ی منصفانه این است که سود و منفعتی از طرف مقابل خود نگیرد، مگر اینکه به همان اندازه به او سود برساند و هیچ ضرری به طرف مقابلش نرساند، مگر اینکه او نیز همان مقدار ضرر کند (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۴۹۵). انصاف در لغت به معنای عادل و منصف، وجدانی و اخلاقی است. همچنین انصاف به معنی نصف کردن، برابر داشتن و عدالت کردن آمده

است (عمید، ۱۳۷۱: ۲۰۸). اگر همان‌گونه که خود را مستحق حق می‌داند، به دیگری حق بدهد، گویند او منصف است (زکریا، ۱۴۰۴: ۲۴۶). در واقع، تمامی این معانی به یک مفهوم بازمی‌گردد: «اعطاء تمام الحق». مؤید این مطلب آن است که از واژه‌ی نقیض آن «ظلم» اراده شده است (عسکری، ۱۴۲۹: ۱۷۲). ظلم در کتب اهل لغت به عنوان واژه‌ای در مقابل انصاف معرفی شده است. در مورد معنای اصطلاحی واژه‌ی انصاف باید گفت، با فحص کتب فقهی به این مهم پی برده می‌شود که به طور معمول در متون فقهی، انصاف به معنای عدالت یاد شده است (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵ ق: ۱۹۹؛ مصطفوی، ۱۴۲۵ ق: ۱۵۹).

### ۲-۳- فقه خانواده

فقه خانواده از مجموعه فقه‌های مضاف است که به استنباط احکام فقهی مربوط به تشکیل خانواده و روابط و حقوق و تکالیف متقابل اعضای خانواده (همسران، والدین و فرزندان) نسبت به همدیگر و انحلال خانواده از ادله‌ی تفصیلی می‌پردازد که در دانش فقه بیشتر با عنوان «فقه نکاح و طلاق» شناخته می‌شود. انصاف همه‌ی مراحل حیات و مامت خانواده از هنگام تکوین و تشکیل خانواده و در طول دوران زناشویی تا گسست و انحلال آن را دربرمی‌گیرد. موضوع انصاف آنگاه در هنگام جدایی و انحلال نکاح و وقوع طلاق اهمیت می‌یابد که غالب جدایی‌ها از روی کراهت و نارضایتی زوجین نسبت به همدیگر و انتخاب ناصواب رخ دهد و در نتیجه‌ی این امر، طرفین را بیشتر در معرض رعایت‌نکردن انصاف و فراتر از آن ظلم و رعایت‌نکردن عدالت قرار می‌دهد. در این مقاله تلاش می‌شود، برخی از مواردی که فقهای عظام آنها را مصادیق انصاف در فقه خانواده به کار برده‌اند، بررسی و تحلیل شود.

### ۳- انصاف در احکام خانواده

در یک بررسی جامع، موارد کاربرد انصاف در احکام مربوط به خانواده در سه عرصه‌ی حقوق مالی، حقوق غیرمالی و حقوق قضایی شناسایی شد که به شرح زیر تبیین می‌شوند.

#### ۳-۱- انصاف در احکام مرتبط با حقوق مالی زوجین

مصادیق انصاف در حقوق مالی زوجین مواردی همچون نفقه، مهریه، ارث و بخشش است که

به شرح زیر تبیین می‌شود.

## ۳-۱-۱- انصاف و قاعده‌ی نفی عسرو حرج در خودداری زوج از پرداخت نفقه

یکی از قواعد پرکاربرد در فقه و حقوق خانواده، قاعده‌ی نفی عسرو حرج است که از مصادیق مهم انصاف در فقه به شمار می‌آید. در فقه اسلامی طلاق جز در مواردی چون سوء معاشرت مرد، بیماری لاعلاج او، پرداخت نکردن نفقه و... در اختیار شوهر است که در مورد سوء معاشرت وجود عسرو حرج منطبق با عرف و شرایط زوجین سنجیده می‌شود و انصاف در این حالت خود اساس عرف محسوب می‌شود. در شرایطی که به دلیل وجود کینه و لجاجت و گاهی علاقه‌ی فراوان زوج نسبت به همسرش به زوجه ظلم شده و زوج به خاطر ایذاء و اذیت روحی از طلاق دادن زوجه امتناع می‌کند، به یقین رفتار زوج با اصول اخلاقی منافات داشته و از دایره‌ی انصاف خارج شده است. برخلاف اینکه شارع مقدس نفقه و مهریه را جزء حقوق زن برمی‌شمرد، در برخی موارد زوج از پرداخت نفقه و مهریه خودداری و استنکاف می‌کند. در این صورت، محاکم برای اثبات این ادعا از زوجه می‌خواهند شهودی غیر از اعضای خانواده را به دادگاه معرفی کند. این الزام، گاهی موجبات عسرو حرج و ناامنی اقتصادی و در نتیجه ظلم به زن را موجب می‌شود. در حالی که اصل انصاف حکم می‌کند، برای اقتناع و آسودگی وجدان و رعایت عدالت با در نظر داشتن شرایط جسمی، روحی-روانی و شرایط عرف مکانی و زمانی زوجین برای ایجاد صلح با رعایت انصاف تلاش شود. در غیر این صورت با رعایت تمامی جوانب و رعایت انصاف و برای رهایی از عسرو حرج نسبت به طلاق و مسائل بعد از طلاق تمام انصاف را به کار برد تا حقی پایمال نشود و زن در عسرو حرجی فراتر قرار نگیرد. براساس دستور شرع و قانون باید طلاق به دور از هر آزاری باشد و منطبق با عدالت و انصاف صدق و یا مهریه برای پشتوانه به ایشان پرداخت شود.

## ۳-۱-۲- انصاف در طلاق و ابراء ذمه‌ی زوجه از پرداخت نصف مهریه

چگونگی پرداخت، دریافت و بازپس‌گیری مهریه از سوی زوجین در اقسام طلاق متفاوت است. همان‌گونه که زن به مجرد عقد نکاح مستحق اخذ تمامی مهرالمسمی است، اختیار ابراء و بخشش آن را نیز دارد، لیکن در حالات مختلف طلاق - همچون طلاق خلع و مبارات - زوج حق بازپس‌گیری مهریه را در مقابل طلاق دارد که امروزه از آن به طلاق توافقی یاد می‌شود.

چنانچه زوجه قبل از نزدیکی ذمه‌ی زوج از مهریه را ابراء کرده باشد و بعد از آن طلاق محقق شود، مشهور فقها معتقد به بازگرداندن نیمی از مهریه‌ی اسقاط شده از سوی زوجه به زوج هستند (موسوی الخمینی، ۱۳۹۲: ۳۰۰؛ حلی (محقق)، ۱۳۷۷: ج ۲، ص ۲۷۳)؛ چراکه در نظر ایشان ابراء نوعی تصرف در مال بوده که به وسیله‌ی آن ماهیت مهریه معدوم شده است؛ بنابراین از این بابت اثری همچون تلف را دارد.

براساس قاعده‌ی انصاف، منصفانه نیست که زوج - به دلیل ابراء زوجه از مهریه‌ای که قبض نشده است- برای دریافت نیمی از مهریه به زوجه رجوع کند. فقهای امامیه و عامه در ثبوت یا نفی حکم موضوع فوق اختلاف نظر دارند.

در نظر فقها گویی زوجه مهریه را کامل دریافت کرده و از بین برده است؛ بنابراین اگر قبل از مجامعت طلاق انجام شود، زوجه ملزم به پرداخت و در اصل بازگرداندن نیمی از مهریه‌ی مورد نظر است. (موسوی الخمینی، ۱۳۹۲: ۳۰۰؛ مکی عاملی (شهید اول)، ۱۳۴۰: ۱۸۴؛ جبعی عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۰: ۳۵۸).

در مقابل، برخی دیگر از فقها -در پاسخ به استدلال صاحب جواهر- بازگرداندن نیمی از مهریه‌ی ابراء شده را مصداق ضرر محسوب کرده و این عمل را دور از انصاف می‌دانند. آیت‌الله مکارم شیرازی در این باره می‌فرماید:

این استدلال واقعاً قابل دفاع نیست، چون تصرف و اتلاف در صورتی است که به شخص ثالثی بدهد و اگر به زوج بدهد عرف نمی‌گوید که اتلاف کرده است و عرف رجوع زوج را به زوجه برای گرفتن نصف مهر، اضرار به زوجه می‌داند. به عبارت فنی‌تر اینکه اینجا صدق اتلاف و تصرف ناقل نمی‌کند، بلکه به آن برگرداندن می‌گویند پس عنوان «تلف علی الزوج» صادق نیست و عقلاً هم نمی‌پذیرند. «أضف إلی ذلک»: ابراء زوجه از این صورت که زوج او را طلاق می‌دهد منصرف است، چراکه زوجه ابراء کرده تا زوج با او زندگی کند یعنی داعیش این بود که ازدواج را محکم‌تر کند، نه اینکه ابراء کرده که او را اطلاق دهد، پس ابراء از صورت طلاق منصرف است و ناظر به صورت جدایی و طلاق نیست. بنابراین به‌طور خلاصه اگر دلیل عقلی را با تکلفات بتوان درست کرد، ولی دلیلی نیست که بتوان بر آن اعتماد کرد و اگر دلیل دیگری در مسئله نبود، فتوا دادن با کمک این دلیل ممکن نبود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ ق: ج ۶، ص ۷۳).

بنابراین برخی از فقها زوجه را به پرداخت نصف مهریه ملزم نمی‌دانند، زیرا زوجه بدون آنکه مهریه را از زوج دریافت کند، آن را به زوج بخشیده و زوج را ابراء کرده است؛ بنابراین در عالم واقع و در عمل مهریه‌ای دریافت نکرده تا نیمی از آن را بازگرداند. برای رعایت احتیاط روایت موجود را بر استحباب حمل می‌کند تا زوج نیم مهریه ابراء شده را دریافت نکند.

نتیجه آنکه در نظر عرف رأی دسته‌ی دوم از فقها با انصاف متناسب است. مؤلفه‌ی اساسی این حکم شرایط خاص بر حسب مورد و مقتضای حکم است که در موضوعاتی ثابت -به دلیل شرایط خاص آنها- به احکامی متفاوت منجر می‌شود (ربانی موسویان و نعیمی، ۱۳۹۷).

## ۳-۱-۳- انصاف در پرداخت نفقه‌ی مطلقه‌ی باردار

اسباب وجوب نفقه عبارت‌اند از: زوجیت، قرابت و تملیک. از آنجاکه این اسباب در زوجیه مطلقه نیست، ممکن است گمان شود زوجیه مطلقه حق نفقه ندارد، ولی آیا اگر زوج باردار باشد با توجه به ولایت ولی، باز هم زوج حق نفقه ندارد؟ فقها درباره‌ی مسئله‌ی نفقه‌ی زن حامل مطلقه بیان کرده‌اند، زن بارداری که از همسر خود جدا شده است، حتی اگر این جدایی از طریق طلاق بائن باشد، مرد باید تا هنگام زایمان به او جای دهد و نفقه‌اش را بپردازد (طلاق، ۶). این حکم مورد اتفاق است، البته در وجوب پرداخت نفقه برای خود او یا برای جنین او میان فقهای امامیه و عامه اختلاف نظر وجود دارد (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۲۵-۳۲۰؛ زحیلی، ۱۴۰۴: ۸۱۶ و ۸۱۷) که به دنبال همین امر متفرعاتی نیز بر آن جاری است.

فاضل هندی در کشف اللثام زن باردار را در زمان عده‌ی فسخ، مستحق نفقه شمرده است (اصفهانی، ۱۴۱۶ ق: ۸، ص ۱۶۴). قانون مدنی نیز بر همین نظر است؛ چراکه ظاهر عبارت «... مگر در صورت حمل از شوهر خود که در این صورت تا زمان وضع حمل حق نفقه خواهد داشت» مذکور در ماده ۱۱۰۹ قانون مدنی، استثنا از عبارت «لیکن اگر عده از جهت فسخ نکاح یا طلاق بائن باشد زن حق نفقه ندارد...» است؛ بنابراین زن در مدت حمل چه در عده‌ی طلاق بائن و چه در عده‌ی فسخ مستحق نفقه است. استثناء قراردادن جمله‌ی «مگر در صورت حمل از شوهر خود که در این صورت تا زمان وضع حمل حق نفقه خواهد داشت» (موسوی الخیمینی، بی تا، ۳۱۴). از عده‌ی طلاق بائن دور از ظاهر عبارت و دور از انصاف قضایی و تحقیق علمی است که از عده‌ی وفات در زن حامل به عمل آمده است (ربانی موسویان و نعیمی، ۱۳۹۷).

از نظر قضایی متابعت با قول مشهور مفروض است، زیرا با توجه به ظاهر ماده ۱۱۰۹ قانون مدنی که زوج را به پرداخت نفقه به زوجیه حامل در مدت عده‌ی طلاق مکلف می‌کند، حکم نفقه‌ی زن حامل و غیر حامل در مدت عده است (امامی، ۱۳۸۶: ۴۳ و ۴۴).

بررسی متون فقهی مذاهب اسلامی نشان می‌دهد، نفقه به دلیل وجود جنین به زن تعلق می‌گیرد و این نفقه به عنوان هزینه‌های دوران حمل و بهره‌مندی زن برای رشدونمو جنین است. با توجه به اینکه رحم زن جایگاه رشدونمو و تغذیه‌ی جنین است و پس از جداشدن جنین از رحم، آثار حمل و وضع آن تا مدت‌ها باقی می‌ماند و در برخی موارد، مادر متحمل صدمات روانی و جسمانی جبران‌ناپذیری می‌شود، انصاف آن است که نفقه و مخارج مراقبت و نگهداری از مادر - که پس از تولد جنین نادیده انگاشته شده است - در چارچوب انصاف تأمین شود؛ به‌ویژه در طلاق



خلع و مبارات که زن از منافع مالی خود گذشته است. در نهایت، با توجه به تأکید آیات و روایات بر کرامت انسانی و تکریم جایگاه مادری به دور از انصاف است که زن از اخذ نفقه محروم شود.

### ۳-۱-۴- انصاف در پرداخت نفقه‌ی زن باردار در صورت فوت زوج

فتوای فقهای امامیه مبنی بر وجوب پرداخت نفقه‌ی زوجی حامل - در صورت تعلق - نفقه به جنین است. سؤال این است که آیا زن بارداری که زوج او فوت شده است، نیز مستحق اخذ نفقه هست یا خیر؟ جایگاه و نقش و تأثیر انصاف در این مورد چگونه خواهد بود؟ در مورد این مسئله، فقها و حقوق دانان نظرات مختلفی دارند. از میان قدما، شیخ مفید و شیخ طوسی بر نفی نفقه برای زن حامل از اصل ماترک قائل‌اند و معتقدند که نفقه در صورت نیاز زوجه از سهم الارث جنین پرداخت می‌شود (مفید، ۱۴۱۳: ۵۰؛ طوسی، ۱۳۸۷: ق: ۶، ص ۲۵). در پی آن فتوای مشهور و چه بسا اتفاق فقهای امامیه و اهل سنت بر واجب نبودن نفقه است (نجفی، ۱۴۰۴: صص ۳۲۷-۳۲۵). در صورت فوت زوج، مدت عده نیز ابعداجلین است. البته قائلین به وجوب ایفای نفقه در چگونگی پرداخت آن، اختلاف نظر دارند؛ بدین گونه که نفقه از اصل ماترک یا سهم خود جنین و یا اینکه برعهده‌ی خود زوجه (مادر) در صورت توانایی است و در صورت ناتوانی برعهده‌ی اقارب است. صاحب جواهر نیز این اختلاف را تبیین کرده است (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۳، صص ۳۲۷-۳۲۳) که نفقه به حمل و جنین تعلق دارد یا متعلق به مادر است.

دیدگاه‌های حقوق دانان نیز در این موضوع مختلف است؛ برای نمونه مرحوم امامی زن باردار را که زوج وی فوت کرده است - بنا بر اطلاق و عمل بر اساس عدالت و انصاف - واجب‌النفقه محسوب می‌کند (امامی، ۱۳۸۶: ج ۵، ص ۹۶؛ همو: ج ۴، ص ۴۴۰). در مقابل، مرحوم کاتوزیان معتقد است:

اگر کسی از اطلاق ماده ۱۱۰۹ ق.م که نفقه‌ی مطلقه‌ی رجعیه را برعهده‌ی شوهر نهاده است، استفاده کند که پس در صورت فوت شوهر در زمان عده نیز نفقه‌ی بقیه‌ی مدت برعهده‌ی ورثه متوفی است، این گونه نیست، زیرا این ماده چنین اطلاقی ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ج ۱، ص ۱۹۷).

از طرف دیگر، استدلال مرحوم امامی به عدالت و انصاف نیز مخدوش است؛ چراکه به دور از عدالت است که به بیوه سهم‌الارث از ماترکی پرداخت شود که شاید سهم صغیر نیز در آن باشد، حتی اگر فرض شود که زوجه هیچ سهمی از ارث نداشته که کفایت نفقه‌ی دوران عده را کند و این شاید بدین سبب باشد که هنوز بین مالک قبلی فوت شده با ماترک رابطه برقرار می‌کنند که اقتضای بقای زوجیت را داشته باشد و از آن جهت به زوجه نفقه تعلق بگیرد؛ درحالی که پس از



فوت دیگر مالک نیست و به واقع این انتقال انجام شده است و در صورت نیاز زن نباید به انفاق اجباری از مال وراثت اندیشید؛ بنابراین این مورد با قاعده‌ی احترام و اکرام مؤمن در تزامم قرار می‌گیرد که به یقین در نظر گرفتن شرایط خاص و رضایت مالکین و رعایت انصاف به یافتن راهکار جدیدی نیاز دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ج ۱، ص ۱۹۷).

به نظر می‌رسد، وجوب نفقه برای زن از سهم‌الارث جنین اوست. حال اگر جنین سهم‌الارث مکفی نداشته باشد و یا اگر سهم‌الارثی هم داشته باشد، به نظر ایجاد تفاوتی است بین او و فرزندان که زوج برای پرورش آنها هزینه کرده است. در این صورت به یقین از سهم‌الارث جنین کاسته خواهد شد. از طرفی دیگر، این هزینه تا زمان تولد جنین است، درحالی‌که زن باردار با توجه به شرایط وخیم روحی به مراقبت نیاز دارد؛ حال اگر حق نفقه‌ای نباشد و از طرفی اقاربی هم وجود نداشته باشد، این مخارج برعهده‌ی چه کسی است؟ شاید پاسخ این باشد که زوجه از حق مهریه‌ی خود و میزان سهم‌الارث خود استفاده کند، لیکن اگر مهریه‌ی زوجه کم باشد و ماترک زوج هم کفاف هزینه‌های بسیار گزاف امروز جامعه را ندهد، چه باید کرد؟!

بنابراین انصاف در این مسئله جلوه‌ی ویژه‌ای خواهد داشت و در صورت قائل شدن به حکومت انصاف، می‌توان انصاف مدنظر مرحوم امامی را قبول کرده و هزینه‌ها را از اصل مال زوج محاسبه کرده و از باب تکریم انسانی و انصاف، نفقه‌ی زن را تا پایان دوره‌ی شیردهی ادامه داد.

### ۳-۱-۵- انصاف در تقسیم ارث و بخشش

گاهی موصی در تقسیم ارث فردی را از ارث محروم کرده و یا آنکه از باب رعایت عدالت - به دلیل محروم بودن - به وارثی بیش از دیگران می‌بخشد که عمل وی نیز به اجازه‌ی باقی وراثت نیاز ندارد و با اعمال توضیح و تفسیر مانع از اختلاف بین وراثت می‌شود، ولیکن گاهی نیز موصی به دلیل برخی مسائل از انصاف به دور شده و به برخی بیش از برخی دیگر وصیت می‌کند که چنین امری موجب اختلاف خواهد شد؛ بنابراین «رعایت انصاف لازم است تا موجب اختلاف و مشاجره بین آنها نشود» (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۷: ۲۷۸).

### ۳-۲- انصاف در احکام مرتبط با حقوق غیرمالی زوجین

چنانکه گفته شد، برای انصاف در بخش‌های مختلف احکام خانواده مصادیق مختلفی شناسایی شد که در این بخش به احکام مربوط به حقوق غیر مالی پرداخته می‌شود.

## ۳-۲-۱- انصاف در هنگام خواستگاری

موضوع عفاف و حجاب از موضوعاتی است که همه‌ی ادیان الهی و به‌خصوص دین اسلام بر آن تأکید کرده‌اند. از مقایسه‌ی دو واژه‌ی حجاب و عفاف معلوم می‌شود که هر دو در اصل معنای منع و جدایی مشترک‌اند. با این تفاوت که منع و بازدارندگی در حجاب مربوط به ظاهر است، ولی در عفت مربوط به باطن و برخاسته از درون است (اسحاقی و هادوی فر، ۱۳۹۷: ۲۷۵). در احکام و دستورات اسلامی علاوه بر تأکید بر رعایت عفاف و حجاب با ناقضان آن هم برخورد می‌شود. عفاف و حجاب هم در اعضا و جوارح<sup>۱</sup> هم در گفتار<sup>۲</sup> و هم در پوشش بدن<sup>۳</sup> مطرح شده است. کمترین میزان رعایت حجاب، همان خمار<sup>۴</sup> (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۲۹۸) و بیشترین میزان رعایت آن جلیباب<sup>۵</sup> (زمخشری، ۱۳۵۲: ۵۵۹) است. از سویی، برای انتخاب همسر، شناخت طرفین نسبت به همدیگر اهمیت بسیاری دارد و در استحکام و پایداری خانواده مؤثر است. به همین خاطر پوشش زن و نگاه طرفین به یکدیگر نقش مهمی در ایجاد شناخت دارد. باین‌حال، هر چند در روایتی از امام علی (ع) به طور کلی تأکید بر پوشیدن لباس ضخیم و نهی از پوشیدن لباس نازک شده است<sup>۶</sup>، ولی در روایتی دیگر از امام صادق (ع) نگاه طرفین به همدیگر و پوشیدن لباس نازک توسط زن به هنگام خواستگاری مجاز شمرده شده است (حرّ عاملی، بی‌تا: ۸۸ و ۸۹). از امام صادق (ع) سؤال می‌شود که مردی می‌خواهد با زنی ازدواج کند. آیا نگاه کردن او به زن جایز است؟ حضرت می‌فرماید: «نعم و ترقّق له الثیاب...» در مورد «ترقّق له الثیاب» و «لباس رقیق» که آیا لباس بدن نما باشد، همچون البسه‌ی حریر که مشاهده‌ی بدن امکان‌پذیر باشد و حجم بدن را نشان می‌دهد، دو نظر وجود دارد که قاعده‌ی انصاف در انتخاب نظر صحیح ورود پیدا می‌کند:

آیت‌الله مکارم شیرازی قاعده‌ی انصاف را در باب حجاب چنین تفسیر می‌کند:

معنی دوم بهتر است چون در صدر اسلام لباس رقیق به آن معنا در بین مسلمین معمول نبوده است. اگر شک هم کنیم که اولی مراد است یا دومی، قدر متیقّن و مطابق احتیاط دومی است، چون اصل در مسئله هم حرمت است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۷۴).

۱- «قُلِ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ وَ...» (نور، ۳۰).  
 ۲- «يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ لَسْتُنَّ كَأَحَدٍ مِنَ النِّسَاءِ إِنْ اتَّقَيْتُنَّ فَلَا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ وَقُلْنَ قَوْلًا مَعْرُوفًا» (احزاب، ۳۲).  
 ۳- «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأَزْوَاجِكُمْ وَبَنَاتِكُمْ وَنِسَاءَ الْمُؤْمِنِينَ يُدْنِينَ عَلَيْهِنَّ مِنْ جَلَابِيبِهِنَّ ذَلِكَ آدْنَىٰ أَنْ يَعْرِفْنَ فَلَا يُؤْذِينَ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا» (احزاب، ۵۹).  
 ۴- خمر جمع خمار است و الخمار ثوب تغطی به المراه اسماء: خمار لباسی است که زن سر خود را با آن می‌پوشاند را بیان نموده است.  
 ۵- جلیباب در سوره احزاب: «الرِّدَاءُ الَّذِي سِيْتَهُ مِنْ فَوْقِ الْإِلَى اسْفَلِ: ردایی است که سراسر بدن را از بالا تا پایین می‌پوشاند.  
 ۶- «عَلَيْكُمْ بِالصَّفِيقِ مِنَ الثِّيَابِ فَإِنَّهُ مِنْ رِقِّ ثَوْبِهِ رِقٌّ دِينُهُ؟» مجلسی، محمد باقر، بحار الانوار، ج ۱۰، ص ۱۰۲.

موضوع بعدی جواز نگاه هنگام خواستگاری است. سؤال مطرح این است که با توجه به اهمیت رعایت عفاف و حجاب از منظر شریعت و معارف اسلامی آیا در باب خواستگاری از زن لازم است ستر نگاه نیز انجام شود؟ آیا فقط مرد مجاز به دیدن زن است و یا آنکه نظر زن به مرد نیز مجاز است؟ در این مورد برخی از فقها معتقدند:

انصاف ایجاب می‌کند که نگاه زن به مرد نیز جایز است، چون عتت به «بشتریها باغلی الثمن» منحصر نیست، بلکه عتت این است که می‌خواهد شریک زندگی انتخاب کند و توافق است و توافق منحصر به مرد نیست و در زن هم هست، به‌خصوص که زن حق طلاق ندارد و این امکان تنها برای زوج محقق است؛ لذا از قرائن موجود در روایات الغای خصوصیت عرفی می‌کنیم و قرائن موجود و بعضی تعبیر روایات به زن هم اجازه می‌دهد که به میزان متعارف ببیند، اگر کسی هم در حالت عادی نظر زن را به مرد اجازه ندهد بعید نیست که در مقام خواستگاری اجازه دهد، شیخ انصاری نیز فرقی بین زوج و زوجه نمی‌گذارد (مکارم، ۱۴۲۴: ۷۴).

۱۳۱

نتیجه آنکه، هرچند عفاف و پوشش از احکام قطعی اسلام است، در نکاح و هنگام خواستگاری و لزوم شناخت متقابل و از باب انصاف برای رعایت حقوق زوجین تملطیف در حجاب و ستر مجاز شمرده می‌شود.

### ۲-۲-۲- انصاف در بهره‌مندی از حق سرپرستی خانواده

مطابق آیه‌ی ۳۴ سوره‌ی نساء<sup>۱</sup> در حقوق خانواده سرپرستی و ریاست زن برعهده‌ی مرد نهاده شده است؛ هرچند نوع ریاست و دلایل و موارد آن در نظر فقها متفاوت است. منطبق با آیه‌ی فوق، چهار موضوع ریاست مرد در خانواده (ماده ۱۱۰۵ ق.م.)، تعیین حق مسکن (ماده ۱۱۱۴ ق.م.)، منع نمودن از اشتغال منافی با مصالح خانواده (ماده ۱۱۱۷ ق.م.) و تابعیت اقامتگاه زوجه از زوج (ماده ۱۰۰۵ ق.م.) از قوامیت مرد بر زن نشئت می‌گیرد.

در فقه اسلامی، با ثبوت حق برای هریک از طرفین، صاحب حق می‌تواند در برخی شرایط آن حق را اعمال کند. در این شرایط، لزوم برخورداری از حقوق عادلانه برای هریک از زوجین حکمی منصفانه را اقتضا می‌کند. براین اساس، اعمال حق ریاست و قیمومیت مرد بر زن در خانواده نباید موجب سوءاستفاده وی و ضرررساندن به دیگری شود.

۱- الرَّجَالُ قَوَامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْمَغِيبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنِ اطَّعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا.

بنابراین طبق آیهی مورد نظر و ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی - که ناظر بر قوامیت مرد بر زن است - این اختیار به مرد داده شده که زن را از شغلی که با منافع خود یا خانواده منافات دارد، منصرف کند. در بعضی مواقع، زوج پیش از ازدواج موافقت ضمنی یا شفاهی خود با شرط اشتغال زن را اعلام می‌کند، اما بعد از عقد به هر دلیلی مانع از اشتغال زوجه می‌شود. به نظر می‌رسد، این طرز رفتار از سوی زوج از یک طرف نوعی سوء استفاده از حق ریاست بر خانواده و مخالف با «وفو بالعهد» است و موجب دوری از انصاف و عدالت و عدم ایفای تعهد خواهد بود و از طرف دیگر، می‌تواند موجب فوت موقعیت‌های ارزشمندی که زوجه در طول زمان کسب کرده، شده و دلسردی عاطفی میان زوجین حاصل شود.

قرآن کریم - که مهم‌ترین منبع استنباط احکام در فقه خانواده است - در آیهی ۳۲ سوره مبارک نساء،<sup>۱</sup> برای زنان حقوق و بهره‌ای معادل با مردان با رعایت کامل انصاف و عدالت در نظر گرفته و به دنبال آن در آیهی ۳۵ همین سوره،<sup>۲</sup> مردان را به پرداخت نفقه و مهریه موظف کرده است. بدون شک چنین بیانی از جانب شارع، بیانگر این مطلب است که زنان مالک نفقه و مهریه بوده و می‌توانند از این اموال در فعالیت‌های اقتصادی و مالی استفاده کرده و همچون مردان از فعالیت‌های اقتصادی و اجتماعی غیرمنافی با منافع و مصلحت‌های فردی و خانوادگی بهره‌برند؛ چراکه منطبق با آیهی ۱۰ سوره جمعه<sup>۳</sup> و آیهی ۶۱ سوره هود<sup>۴</sup> زنان همچون مردان مخاطب آبادسازی و اشتغال واقع شده‌اند.

لازم به ذکر است که تعداد بسیاری از فقهای متأخر در پاسخ به استفتائات مختلف درباره‌ی اشتغال زنان، مردان را به قبول آن مکلف کرده‌اند و در صورت پای‌بند نبودن زوج به اشتغال در شرط ضمن عقد نکاح این اختیار را به زوجه می‌دهند که زوج را به قبول شرط ملزم کند، هرچند زوجه اختیار فسخ نکاح را ندارد. (بهجت، ۵: ۱۳۸۶؛ ج ۴، ص ۳۰، م ۴۶۵۳؛ موسوی الخمینی، ۱۳۹۲: ۳۵۸؛ همو، ۱۳۹۸: س ۲۹؛ مکارم شیرازی، ۱۳۸۱: ۱۵۰). همچنین کارکردن زن در بیرون منزل اگر منافی با حقوق زناشویی شوهر نباشد با حفظ حجاب اشکال ندارد (موسوی الخمینی، ۱۴۲۲ ق: ۳۵۸).

۱- وَلَا تَمْنُوا مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَبْنَا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَبْنَا وَاسْأَلُوا اللَّهَ مِنْ فَضْلِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا.

۲- وَإِنْ حَفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ بَرِدَا إِصْلَاحًا يَوْفِقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا.

۳- فَإِذَا قَضَيْتَ الصَّلَاةَ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَادْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ.

۴- وَ إِلَيَّ تُمُودُ أُمَّهَاتِهِمْ صَالِحًا قَالَ يَا قَوْمِ اعْبُدُوا اللَّهَ مَا لَكُمْ مِنْ إِلَهٍ غَيْرُهُ هُوَ أَنشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا فَاسْتَغْفِرُوهُ ثُمَّ تَوْبُوا إِلَيْهِ إِنَّ رَبِّي قَرِيبٌ مُجِيبٌ.

۵- اگر هنگام زوج شرايطی قبول کند، ولی بعد از ازدواج از شرط خود تخلف کند، چه حکمی دارد؟ ج. اگر شرط صحیح و نافذ بوده، تخلف از آن حرمت تکلیفی دارد و قابل الزام است، اما حق فسخ نمی‌آورد.

ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی زوجین را به وفای به شروط ضمن عقد ملزم می‌داند که هرگونه شرط غیرمتعارض با شرع را شامل می‌شود.

نتیجه آنکه لازم است، قاضی با در نظر گرفتن مقتضیات زمان و مکان و مصلحت استحکام بنیان خانواده، اعمال حق ریاست زوج را که با عدالت قضایی منطبق است، به جهت تقدم مقوله‌ی انصاف منتفی سازد؛ بنابراین قاضی فقط در چنین مواقعی با احتساب شرایط و مصالح و ابعاد و حالات مسئله، استفاده از حقی که باعث اضرار به دیگری است را نوعی آزار وجدان عمومی و عرفی شمرده و اجرای آن را در چنین شرایطی غیرمنصفانه تلقی می‌کند.

### ۳-۲-۳- انصاف و قاعده‌ی نفی عسرو حرج در نشوز زوج

نشوز جمع کلمه‌ی «نشز» به معنای زمین مرتفع است (ابن منظور، ۱۴۱۴ ق: ۴۱۷؛ جوهری، ۱۴۱۰: ج ۳، ص ۸۹۹؛ زبیدی، ۱۴۱۴: ج ۸، ص ۱۵۹). در اصطلاح فقهی به معنای «امتناع و سرکشی هر کدام از زوجین از وظایف واجبی است که نسبت به یکدیگر در وظایف زناشویی خود دارند» (خوانساری، ۱۴۰۵: ج ۴، ص ۴۳۴).

امام خمینی (ره) برای مردان هم قائل به نشوز است و چنین می‌نویسد:

همچنان که زن ناشزه می‌شود به ترک طاعت شوهرش، مرد هم ناشزه می‌شود به اینکه حقوقی باید بپردازد، مثل نان دادن و لباس پوشانیدن و با او نزدیکی کردن و غیر اینها و اگر نپردازد و خلاف کند، در این صورت زن می‌تواند مطالبه کند حق خودش را و موعظه و نصیحت کند شوهرش را و چنانچه فایده‌ای نبخشید، می‌تواند داد خودش را از حاکم شرع و مجتهد وقت بخواهد (موسوی الخمینی، ۱۴۲۲ ق: ۳۸۰).

منطبق با گفتار فوق، وظایف واجبی که انجامش مانع از نشوز زوج و ترک آنها موجب نشوز وی می‌شود، عبارت‌اند از: حق نفقه، حق قسم در صورت تعدد زوجات، حسن معاشرت و مواقعه. گفتنی است، در صورت ترک هر یک از این موارد، زوج ناشز خواهد شد. علاوه بر موارد فوق، از چند دهه‌ی قبل در هنگام عقد نیز شروطی برای تضمین حقوق زن در نظر گرفته می‌شود.

غیبت طولانی و بدون اطلاع و هماهنگی با زوجه می‌تواند موجب عسرو حرج مالی و غیرمالی برای زوجه شود. برخی از فقها همچون علامه حلی و شهید ثانی تنها به جنبه‌ی عسرو حرج مالی و حقوقی غیبت زوجه توجه داشتند (حلی، ۱۳۸۷: ج ۳، ص ۲۵۳؛ جبعی عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۰ ق: ج ۵، ص ۶۵). براساس نظر مشهور فقهای امامیه، در غیبت طولانی زوج از هنگام رجوع زوجه به حاکم تا چهار سال در چهار سمت برای یافتن زوج تفحص می‌شود و اگر کسی نبود که نفقه‌ی زوجه را

بپردازد، زوجه حق طلاق با عده‌ی وفات را دارد. ملاحظه می‌شود که تنها به وجه عسروخرج مالی غیبت زوج توجه و نسبت به حقوق عاطفی و جنسی زوجه غفلت شده است. درحالی‌که انصاف اقتضا می‌کند که با توجه به پیشرفت وسایل ارتباط جمعی، مناسب است هم مدت چهار سال کاهش یابد و هم به جنبه‌های غیرمالی عسروخرج و حقوق جنسی و عاطفی زوجین - که مبنای نکاح است - توجه شود. نخستین فردی که به حقوق عاطفی و جنسی زنان در صورت عدم تمکن زوج حاضر، از پرداخت نفقه و یا مفقود بودن زوج دقت داشته است، علامه طباطبایی یزدی است که ذیل مسئله ۱۳ چنین بیان می‌کند:

إذا لم يمكن إعمال کیفیات المذكورة فی تخلص زوجته لمانع من الموانع... لا یبعد جواز طلاقها للحاکم الشرعی مع مطالبتها و عدم صبرها، ... لقاعدة نفی الحرج و الضرر، خصوصا إذا كانت شابة و استلزم صبرها طول عمرها و وقوعها فی مشقة شديدة، و لما يمكن أن یستفاد من بعض الأخبار (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ج ۱، ص ۷۵).

امام خمینی (ره) نیز در تأیید نظر علامه طباطبایی یزدی ملاک عسروخرج عاطفی و نیز احتمال فساد را بیان می‌کند:

در صورتی‌که زوجه برای نداشتن شوهر در حرج است - نه از جهت نفقه - به‌طوری‌که در صبر کردن در معرضیت فساد است، حاکم پس از یأس، قبل از مضي مدت چهار سال می‌تواند طلاق دهد، بلکه اگر در مدت مذکور نیز در معرض فساد است و رجوع به حاکم نکرده است جواز طلاق برای حاکم بعید نیست در صورت یأس (موسوی خمینی، ۱۴۲۲: ج ۳، ص ۱۴۵).

با توجه به ملاک قراردادن قاعده‌ی عسروخرج و قاعده‌ی لاضرر و نیز در نظر گرفتن مبنای انصاف و رعایت عدالت در حقوق زنان علاوه بر دو قاعده‌ی اولیه، انصاف را می‌توان اساس دو قاعده محسوب کرد و در راستای لزوم رعایت انصاف - که زیربنای تمامی احکام اسلامی است - حکم به مدت زمان چهار سال تفحص از زوج را به نسبت گسترش وسایل ارتباطی برای فحش و جست‌وجو از حال زوج تقلیل داده و با توجه به رعایت حال روحی و عاطفی زوجه و نیز تمایل خود او به صبر کردن یا صبر نکردن با درخواست زوجه و پذیرش حاکم وی را طلاق داد.

۱ - «اگر اعمال کیفیات مذکور، در رهایی زوجه به‌خاطر وجود مانعی ممکن نباشد، در صورتی‌که زوجه مطالبه‌ی طلاق کند و نتواند تحمل و صبر کند، در این صورت بعید نیست که به‌خاطر قاعده‌ی نفی حرج و ضرر و نیز مستفاد از بعضی از اخبار، طلاق زوجه بر حاکم شرع جایز باشد. به‌خصوص اگر زوجه جوان باشد و صبر او در دوران زندگی مستلزم قرار گرفتن در مشقت و سختی شدید باشد.»

حال اگر غیبت زوج عامدانه نباشد، مانند اینکه زوج در اثر ارتکاب عمدی یا غیرعمدی رفتاری به حکم قانون محبوس شود، باز هم زوجه می‌تواند اقدام به طلاق کند. این امر در قانون نیز پیش‌بینی شده است که اگر زوج به پنج سال حبس محکوم شود، زوجه می‌تواند درخواست طلاق دهد.

### ۳-۲-۴- انصاف در زمان طلاق

رعایت انصاف در طلاق بسیار پرکاربرد است، زیرا هم اصل طلاق و جدایی و هم نحوه‌ی رفتار زوج حین طلاق می‌تواند زن را در معرض آسیب‌ها و ناملایمات زیادی قرار دهد. به همین خاطر، رعایت انصاف بیش از سایر مواقع ضرورت می‌یابد. هرچند به موجب قاعده‌ی «الطلاق بید من اخذ بالساق»، زوج صیغه‌ی طلاق را جاری می‌کند، این حق نباید موجب ظلم و تعدی به زن و رعایت نکردن انصاف به‌هنگام طلاق باشد؛ زیرا لفظ معروف که دلالت بر نیکی، احسان و انصاف دارد، فراتر از عدالت است و خداوند حکیم فراتر از رعایت عدالت زوج را به رعایت معروف در هنگام طلاق فرا می‌خواند؛ برای نمونه در آیه‌ی ۲۳۱ سوره‌ی بقره خداوند می‌فرماید: «و اذا طلقتم النساء... فامسکوهن بمعروف»؛ با این مفهوم که بعد از طلاق و اتمام دوره‌ی عده یا به خوبی نگاهشان دارید و یا به خوبی طلاق دهید و آزادشان کنید و آنها را نگاه ندارید تا اذیت و آزار شوند و به حقوق آنها تجاوز شود. بدیهی است این‌گونه رفتار دور از انصاف و عین ستمگری است. همچنین در آیه‌ی ۲۲۹ سوره‌ی بقره، زوج را به «تسریح به احسان» و در آیه‌ی ۴۹ سوره‌ی احزاب به «سراح جمیل» الزام کرده است. خداوند در آیه‌ی ۴۹ سوره‌ی احزاب نیز در انتهای آیه‌ی طلاق می‌فرماید:

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عَدَةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَنْعُوهُنَّ وَسِرَّوَهُنَّ سِرًّا جَمِيلًا»؛ «ای مردان با ایمان، هرگاه زنان مؤمن را به عقد خود درآورده و پیش از آنکه با آنها نزدیکی کنید طلاقشان دادید، از شما ننگه داشتن عده بر آنها نیست، پس آنها را به چیزی بهره‌مند و به نیکی رها سازید».

در این آیه نیز به احسان امر شده است که مفهومی فراتر از انصاف دارد. انصاف در نظر گرفتن وجدان است؛ به‌طوری‌که وجدان آدمی از عملکرد خویش اقناع شود، زیرا زوجه در آستانه‌ی طلاق عوارض و مشکلات روحی و روانی فراوانی دارد و به تبع این ملال، خداوند زوج را به نیکی و انصاف امر می‌کند.

### ۳-۲-۵- انصاف در حق قسم

حق قسم از جمله حقوقی است که برای زوجه معین شده است. زمانی که زوج حاضر است، باید حداقل یک شب از چهار شب را در هفته به همسر خود اختصاص دهد. آنچه با عنوان قسم



برعهده‌ی شوهر است، صرفاً نزدیکی نیست، بلکه مضاجعت به معنای داشتن بستری واحد است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۱۴۸؛ موسوی الخمینی، بی تا: ج ۲، ص ۳۰۴). اگر مردی چند همسر داشته باشد، رعایت عدالت و انصاف در بین ایشان ضروری است. عاملی نخستین فردی است که به رعایت عدل و انصاف در خصوص حق قسم قائل بود. وی در کتاب نه‌پایه بیان کرده، باید تقسیم لیبالی با رعایت انصاف انجام شود (عاملی، ۱۴۱۱: ۴۲۰). بعد از ایشان، شیخ یوسف بحرانی دلیل استحباب مساوات بین همسران در انفاق، حسن معاشرت، روابط زناشویی و طلاق را رعایت انصاف می‌داند و در همراهی کردن زوجه یا زوجات در سفر با زوج، قرعه بین زوجات را ممدوح و مطابق با عدل و انصاف می‌شمارد (بحرانی، ۱۴۰۵ق: ج ۲۵، ص ۴۱۰)؛ بنابراین لزوم رعایت انصاف اقتضا می‌کند که در صورت تعدد زوجات، انصاف را در حقوق ایشان رعایت کند تا به نتیجه‌ی عدالت اسلامی و به رضای الهی برسد.

#### ۴- انصاف در عرصه‌ی حقوقی و قضایی خانواده

مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران:

قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.

بر این اساس، قاضی علاوه بر تفسیر قوانین - که به تفسیر قضایی مشهور است - می‌تواند برای کشف حکم - چه در امور مدنی و تعیین مسئولیت مدنی و چه در امور جزایی و تعیین مسئولیت جزایی - دست به اجتهاد هم بزند و از طرف دیگر، در قاعده‌سازی و تعیین رویه‌های الزام‌آور یعنی آراء وحدت رویه نیز نقش‌آفرینی کند. در این میان، رعایت انصاف در هنگام صدور حکم نیز جایگاه و موضوعیت پیدا می‌کند که برای نمونه به یک مورد اشاره می‌شود.

توجه به انصاف در عدم پذیرش درخواست مطالبه‌ی نفقه‌ی زوجه در چارچوب تفسیر قضایی از ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی: یکی از حقوق مالی زوجه در نکاح دائم، حق مطالبه‌ی نفقه از شوهر است (ماده ۱۱۰۶ ق.م) و استحقاق زوجه به نفقه منوط به تمکین از شوهر است. ماده ۱۱۰۸ ق.م در این خصوص بیان می‌کند: «هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند، مستحق نفقه نخواهد بود». در این خصوص استثنائاتی وجود دارد؛ از جمله مواردی که زن می‌تواند بدون تمکین از شوهر از او نفقه بخواهد، استفاده از حق حبس است. ماده ۱۰۸۵ ق.م بیان می‌کند:

زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند، مشروط بر اینکه مهر او حال باشد و این امتناع مسقط حق نفقه نخواهد بود.

ماده ۱۰۸۶ همین قانون نیز بیان می‌کند:

اگر زن قبل از اخذ مهر به اختیار خود به ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد، قیام نمود، دیگر نمی‌تواند از حکم ماده قبل استفاده کند. مع ذلک حقی که برای مطالبه‌ی مهر دارد، ساقط نخواهد شد.

نتیجه اینکه زن می‌تواند انجام وظایف زوجیت را به دریافت مهریه منوط کند و تا مهر به او پرداخت نشده، تمکین نکند و نفقه نیز مطالبه کند. بیشتر نویسندگان حقوق مدنی، منظور از وظایف زن در برابر شوهر که در ماده ۱۰۸۵ ق.م.ذکر شده را ناظر بر تمکین خاص می‌دانند (امامی، ۱۳۸۶: ج ۴، ص ۴۴۸). با وجود این دادگاه عمومی در رأیی، درخواست مطالبه‌ی نفقه‌ی زوجه که با استناد به حق حبس خود را موظف به تمکین ندانسته، مردود اعلام کرده است و در مقام تأیید رأی صادره از شورای حل اختلاف، ماده ۱۰۸۵ را شامل تمکین عام نیز دانسته است؛ به عبارت دیگر، از نظر دادگاه صرف تمکین عام موجب سقوط حق حبس زوجه می‌شود و عدم استحقاق زن به نفقه محدود به تمکین خاص نیست. زن باید هم تمکین خاص و هم تمکین عام نکرده باشد تا بتواند به حق حبس استناد کند، در غیر این صورت حق حبس ساقط است و به تبع آن حق مطالبه‌ی نفقه بدون تمکین نیز زائل می‌شود.

همچنین می‌توان به رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور در مورد حق حبس زوجه با وجود تقسیط مهر اشاره کرد که پیامد بی‌توجهی به قاعده‌ی انصاف است. در برخی از دادخواست‌های زنان در دادگاه با موضوع مطالبه‌ی مهریه، شوهر تقاضای تقسیط مهریه را مطرح می‌کند و در بیشتر موارد دادگاه این درخواست را قبول می‌کند. حال اگر مهریه توسط دادگاه تقسیط شد، آیا زن می‌تواند تا وصول کل مهر از ایفاء وظایف زناشویی خودداری کند؟ دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۷۰۸ مورخ ۱۳۸۷/۵/۲۲ اظهار داشته است که صدور حکم تقسیط مهریه توسط دادگاه، مسقط حق حبس زوجه نیست و تازمانی که زن کل مهریه را دریافت نکرده است، حق دارد از تمکین امتناع ورزد. باید گفت، هرچند این رأی لازم‌الاتباع است، ولی در شرایط فعلی منصفانه نیست، زیرا امروزه، مهریه‌ها عمدتاً زیاد است. آیا منصفانه است که زوجه بتواند در این مدت طولانی از شوهر تمکین نکند تا مهر به او تسلیم شود؟ هرچند رأی دیوان عالی کشور از

نظر حقوقی موجه و لازم‌الاجراست، ولی با وجدان اجتماعی و انصاف سازگار نیست. در نتیجه شایسته است، در رویه‌سازی قضایی به موضوع انصاف توجه شود.

### بحث و نتیجه‌گیری

انصاف یک اصل و فضیلت اخلاقی- نفسانی و برگرفته از وجدان و عقل آدمی است. در نگاه کارکردی انصاف خصلتی حق طلبانه است که در مسیر ادای حقوق حرکت می‌کند. به خاطر همین خصلت، اجرای انصاف و عدالت از اهداف مهم هر نظام حقوقی است، به گونه‌ای که برای ماندگاری و استحکام یک جامعه‌ی سالم، حق مدار و عدالت‌محور احقاق حقوق افراد به دور از هرگونه ظلم و بدون رعایت انصاف ممکن نیست. رویکرد فقها نسبت به عنوان انصاف متفاوت است؛ برخی اشاره‌ای به این موضوع در کلمات خود نداشتند، برخی دیگر ضمنی به آن پرداخته و گاهی با سایر عناوین مثل عدالت، قاعده‌ی انصاف و... خلط شده است. از این رو تبیین مصادیقی در فقه خانواده از منظر فقها، برای شناخت بهتر و دقیق‌تر ماهیت انصاف و تفکیک آن با عناوین دیگر در قانون‌گذاری و تفسیر قضایی و صدور آراء منصفانه ضروری است.

رعایت انصاف در تمامی جوانب زندگی و طبیعی از جمله حیطة خانواده، وفای به عهد، عقود مالی و دعاوی حقوقی و کیفری، فقه حکومتی و امنیتی به‌خصوص در شرایط خاص و اضطرار لازم و ضروری است. در این مقاله به مصادیق فقهی انصاف در موضوع خانواده پرداخته شد. گرچه انصاف در تمامی موارد برخاسته از اخلاق اسلامی است و هیچ‌گونه ضمانت اجرایی برای آن همانند برقراری عدالت و حکم‌دهی براساس آن قائل نشده‌اند، به نظر رعایت این مهم موجب ایجاد امنیت و آرامش بیشتر در جامعه و نیز مهم‌ترین امر در پیشگیری از جرایم مالی و کیفری است. همچنین در شرایط خاص همچون داوری و میانجیگری امور به لحاظ ایجاد عدالت، رعایت انصاف نمود بیشتری پیدا می‌کند. *تال جامع علوم انسانی*

از آنجاکه هدف از وضع قوانین، احقاق حق و جلوگیری از ستم و ظلم است. در برخی موارد، اجرای قوانین با توجه به اوضاع و شرایط مختلف ما را به احقاق حق نمی‌رساند- اگرچه منطبق با عدالت است- این امر موجب می‌شود که بین مفهوم انصاف با مفاهیم مشابه- که نزدیک‌ترین آن عدالت است- تفکیک کرد. از همین رو ارائه‌ی یک تعریف جامع و مانع از انصاف با توجه به مصادیق بررسی شده، ضروری است. هرچند با توجه به جلوه‌های مختلف آن در شرایط زمانی و مکانی این مهم با دشواری‌هایی روبه‌رو بوده است.

بدین‌سان جامع‌ترین تعریفی که می‌توان از انصاف ارائه داد، عبارت است از: «انصاف اصل اخلاقی با کاربردهای متنوع از جمله کاربرد فقهی - حقوقی است که با انعطاف بخشیدن به قوانین عدالت محور متناسب با اوضاع، شرایط و احوال در هر مورد، در جهت احقاق حق حرکت می‌کند». از طرفی، هرچند سعی و اهتمام فقها در تمام موارد بر رعایت عدالت بوده است، ولی گاهی نیز رعایت عدالت با در نظر نگرفتن انصاف موجبات ضرر به طرف مقابل را پدید می‌آورد که قطعاً در این شرایط، نیاز و ضرورت ایجاب می‌کند که توجه به انصاف به نظر و عمل وارد شود تا از ورود اجحاف و ضرر به دیگران منطبق با قاعده‌ی لاضرر کاسته شود. دقت در متون فقهی نشان می‌دهد، انصاف به‌صورت ضمنی زیربنا و مبنای تمامی قوانین فقهی است و برای ایجاد و رعایت هرچه بیشتر آن در جامعه‌ی اسلامی لازم است، این اصل را در عرف اجتماعی و قضایی لازم‌الرعایه دانست و قضات را در صدور رأی به رعایت انصاف ملزم کرد؛ بنابراین پیشنهاد می‌شود:

۱- با توجه به جایگاه رفیع انصاف، نقش و کارکردهای بی‌بدیل آن در شکل‌دهی مناسبات سالم و سازنده‌ی اجتماعی به طور عام و روابط و مناسبات خانوادگی به طور خاص از یک‌طرف و با توجه به بررسی فقهی و یافته‌های آن در فقه خانواده از طرف دیگر شایسته است، قوانین مربوط به خانواده از منظر توجه به رعایت انصاف بازبینی و مطابق نظرات فقهی اصلاحات لازم انجام شود.

۲- هم‌زمان با اصلاح قوانین ماهوی مربوط به خانواده لازم است، ضمن ایجاد نظام دادرسی ویژه و افتراقی خانواده، قوانین شکلی دادرسی دعاوی خانواده نیز بازبینی و اصلاح شود و در فرآیند دادرسی - در صورت تغایر رأی با تأمین حداقل انصاف - ضمانت اجرای خاصی برای نقض و اصلاح رأی در قالب تجدید نظرخواهی یا اعاده‌ی دادرسی (چه از سوی دیوان عالی کشور و چه رئیس قوه قضائیه) در مراحل مختلف دادرسی پیش‌بینی شود.

منابع

- ◀ قرآن کریم
- ◀ ابن منظور، ابوالفضل محمدبن مکرم بن علی، (۱۹۹۴). لسان العرب، بیروت: دارالصادر.
- ◀ اسحاقی، محمد و محمدهادی هادوی فر، (۱۳۹۷). «عفاف در احکام عبادی»، فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال ۵۱، ش ۲.
- ◀ اصفهانی (فاضل هندی)، محمدبن حسن، (۱۴۱۶ ق). کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ◀ امامی، حسن، (۱۳۸۶ ش). حقوق مدنی، تهران: اسلامیه.
- ◀ انصاری، مرتضی بن محمدامین، (۱۴۱۴ ق). رسائل فقیه، کنگره جهانی بزرگداشت یاد و خاطره شیخ انصاری، قم: بی جا.
- ◀ بحرانی، یوسف بن احمد، (۱۴۰۵ ق). الحقائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ◀ بهجت، محمدتقی، (۱۳۸۶). استفتاءات، جامع المسائل. قم: موسسه فرهنگی و هنری البهجه.
- ◀ حلی (فخر المحققین)، محمدبن حسن بن یوسف، (۱۳۸۷). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- ◀ حلی (محقق)، حسن بن یوسف بن مطهر، (۱۳۷۷). تذکره الفقهاء، قم: موسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث.
- ◀ جوهری، اسماعیل بن حداد، (۱۴۱۰ ق). تاج اللغة و صحاح العربیه، بیروت: دارالعلم للملایین.
- ◀ حرعاملی، محمدبن حسن، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، قم: موسسه آل البيت، (بی تا).
- ◀ خوانساری، سید احمدبن یوسف، (۱۴۰۵). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، قم: موسسه اسماعیلیان.
- ◀ خوری اللبنانی اشرتونی، سعید، (۱۳۷۴). اقرب الموارد فی فصح العربیه و الشوارد، المطبعه اسوه.
- ◀ خرمشاهی، بهاءالدین، (۱۳۷۷ ش). دانشنامه قرآن و قرآن پژوهی، تهران: ناهید.
- ◀ دهنخدا، علی اکبر، (۱۳۷۷ ش). لغتنامه دهنخدا، تهران: دانشگاه تهران.
- ◀ ربانی موسویان، سید علی و طاهره سادات نعیمی، (۱۳۹۷). «بررسی قابلیت تفکیک انصاف از

- عدالت و کاربرد آن در فقه امامیه و حنفیه»، مطالعات تطبیقی مذاهب فقهی، دوره ۲، ش ۳.
- ◀ راغب اصفهانی، حسین بن محمد، (۱۴۱۲ق). مفردات الفاظ (المفردات فی غریب القرآن). تحقیق صفوان عدنان داودی، بیروت: دارالعلم.
- ◀ الزبیدی، ابی‌الحسین احمد، (۱۴۱۴). تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
- ◀ زحیلی، وهبه المصطفی، (۱۴۰۴ق). الفقه الاسلامی و ادلته بیروت، دارالفکر.
- ◀ زکریا، احمد بن فارس، (۱۴۰۴ق). معجم المقاییس اللغة، قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
- ◀ زمخشری، ابوالقاسم محمد بن عمر، (۱۳۵۲). تفسیر کشاف، قم: دارالکتب اسلامیه.
- ◀ سیفی مازندرانی، علی اکبر، (۱۴۲۵ق). مبانی الفقه الفعال فی القواعد الفقهیه الاسلامیه، قم: بی جا.
- ◀ صافی گلپایگانی، لطف الله، (۱۴۱۷ق). جامع الأحکام، قم: حضرت معصومه سلام الله علیها.
- ◀ طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن، (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الإمامیه، تهران: المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه.
- ◀ جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی بن احمد، (۱۴۱۰). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم.
- ◀ عاملی، محمد بن علی موسوی، (۱۴۱۱ق). نهایی المرام فی شرح مختصر شرائع الاسلام، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ◀ عسکری، ابوهلال، (۱۴۲۹ق). فروق اللغویه، قم: النشر الاسلامی.
- ◀ عمید، حسن، (۱۳۷۱ش). فرهنگ فارسی، تهران: امیرکبیر.
- ◀ فراهیدی، خلیل بن احمد، (۱۴۰۹ق). العین، قم: موسسه دارالهجره.
- ◀ کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۳). حقوق مدنی (خانواده)، تهران: گنج دانش.
- ◀ مصطفوی، سید کاظم، (۱۴۲۵ق). مائه قاعده فقهیه، قم (بی جا).
- ◀ مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری، (۱۴۱۳ق). أحكام النساء (للشیخ المفید)، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید - رحمة الله علیه.
- ◀ مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۸۱ش). احکام بانوان، قم: مدرسه امام علی بن ابیطالب (علیه السلام).
- ◀ \_\_\_\_\_، (۱۴۲۴ق). کتاب النکاح، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام).
- ◀ مکی عاملی (شهید اول)، محمد، (۱۳۴۰). حاشیه قواعد الاحکام، بی جا.

- ◀ موسوی خمینی، سید روح‌الله، (۱۳۹۲ش). *استفتاءات*، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره). ۳.
- ◀ \_\_\_\_\_، (۱۴۲۲ق). *استفتاءات (امام خمینی)*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ◀ \_\_\_\_\_، (۱۳۹۲). *تحریر الوسیله*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- ◀ \_\_\_\_\_، (۱۳۹۸/۱۲/۰۵). *سایت تابناک، استفتائات امام خمینی*.
- ◀ \_\_\_\_\_، (۱۴۲۲ق). *نجات العباد (امام خمینی)*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
- ◀ نجفی، محمدحسن، (۱۴۰۴). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- ◀ طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، (۱۴۱۴). *تکملة العروه الوثقی*، قم: کتاب‌فروشی داوری.

