

مبانی و معیارهای مصلحت‌سنجی در مهندسی حقوقی خانواده

فرج‌الله هدایت‌نیا*

چکیده

بر خلاف نظریه‌ی بعضی که تصرفات حاکم در حقوق خانواده را به موارد ضروری مانند اداره امور غایب مفقودالاثر یا کودکانی که ولی خاص ندارند محدود می‌دانند، حوزه اختیارات حکومت اسلامی، از امور ضروری فراتر رفته و به اقتضای مصلحت گسترش می‌یابد. مطابق این نظریه، حکومت می‌تواند برای تأمین مصالح کلی جامعه اسلامی، در احکام و قوانین خانواده تصرف و تغییراتی ایجاد نماید. مبنای کلی جواز مداخلات مصلحتی حکومت در خانواده، اصل ولایت عامه فقیه حاکم و قاعده اهمیت در حل نزاع‌ها در اجرای احکام شرعی است. تشخیص مصلحت در جمهوری اسلامی ایران توسط نهاد مجمع تشخیص مصلحت نظام صورت می‌گیرد و تا حدودی ضابطه‌مند و بدور از سلیقه‌گرایی است؛ ولی به دلیل ابهام در ملاک‌های مصلحت‌اندیشی، بیم آن می‌رود از طریق مداخلات غیرموجه حکومت، حقوق و آزادی‌های خصوصی محدود و خانواده در معرض سستی و بدکارکردی قرار گیرد. این نوشتار کوشیده است، ضمن تبیین ملاک‌های مصلحت‌سنجی در حکومت اسلامی، ملاک‌های آن را در حقوق خانواده تشریح نماید. بررسی‌های این پژوهش نشان می‌دهد مصالح خانوادگی، عمومی، دینی، مذهبی و حکومتی، ملاک‌های مهم مصلحت‌اندیشی در مهندسی حقوقی خانواده هستند. همچنین در پژوهش کنونی، نمونه‌های مداخلات مصلحتی حکومت در حقوق خانواده، مبتنی بر ملاک‌های مذکور مشخص گردیده است.

کلیدواژگان: فقه، حقوق خانواده، تشخیص مصلحت، مهندسی حقوقی.

۱) تبیین مسأله پژوهش؛ بر مبنای بعضی نظریه‌های فقهی، حوزه مداخلات ولی فقیه در امور خصوصی به امور حسبی یا ضروری محدود است. امور حسبی عبارت است از هر چیزی که شارع راضی به ترک و اهمال آن نبوده و متولی خاص یا عام برای آن تعیین نشده باشد (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۶۶۵). بر مبنای این نظریه، حوزه تصرفات فقیه در خانواده به امور مربوط به غایب مفقودالاثر یا اداره امور کودکانی که ولی خاص ندارند محدود خواهد بود (موسوی خویی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۳۵۹). سایر امور خانوادگی در تعریف امور حسبی قرار نمی‌گیرند و از حیطه مداخلات فقیه خارج است. به عنوان مثال، ولی فقیه مجاز نیست اختیار شوهر در چند همسری را ممنوع یا محدود نماید؛ نیز مجاز نیست در امور مالی و غیرمالی کودکانی که ولی خاص دارند مداخله نماید.

در حقوق مدرن بر ماهیت خصوصی خانواده تأکید می‌شود. از نتایج خصوصی شماری نهاد خانواده، حاکمیت اراده زوجین و نفی مداخله دولت در آن است. مطابق ماده ۱۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر، «احدی در زندگی خصوصی، امور خانوادگی، اقامتگاه یا مکاتبات خود، نباید مورد مداخله‌های خودسرانه واقع شود و شرافت و اسم و رسمش نباید مورد حمله قرار گیرد. هر کس حق دارد در مقابل اینگونه مداخلات و حملات مورد حمایت قانون قرار گیرد». نیز در بند نخست ماده ۱۷ میثاق بین‌المللی مدنی و سیاسی آمده است: «هیچ کس نباید در زندگی خصوصی و خانواده و اقامتگاه یا مکاتبات مورد مداخلات خودسرانه (بدون مجوز) یا خلاف قانون قرار گیرد...». اصل عدم مداخله دولت در خانواده استثنائاتی دارد. ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی (پروتکل اصلاحی شماره ۱۱) ضمن تأکید بر «حق احترام به زندگی خصوصی و خانوادگی»، به استثنائات آن اشاره کرده و بیان می‌دارد: «مگر مداخلات منطبق بر قانون و مواردی که در یک جامعه‌ی مردم‌سالار به دلایل حفظ امنیت ملی، ایمنی عمومی یا رفاه اقتصادی کشور، پیشگیری از هرج و مرج و جرایم، حفاظت از سلامتی و اخلاقیات یا حفاظت از حقوق سایرین ضروری تشخیص داده شوند». نظیر همین بیان در ماده ۱۲ میثاق مدنی و سیاسی نیز ذکر شده است. در بند سوم این ماده آمده است: «حقوق مذکور فوق تابع هیچ‌گونه محدودیتی نخواهد بود



مگر محدودیت‌هایی که به موجب قانون مقرر گردیده و برای حفظ امنیت ملی، نظم عمومی، سلامت یا اخلاق عمومی یا حقوق و آزادی‌های دیگران لازم بوده و با سایر حقوق شناخته شده در این میثاق سازگار باشد». موارد مذکور در این مواد ذیل عنوان کلی «ضرورت» قرار می‌گیرند و بطور کلی می‌توان نتیجه گرفت: دولت جز در موارد ضروری نباید در خانواده دخالت نماید.

در مقابل نظریه فوق، گروهی از فقهاء بر «ولایت عامه فقیه عادل» باور دارند. مقصود از ولایت عامه، همسانی اختیارات ولی فقیه در عصر غیبت با اختیارات سیاسی و حکومتی پیامبر (ص) و جانشینان معصوم ایشان است (نراقی، ۱۴۱۷، ص ۵۳۶؛ امام خمینی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۶۲۶). در نظریه ولایت عامه - که اصل ۵۷ قانون اساسی از آن به ولایت مطلقه تعبیر کرده است - حوزه اختیارات ولی فقیه، از امور حسبی یا ضروری فراتر رفته و به اقتضای مصلحت گسترش می‌یابد (مصباح یزدی، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۳۲۱؛ جوادی آملی، ۱۳۷۸، ص ۲۴۸). اینک مسأله قابل بررسی این است که ملاک‌های تشخیص مصلحت و دخالت در امور خصوصی خانواده چیست و چگونه سنجیده می‌شود. هرچند تشخیص مصلحت در جمهوری اسلامی ایران توسط نهاد مجمع تشخیص مصلحت نظام صورت می‌گیرد و تا حدودی ضابطه‌مند و بدور از سلیقه‌گرایی است، ولی ابهام در ملاک‌های مصلحت‌اندیشی مشکلاتی را به دنبال دارد. از جمله، بیم آن می‌رود از طریق مصلحت‌سنجی‌های غیرموجه، حقوق و آزادی‌های خصوصی محدود گردد. این بحث ویژه حقوق خانواده نیست، ولی نگارنده مسأله فوق را در حقوق خانواده مورد بررسی قرار داده و دو پرسش کلیدی زیر را مورد مطالعه قرار می‌دهد:

✓ مبانی مصلحت‌سنجی در مهندسی حقوقی خانواده چیست؟

✓ ملاک‌های مصلحت‌سنجی در مهندسی حقوقی خانواده چیست؟

غرض اصلی در پژوهش کنونی، بررسی مسأله دوم است. درباره مسأله نخست، پژوهش‌های سودمندی وجود دارد؛ به دلیل رابطه مسایل فوق با یکدیگر و ابتنای ملاک‌های مصلحت‌سنجی بر مبانی آن، مسأله نخست به صورت مختصر تشریح می‌گردد.

۲) پیشینه‌ی مسأله پژوهش؛ درباره مصلحت و نقش آن در سیاست‌گذاری و



قانون گذاری، پژوهش های متعددی وجود دارد. علیدوست در پژوهش «فقه و مصلحت»، رابطه این دو را از ابعاد مختلف مورد بررسی قرار داده است. دوماهنامه حوزاء در شماره ۴۶، به «مناسبات دولت و خانواده» پرداخته داده و سه دیدگاه «دخالت حداکثری»، «دخالت نکردن»، و «دخالت مشروط و محدود» در خانواده را مورد بررسی قرار داده است (مرکز تحقیقات زن و خانواده، ۱۳۹۳، ص ۶-۸). علاسوند در مقاله «مداخله ی حکومت اسلامی درباره ی حقوق خانواده»، به مداخلات مصلحتی حکومت در عرصه های تقنینی و قضایی پرداخته است (۱۳۹۷، ص ۶۵-۱۰۳). جاوید و مهاجری، در مقاله «مبانی مداخله دولت در نهاد خانواده در نظام حقوقی ایران»، سه رویکرد «مداخله حداقلی»، «مداخله حداکثری»، و «مداخله مطلوب» را مورد بررسی قرار داده و مبانی مختلفی را برای دخالت دولت در خانواده بیان کرده اند (۱۳۹۷، ص ۷-۳۴). از نظر آنان، مصالح عامه، حفظ نظام، حکم عقل، و سیره عقلاء مبانی فقهی مداخله دولت در خانواده و نظم عمومی و اصل تحکیم خانواده مبانی حقوقی آن است. راسخ و بیات در مقاله «مفهوم مصلحت عمومی»، دیدگاه های متفاوت درباره مفهوم مصلحت عمومی را تشریح کرده اند (۱۳۹۰، ص ۴). هیچ یک از پژوهش های مذکور به مسأله تحقیق کنونی یعنی «ملاک های مصلحت سنجی در مهندسی حقوق خانواده» نپرداخته اند. گفتنی است، در بعضی مقالات مزبور، میان اقدامات حمایتی دولت از خانواده و دخالت های محدودکننده، خلط صورت گرفته و همه آنها دخالت به شمار آمده است. در حالی که حمایت دولت از خانواده در ابعاد آموزش، مشاوره، اقتصاد، امنیت و غیره مفروض و مطلوب است و نباید برای آن محدودیتی قایل باشیم و آن را دخالت دولت در خانواده به شمار آوریم. در اسناد و معاهدات بین المللی بر لزوم برخورداری خانواده از حمایت حداکثری تأکید شده است. در بند نخست ماده ۲۳ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی آمده است: «خانواده عنصر طبیعی و اساسی جامعه است و استحقاق حمایت جامعه و حکومت را دارد». نیز در بند نخست ماده ۱۰ میثاق بین المللی حقوق اقتصادی - اجتماعی و فرهنگی آمده است: «خانواده که عنصر طبیعی و اساسی جامعه است، باید از حمایت و مساعدت به حد اعلا ی ممکن برخوردار گردد...». در قوانین جمهوری اسلامی ایران از جمله قانون اخیرالتصویب جوانی جمعیت و تعالی خانواده

(آبان ۱۴۰۰)، حمایت‌های فراوانی از خانواده ذکر گردیده و دولت مکلف به اجرای آن شده است.

۳) **ضرورت پژوهش؛** میان سیاست‌ورزی و مصلحت‌اندیشی پیوند عمیق برقرار است (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۳۳۰). به همین دلیل، بیم آن می‌رود که زمام‌دار به اسم مصلحت عمومی، در حقوق و آزادی‌های مردم مداخله و آن را محدود نماید. بنابراین، تعیین سنجه‌هایی برای ضابطه‌مند کردن مداخلات مصلحتی دولت در حقوق و آزادی‌های عمومی ضروری است.

۴) **روش پژوهش و نحوه سازماندهی مباحث؛** روش پژوهش کنونی توصیفی-تحلیلی است و مباحث آن در سه قسمت سازماندهی شده است: نخست مفاهیم کلیدی تشریح می‌گردد؛ در قسمت دوم مبانی فقهی مداخلات مصلحتی دولت در حقوق خصوصی و خانواده و در نهایت، ملاک‌های مصلحت‌سنجی در مهندسی حقوقی خانواده بررسی و ارزیابی می‌گردد.

۱. مفاهیم کلیدی

مفهوم‌شناسی جزء مباحث بنیادین پژوهش است و از درهم‌آمیزی مباحث و سوء تفاهم پیشگیری می‌نماید. براین اساس، مفاهیم «مصلحت»، «مهندسی حقوقی»، و «خانواده» به ترتیب تشریح خواهد شد.

أ- مصلحت

یکم: معنی‌شناسی لغوی و اصطلاحی مصلحت

واژه مصلحت از ریشه «صلح» مشتق شده است. صلح و صلاح در مقابل فساد و طلاح بکار می‌رود (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص ۴۸۹؛ فراهیدی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۱۱۷). در قرآن کریم واژه «اصلاح» در مقابل «افساد» بکار رفته است (اعراف: ۵۶). واژه‌شناسان «مصلحت» را به خیر و صلاح معنی کرده‌اند (مقرئ فیومی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۴۵؛ طریحی، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۳۸۶؛ ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۵۱۶). بنابراین، مصلحت به کاری یا چیزی گفته می‌شود که در آن خیر و صلاح است. در مقابل، مفسده به چیزی یا کاری

گفته می‌شود که در آن شرّ و فساد است (جوهری، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۵۱۹؛ ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۳، ص ۳۳۵).

در منابع فقهی، تعریف‌های مشابهی از مصلحت دیده می‌شود. محقق در تعریف آن نوشته است: مصلحت عبارت است از آنچه که با مقاصد انسان در امور دنیوی یا اخروی و یا هر دو، موافق بوده و نتیجه آن به دست آوردن منفعت یا دفع ضرری باشد (محقق حلی، ۱۴۲۳، ص ۲۲۱). صاحب جواهر، مصلح مردم را به فوائد دنیوی و اخروی آنان باز گردانده است (نجفی، بی تا، ج ۲۲، ص ۳۴۴). از عالمان اهل سنت، غزالی مصلحت را به جلب منفعت معنی کرده است؛ لکن نه منافع دنیوی و مقاصد آدمی بلکه حفظ مقاصد شرع که مهم‌ترین آن حفظ دین، نفس، نسل، عقل و مال انسان‌ها می‌باشد. به گفته وی، آنچه در جهت حفظ این اصول پنج‌گانه باشد، مصلحت و آنچه موجب تفویت آن‌ها باشد، مفسده نامیده می‌شود (غزالی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۱۷۴).

دوم: نسبت مصلحت و ضرورت

از عالمان شیعه که درباره مصلحت و انواع آن سخن گفته‌اند، شهید اول است. به گفته وی، مصلح بر سه قسم‌اند: ضروریه، مانند نفقه انسان بر خود؛ و حاجیه، مانند نفقه انسان بر همسرش؛ و تمامیه، مانند نفقه انسان بر اقارب (شهید اول، بی تا، ج ۲، ص ۱۳۹). نظیر همین تقسیم از غزالی نیز در دست است. ایشان مصلحت را به سه قسم ضرورات، حاجیات و تحسینیات (یا تزینیات) تقسیم نموده و می‌نویسد: نخستین مرتبه مصلحت، ضرورت است که قوی‌ترین مرتبه آن است. مقصود ایشان از ضروریات، اموری هستند که هدف اصلی شریعت بر حفظ آنها است. این امور عبارت‌اند از دین، نفس، عقل، نسل و مال. این امور پنج‌گانه در رتبه ضروریات قرار دارند که بی‌اعتنایی به هر کدام موجب اختلال در امور و هرج و مرج خواهد شد. حاجیات که در رتبه پایین‌تری نسبت به ضروریات قرار دارند، آن دسته از نیازهای جامعه‌اند که رعایتشان موجب سرعت و سهولت امور می‌شود و بی‌اعتنایی به آنها، مشقت را به دنبال می‌آورد. مانند تسلیط ولی بر تزویج صغار. روشن است که تزویج صغار مانند حفظ جان آنان که در رتبه ضروریات قرار دارد نمی‌باشد. تحسینیات نوع دیگر نیازهای انسانند که رعایتشان

موجب کمال و جلب منفعت است. ولی بی‌اعتنایی به آن اختلالی ایجاد نکرده و مشقتی را در پی نخواهد داشت (غزالی، ۱۴۱۷، ص ۱۷۴).

از معاصرین نیز اظهار نظرهایی درباره نسبت مصلحت و ضرورت وجود دارد. بعضی نوشته‌اند: «هرامری ضروری، مصلحت است، اما هرامردارای مصلحت، الزاماً ضروری نیست، مگر آنکه بالقوه ضروری باشد. مصلحت گاهی اولویت تعیینی دارد و گاهی اولویت تفضیلی؛ در آنجا که اولویت تعیینی است، مصلحت همان ضرورت است و اگر اولویت تفضیلی است، ضرورت نیست. یعنی مصلحت تام، مستلزم وجوب آن شیء است و مصلحت غیرتام، مستلزم استحباب آن»؛ (جوادی آملی، ۱۳۷۸، ص ۴۶۵).

ب- مهندسی حقوقی خانواده

از اصطلاح «مهندسی حقوقی خانواده» تعریفی مشاهده نشده است. ناگزیر، برای ارائه مفهومی روشن از آن، باید هریک از واژگان به صورت جداگانه تعریف شود.

یکم: مهندسی حقوقی

واژه مهندسی (Engineering) در لغت به معنای اندازه‌گیری است. کاربرد این لغت بیشتر در علوم پایه و تجربی است ولی در علوم انسانی و متون حقوقی نیز رایج شده است. در بند ۷ فصل یکم نقشه مهندسی فرهنگی (م ۱۳۹۲)، اصطلاح مهندسی به «فرایند بازطراحی، اصلاح و ارتقاء شئون و مناسبات نظام‌های» مختلف «با توجه به شرایط، ویژگی‌ها و مقتضیات ملی و جهانی» تعریف شده است. مقصود نگارنده از واژه «مهندسی» در اصطلاح ترکیبی فوق همین معنی می‌باشد.

اصطلاح «حقوق» معانی یا کاربردهای مختلفی دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ص ۲۳۰). یکی از آنها اطلاق حقوق بر «قوانین و مقررات موضوعه» (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ص ۱) و دیگری اطلاق آن، بردانش حقوق است (همان، ص ۲). به نظر می‌رسد اصطلاح فوق به صورت ترکیب اضافی و وصفی، مفاهیم متفاوتی را القاء می‌نماید. در ترکیب اضافی «مهندسی حقوق خانواده»، واژه حقوق مضاف‌الیه و موضوع مهندسی است. در حالی که در ترکیب وصفی «مهندسی حقوقی خانواده»، واژه «حقوقی» صفت مهندسی و



خانواده مضافه الیه آن است. در نتیجه، مقصود از «مهندسی حقوقی خانواده»، بازطراحی و اصلاح روابط خانوادگی با استفاده از ظرفیت‌های علم حقوق است.

دوم: خانواده

درباره خانواده تعریف‌های مختلفی براساس معیارهای «ریاست»، «وراثت» و «نفقه» از سوی حقوقدانان ارائه شده است که از ذکر آنها خودداری می‌شود (نک: هدایت‌نیا، ۱۳۹۸، ص ۳). در مقدمه تصویب‌نامه «اهداف و اصول تشکیل خانواده و سیاست‌های تحکیم و تعالی آن - م ۱۳۸۴» با معیار قرار دادن «قرابت» در تعریف خانواده چنین آمده است: «خانواده گروهی است متشکل از افرادی که از طریق نسب یا سبب و رضاع با یکدیگر به عنوان شوهر، زن، فرزندان، مادر، پدر، برادر و خواهر در ارتباط متقابلند و فرهنگ مشترکی پدید آورده و در واحد خاصی به نام خانواده زندگی می‌کنند». اینک می‌توانیم به تعریفی از اصطلاح ترکیبی «مهندسی حقوقی خانواده» دست یابیم و بگوییم: مهندسی حقوقی خانواده، فرایند بازطراحی، اصلاح و ارتقاء شئون و مناسبات حقوقی خانواده، با توجه به شرایط، ویژگی‌ها و مقتضیات ملی و جهانی است.

۲. مبانی فقهی مداخلات مصلحتی دولت در حقوق خصوصی و خانواده

مبانی فقهی مداخلات مصلحتی دولت در حریم خصوصی از جمله حریم خانواده، «ولایت عامه فقیه» و اختیار او در «حل نزاحمات» و ترجیح مصالح کلی بر حقوق و آزادی‌های فردی است. برای تبیین این مطلب و ادله آن، ابتدا نظریه «ولایت عامه فقیه» و سپس «قاعده حل نزاحم» را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

أ- ولایت عامه (مطلقه) فقیه

مطابق نظریه ولایت عامه، قلمرو مداخلات دولت در امور خصوصی از جمله حریم خانواده به موارد ضروری محدود نیست، بلکه تا آنجا که «مصلحت» اقتضا نماید گسترش می‌یابد. تفصیل مطلب را در ادامه بیان خواهیم کرد.



یکم: تعریف ولایت عامه

مقصود از ولایت عامه، همسانی اختیارات ولی فقیه در عصر غیبت با اختیارات سیاسی و حکومتی پیامبر (ص) و جانشینان معصوم ایشان است. نظریه ولایت عامه توسط امام خمینی (ره) مطرح (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۶۲۶) و به نام ایشان شناخته می‌شود، ولی چنین نیست که از ابداعات ایشان باشد، بلکه بعضی فقهای پیش از ایشان نیز به آن تصریح کرده‌اند (نراقی، ۱۴۱۷، ص ۵۳۶؛ انصاری دزفولی، ۱۴۱۵، ص ۴۸). همانطور که بعضی یادآور شده‌اند، اصطلاح «ولایت مطلقه» در اصل ۵۷ قانون اساسی^۱ تعبیر دیگری از ولایت عامه است (مصباح یزدی، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۳۲۱؛ ونک: جوادی آملی، ۱۳۷۸، ص ۲۴۸). نکته مهمی که باید مورد توجه قرار گیرد این است که وصف «عامه» یا «مطلقه»، ناظر به گستره اختیارات ولی فقیه در عرصه عمومی است و در حالت عادی، شامل امور خصوصی نمی‌شود. بنابراین، اگر بگوییم معصوم بر طلاق همسر شخصی یا توقیف مال کسی یا فروش آن ولایت دارد، بدون اینکه مصلحت عمومی آن را ایجاب کند، این اختیار برای فقیه ثابت نیست (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۶۵۴؛ ونک: جوادی آملی، ۱۳۷۸، ص ۲۵۰). از بعضی روایات چنین برمی‌آید که پیامبر اسلام (ص) در امور خصوصی اشخاص ورود کرده‌اند. مانند توصیه یا فرمان ایشان به ازدواج «دلفاء دختر زیاد بن لبید» با «جویر» که در منابع روایی ذکر شده است (کلینی، ۱۳۶۳، ج ۵، ص ۳۴۰). ولی این قبیل مداخلات ناظر به شئون نبوت، رسالت، یا عصمت است و ربطی به شأن حاکمیت ندارد. به همین دلیل، به فقیه عادل منتقل نمی‌گردد.

دوم: گستره ولایت فقیه در مدیریت مصالح خانواده

بعضی نظریه پردازان، اختیار زمام دار مسلمین در مدیریت مصالح عمومی را به حوزه مباحات شرعی و احکام غیرالزامی محدود می‌دانند (نک: صدر، ۱۴۱۷، صص ۳۸۰-۳۸۷ و ۶۸۵). مطابق این نظریه که به «منطقه الفراغ» یا منطقه آزاد قانونگذاری شهرت

۱. اصل ۵۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «قوای حاکم در جمهور اسلامی ایران عبارتند از: قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضاییه که زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت بر طبق اصول آینده این قانون اعمال می‌گردند. این قوا مستقل از یکدیگرند».



دارد، حاکم اسلامی به اقتضای شرایط می‌تواند در حوزه مباحات قانونگذاری کند؛ اما در حوزه واجبات و محرمات الهی، وظیفه حاکم اسلامی صرفاً تطبیق و اجراء آنها است (همان، ص ۶۸۹). هرچند نظریه منطقه الفراغ در مقام طراحی نظام اقتصادی اسلام بیان شده است، ولی احکام اقتصادی اسلام خصوصیتی ندارد و همین نظریه در سایر ابواب از جمله خانواده قابل طرح است. از عبارات تفسیرالمیزان درباره تعداد زوجات (طباطبائی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۱۹۴) نیز همین دیدگاه استنباط شده است (مرتضوی، ۱۳۹۵، ص ۲۵). در مقابل دیدگاه مذکور، امام خمینی (ره) و همفکران ایشان، اختیارات والی را به حوزه الزامات شرعی تعمیم می‌دهند. مطابق این نظریه، ولی امر مسلمین به اقتضای مصلحت می‌تواند الزامات شرعی اعم از واجب یا حرام را موقتاً تعطیل نماید. به اختصار، آراء و اندیشه‌های ایشان را مرور خواهیم کرد:

۱) در عبارتی از بنیان‌گذار جمهوری اسلامی درباره نقش والی مسلمین در مدیریت مصالح اجتماعی چنین آمده است: امام علیه‌السلام و والی مسلمین حق دارد به آنچه که صلاح مسلمین است از تثبیت قیمت یا صنعت یا حصر تجارت یا غیر آنها از آنچه که در نظام و صلاح جامعه دخالت دارد، عمل نماید (امام خمینی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۶۲۶). مثال‌هایی که در عبارت فوق ذکر شد، از سنخ حقوق و آزادی‌های فردی و از آثار اصل سلطنت مالک بردارایی‌ها (احسائی، ۱۴۰۳، ج ۲، ص ۲۲۲؛ کلینی، ۱۳۶۳، ج ۷، ص ۹) است؛ ولی حاکم اسلامی به اقتضای مصالح جامعه می‌تواند آنها را محدود نماید.

۲) امام خمینی (ره)، در واکنش به خطیب جمعه تهران که اختیارات ولی فقیه را در دایره احکام پذیرفته شده اسلام محدود دانسته بود، در نامه‌ای خطاب به ایشان مرقوم داشته‌اند: «اگر اختیارات حکومت در چهارچوب احکام فرعی الهیه است، باید عرض حکومت الهیه و ولایت مطلقه مفوضه به نبی اسلام (ص) یک پدیده بی‌معنا و محتوا باشد...؛ باید عرض کنم، حکومت که شعبه‌ای از ولایت مطلقه رسول الله (ص) است، یکی از احکام اولیه اسلام است؛ و مقدم بر تمام احکام فرعیه، حتی نماز و روزه و حج است. حاکم می‌تواند مسجد یا منزلی را که در مسیر خیابان است خراب کند و پول منزل را به صاحبش رد کند. حاکم می‌تواند مساجد را در موقع لزوم تعطیل کند؛ و مسجدی که

ضرار باشد، در صورتی که رفع بدون تخریب نشود، خراب کند. حکومت می‌تواند قراردادهای شرعی را که خود با مردم بسته است، در موقعی که آن قرارداد مخالف مصالح کشور و اسلام باشد، یکجانبه لغو کند، و می‌تواند هر امری را، چه عبادی و یا غیر عبادی است که جریان آن مخالف مصالح اسلام است، از آن مادامی که چنین است جلوگیری کند...»؛ (امام خمینی، ۱۳۸۶، ج ۲۰، ص ۴۵۱-۴۵۶).

ب- قاعده اهمیت و حل نزاحمات

مبنای دیگر مداخلات مصلحتی حاکم اسلامی به منظور مدیریت مصالح عمومی، قاعده ترجیح اهمّ بر مهمّ و حل نزاحم در اجرای احکام شرعی است. تبیین این مطلب نیازمند تعریف نزاحم و قاعده اهمّیت و همچنین تشریح ادله آن است.

یکم: تعریف نزاحم و قاعده اهمیت

مقصود از «نزاحم» آن است که دو حکم در مقام اجرا غیرقابل جمع باشند (مظفر، ۱۳۷۰، ج ۲، ص ۱۸۹). تفاوت «نزاحم» با «تعارض» در آن است که نزاحم در مرحله اجرای احکام است در حالی که تعارض ناظر به ناسازگاری مدلول دو دلیل و ناظر به مقام تشریح است. مانند نزاحم دو حکم «وجوب نجات غریق» و «حرمت ورود به ملک غیر» که میان این دو حکم در مقام تشریح، تعارضی نیست ولی در مقام اجرا ممکن است قابل جمع نباشد. مانند وقتی که ادامه بارداری برای سلامت مادر خطرناک باشد. در این مورد، حق حیات جنین با حفظ سلامت مادر در نزاحم است. راه حل تعارض و نزاحم نیز متفاوت است. در تعارض ادله، بر لزوم توجه به مرجحات سندی، دلالتی و غیر آن تأکید می‌شود، در حالی که در نزاحم احکام، حکم مهم‌تر بر حکم دیگر که از اهمیت کمتری برخوردار است ترجیح داده خواهد شد.

دوم: دلایل فقهی ترجیح قاعده اهمیت

بلحاظ فقهی، قاعده ترجیح اهمّ بر مهمّ از قواعدی است که مورد مخالفت هیچ فقیهی قرار نگرفته است. همانطور که بعضی مجتهدان معاصر اشاره کرده‌اند، فقه‌های امامیه و غیر آن درباره قاعده مذکور اتفاق نظر دارند و اختلاف آنها درباره مصادیق اهمّ و



مهم و شیوه شناخت آنها از یکدیگر است (علیدوست، ۱۳۸۸، ص ۴۴۰). این قاعده دلایل قرآنی و روایی دارد. در آیه ۱۷۳ سوره بقره، برخی امور مانند مردار، خون و گوشت حرام اعلام شد. سپس به عنوان استثنا بر حکم حرمت چنین آمده است: «آن کس که ناچار (مضطر) شود، در صورتی که ستمگر و متجاوز نباشد، گناهی بر او نیست»^۱. منظور این است که فرد مضطر می‌تواند برای حفظ جان خود از آنها بخورد. مفاد این آیه مثال روشنی از ترجیح حکم اهم (حفظ جان) بر حکم مهم (حرمت مردار و خون و...) می‌باشد. افزون بر این، در روایتی منسوب به پیامبر اسلام (ص) بر حکم ترجیح اهم بر مهم تأکید شده است. از آن حضرت نقل شد که فرمود: «اذا اجتمعت حُرْمَتَانِ طُرِحَتْ الصُّغْرَى لِلْكُبْرَى»؛ آن جا که دو امر واجب الاحترام جمع شد، باید از کوچک‌تر به خاطر بزرگ‌تر صرف نظر کرد. به عبارت دیگر، در تزامم دو امر محترم و مفید، کوچک‌تر برای بزرگ‌ترها می‌شود (مطهری، ۱۳۷۴، ج ۲۱، ص ۲۸۹). مطابق این روایت، اگر در امری برای عامه مردم منفعت ولی برای گروهی مضراًست، منفعت عامه مقدم داشته می‌شود (همان). روایت فوق در منابع حدیثی مشاهده نشد ولی مضمون آن در روایات دیگر وجود دارد. مانند: «اگر مستحبات به واجبات ضرر رسانند، مستحبات را ترک کنید»؛ (سیدرضی، ۱۴۱۴، ص ۴۶۵؛ مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۸۴، ص ۳۰). «هرگاه واجب و مستحبی جمع شدند از واجب آغاز می‌شود»؛ (طوسی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۱۰۱؛ همو، ۱۴۰۷، ج ۱، ص ۱۰۹). «عاقل آن نیست که تنها میان خوب و بد تمیز دهد، بلکه عاقل آن است که از میان بدها بهتر را بشناسد»؛ (مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۷۵، ص ۶). مضمون همه این روایات ترجیح اهم بر مهم است. از این قاعده، حکم برخی فروع مسأله به دست می‌آید؛ مانند تزامم واجب و حرام، تزامم واجب مهم و واجب اهم، و تزامم دو فعل حرامی که مفسده یکی بر دیگری اهم است.

۲. ملاک‌های مصلحت‌سنجی در مهندسی حقوقی خانواده

از مباحث سابق معلوم شد که حکومت اسلامی به اقتضای مصلحت می‌تواند در

۱. «إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخُنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ».

امور خصوصی از جمله خانواده دخالت نماید. اینک مسأله مورد بررسی آن است که ملاک‌های مصلحت‌سنجی یا مداخلات مصلحتی در خانواده چیست. در پاسخ این پرسش، نقش «مصلح خانوادگی»، «مصلح عمومی»، «مصلح دینی و مذهبی»، و «مصلح سیاسی و حکومتی» در مهندسی حقوقی خانواده بررسی و ارزیابی خواهد شد.

أ- مصلح خانوادگی

یکی از ملاک‌های مصلحت‌سنجی و مداخله در خانواده، مصلح خانوادگی است. پس از تبیین مفهوم مصلحت خانواده، برخی نمونه‌های مداخلات تقنینی حکومت برای تأمین مصلح خانواده تشریح می‌گردد.

یکم: مفهوم مصلحت خانواده

اصطلاح «مصلح خانواده» در قوانین و مقررات موضوعه به صورت مکرر بکار رفته است. مانند تصویب‌نامه «اهداف و اصول تشکیل خانواده و سیاست‌های تحکیم و تعالی آن»، ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی، ماده ۱۸ قانون حمایت خانواده و غیر آن. بعضی حقوقدانان درباره این اصطلاح نوشته‌اند: «اموری که منافی مصلح خانوادگی می‌باشد اموری است که موجب سستی و یا از هم گسیختگی زناشویی می‌گردد»؛ (امامی، ۱۳۷۰، ج ۴، ص ۴۵). نیز نوشته‌اند: «اموری با مصلح خانوادگی منافی است که سبب سستی بنیان آن یا اخلال در نگاهداری و تربیت فرزندان یا حیثیت اجتماعی زن و شوهر یا برهم زدن نظم اقتصادی خانواده باشد»؛ (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۲۳۳).

مصلحت خانواده در دو بعد همسری و والدفرزندی مصداق می‌یابد؛ در روابط همسری، مصلحت خانواده مقتضی حفظ پیوند زناشویی و پیشگیری از طلاق و در روابط والدفرزندی، مستلزم رعایت غبطه کودکان و اهتمام به تربیت آنان است. حفظ خانواده از نظر اسلام امری لازم و مهم‌تر از تشکیل آن است. به تعبیر بعضی فقهاء، «ازدواج و تشکیل خانواده گرچه امری است مهم و لازم، ولی بقای خانواده و استمرار آن همراه با کمال آرامش و آسایش از اهمیت بیشتری برخوردار است. دقت و ریزبینی و ظرافتی که در بیان مسائل مربوط به خانواده در آیات قرآن مجید و سخنان پیشوایان دین



علیهم السلام به کار رفته، دلیل گویا و روشنی براهمیت دادن اسلام به حفظ نظام خانواده می باشد؛ (منتظری نجف آبادی، ۱۴۲۷، ص ۲۶۷). باید توجه داشت که حفظ نظام خانواده به معنی پیشگیری از گسست آن به هر طریق ممکن نیست بلکه منظور از آن حفظ کارکردهای زوجیت برای زن و شوهر می باشد. بنابراین، در صورتی که زوجیت کارکردهای خود را از دست داده یا دچار بدکارکردی شود، حفظ آن مطلوب شریعت نمی باشد بلکه در این وضعیت، طلاق مستحب و گاهی واجب می گردد (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۹، ص ۱۱۹). مقصود از کارکردهای خانواده، اموری مانند حفظ آرامش (روم: ۲۱)، ارضای جنسی (بقره: ۲۲۳)، فرزندآوری (نحل: ۷۲) و فرزندپروری (تحریم: ۶) است.

دوم: نقش مصلحت در مهندسی حقوقی خانواده

حکومت از طریق مداخله در روابط حقوقی همسری یا والدفرزندی، می کوشد مصالح خانواده را تأمین نماید. به برخی نمونه های این مسأله در نظام حقوقی ایران اشاره می گردد:

۱) تحدید حق اشتغال زوجین؛ مطابق ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی، «شوهر می تواند زن خود را از حرفه یا صنعتی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد منع کند». در این قانون، تشخیص تنافی شغل زوجه با مصالح خانوادگی یا حیثیات زوجین با شوهر است. پس از تصویب قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳، ماده ۱۸ آن جایگزین ماده مزبور گردیده است. در این قانون چنین آمده است: «شوهر می تواند با تأیید دادگاه زن خود را از اشتغال به هر شغلی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد منع کند. زن نیز می تواند از دادگاه چنین تقاضائی را بنماید. دادگاه در صورتی که اختلالی در امر معیشت خانواده ایجاد نشود، مرد را از اشتغال به شغل مذکور منع می کند». همانطور که مشاهده می شود، در این قانون، «مصالح خانوادگی» معیاری برای تحدید حق اشتغال زوجین قرار گرفته و تشخیص آن به دادگاه موکول شده است.

۲) تحدید حق طلاق زوج؛ قانونگذار با اصلاح ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی،^۱ اختیار مطلق

۱. ماده ۱۱۳۳، مصوب ۱۳۱۴: «مرد می تواند هر وقت بخواهد زن خود را طلاق دهد».

مرد در طلاق همسر را محدود کرده است. مطابق ماده ۲۵ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱، «در صورتی که زوجین متقاضی طلاق توافقی باشند، دادگاه باید موضوع را به مرکز مشاوره خانواده ارجاع دهد...». همچنین، مطابق ماده ۲۷ قانون فوق، «در کلیه موارد درخواست طلاق، به جز طلاق توافقی، دادگاه باید به منظور ایجاد صلح و سازش موضوع را به داوری ارجاع کند...». بنابراین، چنین نیست که شوهر هر وقت بخواهد بتواند بی درنگ همسر خود را طلاق دهد؛ بلکه باید به دادگاه مراجعه و دادگاه زوجین را به مرکز مشاوره یا داوری ارجاع خواهد داد. مبنای تحدید اراده شوهر در طلاق، مصلحت حفظ خانواده و پیشگیری از طلاق‌های واهی است که در روایات اسلامی مبعوض پرودگار شمرده شد (طبرسی، ۱۳۹۲، ص ۱۹۷؛ کلینی، ۱۳۶۳، ج ۶، ص ۵۴).

۳) تحدید اختیار شوهر در چند همسری؛ اگر اختیار مرد در تعدد زوجات محدود و منضبط نباشد، هر کس به تشخیص خود اقدام به اختیار همسران متعدد خواهد کرد. در حالی که اغلب آنان قادر نیستند عدالت را میان همسران رعایت نمایند. ناگزیر دعاوی فراوانی در روابط همسران شکل خواهد گرفت. این رویه به سستی بنیان خانواده و افزایش طلاق و همچنین طرح دعاوی فراوان در محاکم قضایی می‌انجامد. بر این اساس، در نظام حقوقی ایران مانند بعضی کشورهای مسلمان (بداغی، ۱۳۸۷، ص ۱۳۵؛ اندرسون، ۱۳۷۶، ص ۱۰۴ و ۱۰۵)، اختیار شوهر در تعدد زوجات محدود گردید. ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده (م ۱۳۵۳)، اختیار همسر دیگر را به رضایت همسر اول یا احراز شرایط مذکور در قانون موکول نموده و در هر صورت، اجازه دادگاه را ضروری شناخته است (همان، ماده ۱۷). برای این قانون ناسخی تا کنون نیامده و همچنان قابل اجرا است؛ به جز بخش اخیر ماده ۱۷ درباره ضمانت اجرای کیفری آن که توسط شورای نگهبان به موجب نظریه شماره ۱۴۸۸/۵/۹/۱۳۶۳، مورخ ۱۳۶۳/۶/۳ غیرشرعی شناخته شد (روزنامه رسمی، شماره ۱۱۵۰۲).

۴) تحدید اختیار ولی قهری در تزویج کودکان؛ از منظر فقهی، ولی قهری می‌تواند با رعایت مصلحت طفل، وی را تزویج نماید (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۸۶۶؛ امام خمینی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۲۵۵؛ سیستانی، ۱۴۱۶، ج ۳، ص ۲۵؛ مکارم شیرازی، ۱۳۸۶، ص ۲۹۹؛ فاضل لنگرانی، ۱۴۲۱، ص ۱۰۵). قانون مدنی به منظور رعایت مصلحت طفل و



پیشگیری از خطا در تشخیص مصلحت یا سوء استفاده احتمالی ولی قهری، تشخیص مصلحت طفل را بر عهده دادگاه قرار داده است. مطابق ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی، «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح».

۵) ترجیح مصلحت طفل بر حق حضانت پدر؛ مطابق ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی، حضانت طفلی که والدین او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، تا هفت سالگی با مادر و پس از آن با پدر است. تبصره این قانون بیان می‌دارد: «بعد از هفت سالگی، در صورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه می‌باشد». بنابراین، مصلحت کودک بر حق حضانت پدر ترجیح دارد. همچنین، مصلحت طفل عنصر تعیین‌کننده در ترتیب، زمان و مکان ملاقات وی با پدر و مادر و سایر بستگان است (ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده).

ب- مصالح عمومی

مصلحت عمومی نیز ملاک دیگری در مهندسی حقوقی خانواده یا بطور کلی مداخلات دولت در حقوق خصوصی به شمار می‌آید. در اصول متعددی از قانون اساسی این اصطلاح یا معادل‌های مفهومی آن بکار رفته است. مانند حق اشتغال شهروندان در چارچوب مصالح عمومی (اصل ۲۸)، منع تجاوز به منافع عمومی (اصل ۴۰)، انفصال قضات به اقتضای مصلحت جامعه (اصل ۱۶۴)، و آزادی بیان در صدا و سیما جمهوری اسلامی با رعایت مصالح کشور (اصل ۱۷۵). در بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۵۸، نهادی برای تشخیص مصلحت نظام پیش‌بینی گردید (اصل ۱۱۲). پیش از بیان نمونه‌هایی از تأثیر مصلحت عمومی در مهندسی حقوقی خانواده، لازم است تعریف و ویژگی‌های اصطلاح «مصلحت عمومی» تبیین شود.

یکم: تعریف و ویژگی‌های مصلحت عمومی

با توجه به تعریف مصلحت در مباحث سابق، می‌توان به یک تعریف لغوی یا

شرح‌الاسمی از اصطلاح «مصلحت عمومی» دست یافت و آن را به نفع عمومی یا خیر عمومی تعریف کرد. در اصل ۴۰ قانون اساسی به جای «مصلح عمومی»، از اصطلاح «منافع عمومی» استفاده شده است.^۱ تعریف مصلحت عمومی به نفع یا خیر عمومی از ابهام این اصطلاح کم نمی‌کند. زیرا مسأله مهم این است که مصلحت، منفعت یا خیر عمومی چیست و چگونه تعیین می‌شود. اهمیت این پرسش از آن رو است که اگر ضابطه یا معیار مهمی برای مصلحت‌سنجی تعیین نشود، به آسانی توسط سیاست‌مداران مورد سوء استفاده قرار می‌گردد. به همین دلیل، تعیین سنجه‌هایی برای ضابطه‌مند کردن مداخلات مصلحتی دولت در حقوق و آزادی‌های عمومی ضروری است. در ادامه، آرای بعضی فقها و حقوقدانان پیرامون مفهوم مصلحت عمومی را مورد توجه قرار خواهیم داد:

(۱) بعضی فقها در پاسخ پرسش‌هایی درباره مصلحت عمومی، آن را به حفظ نظام و حکومت اسلامی و حفظ نظم جامعه بازگردانده و اظهار داشته‌اند: «مصلحت در فقه اهل سنت مفهومی دارد، و در فقه مکتب اهل بیت علیهم‌السلام مفهومی دیگر. آنچه از نظر فقه شیعه قابل توجیه است، در سه محور خلاصه می‌شود: اول: آنچه مربوط به حفظ نظام و حکومت اسلامی است. دوم: حفظ نظم جامعه؛ براساس این دو نوع مصلحت بسیاری از احکام مستحدثه شکل می‌گیرد؛ زیرا حفظ نظام و حفظ نظم جامعه از مهمترین اهداف اسلام است، که انحراف از آن جایز نیست. سوم: آنچه مربوط به تعارض اهمّ و مهمّ است؛ یعنی هرگاه دو مصلحت که مورد توجّه و قبول فقه اسلام است، در مقابل یکدیگر قرار گیرند، باید مصلحت اهمّ را ترجیح داد و مهمّ را فدای آن کرد...»؛ (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ج ۳، ص ۵۶۴).

(۲) بعضی پژوهشگران، سه دیدگاه متفاوت درباره مفهوم «مصلحت عمومی» را تشریح کرده‌اند. این سه عبارت‌اند از «جمع عددی مصلحت‌های فردی»، «مصلحت حکومت»، و «مصلحت حیات جمعی»؛ (راسخ و بیات کمیتکی، ۱۳۹۰، ص ۴). دیدگاه

۱. اصل ۴۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی: ایران «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد».

نخست، بر این عقیده است که جامعه یک هیأت موهوم است و مصلحت عمومی چیزی جز مصلحت یا منفعت خصوصی تک تک اعضای جامعه نیست (همان، ص ۶). در پاسخ باید گفت: اولاً، جامعه یک هیأت موهوم نیست. قرآن کریم برای امت‌ها سرنوشت مشترک (رعد: ۱۱)، نامه عمل مشترک (جاثیه: ۲۸)، حیات و مرگ مشترک (اعراف: ۳۴) قائل است. بعضی متفکران از این آیات نتیجه گرفته‌اند که جامعه مانند افراد اصالت دارد (طباطبایی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۹۶؛ مطهری، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۳۴۰). ثانیاً، چنین نیست که همواره منافع عمومی با منافع همه اعضای جامعه همسو باشد؛ بلکه گاهی این دو در تعارض با یکدیگر هستند. مانند تعارض منافع تجار در به دست آوردن حداکثر سود از طریق ارائه محصولات بی کیفیت، با منافع جمعی جامعه (راسخ و بیات کمیتکی، ۱۳۹۰، ص ۷). نظریه دوم نیز غیرقابل پذیرش است. زیرا فرض اینکه مقام‌های حکومتی لزوماً مصالح عمومی را به درستی تشخیص داده و همواره برای عملی کردن آن اقدام می‌کنند دور از واقعیت است (همان، ص ۱۰۳).

مصلحت عمومی را باید به مصلحت حیات جمعی یا منافع مشترک افراد جامعه تعریف نماییم. مبتنی بر این نظریه، منافی که میان همه افراد جامعه، صرف نظراز میزاتی نظیر جنسیت، موقعیت اجتماعی، نژاد، قومیت، و سن، مشترک بوده و حیات جمعی آنان را تأمین می‌کند مصلحت عمومی شمرده می‌شود. مصلحت عمومی به معنی مذکور، دارای دو بعد سلبی و ایجابی است. مانند خودداری از آلوده‌سازی محیط زیست و حفظ نظم عمومی که اولی سلبی و دومی ایجابی است (همان، ص ۱۰۴). مصلحت عمومی جنبه‌ی طریقی، آلی یا ابزاری دارد؛ زیرا برای حفظ حیات جمعی و منافع مشترک انسان‌ها ضروری است. همچنین، مصلحت عمومی به لحاظ اخلاقی بی‌طرف است و چنین نیست که ناظر به منافع گروهی خاص باشد و ملاک‌هایی نظیر دین، مذهب، نژاد، و جنسیت در آن بی‌اثر است (همان، ص ۱۰۵-۱۰۷).

بعضی حقوقدانان بر مبنای تعریف و ویژگی‌های مصلحت عمومی، مصادیق مهم آن را بر شمرده‌اند. نظم عمومی، امنیت عمومی، حداقل رفاه عمومی، حداقل بهداشت عمومی، و حداقل آموزش عمومی، مصادیق مهم مصلحت عمومی هستند و مداخلات مصلحتی دولت عمدتاً به این عناوین باز می‌گردد (همان، ص ۱۰۷).

دوم: نقش مصلحت عمومی در مهندسی حقوقی خانواده

در حقوق خانواده ایران، مواردی از مداخله حکومت برای تأمین مصالح عمومی مشاهده می‌شود. در این قسمت، تأثیر هر یک از ابعاد مصالح عمومی در نظام قانونگذاری مورد توجه قرار می‌گیرد:

۱) حفظ نظم عمومی در محدودسازی ازدواج با اتباع خارجی؛ اسباب تحریم نکاح در فقه اسلامی مشخص گردیده است. مواردی نظیر قرابت، زوجیت، استیفای عدد و غیره (محقق حلی، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۲۲۵). قانون مدنی نیز آنها را در فصل «موانع نکاح»، در مواد ۱۰۴۵-۱۰۶۱ ذکر کرده و موارد دیگری را نیز بر آنها افزوده است. مانند ماده ۱۰۶۰ قانون مدنی که بیان می‌دارد: «ازدواج زن ایرانی با تبعه خارجه در مواردی هم که مانع قانونی ندارد موقوف به اجازه مخصوص از طرف دولت است». به نظر می‌رسد مبنای این محدودیت نظم عمومی است.

۲) حفظ امنیت عمومی در محدودسازی ازدواج مستخدمین، مأمورین و محصلین رسمی با اتباع خارجی؛ مطابق ماده ۱۰۶۱ این قانون، «دولت می‌تواند ازدواج بعضی از مستخدمین و مأمورین رسمی و محصلین دولتی را با زنی که تبعه خارجه باشد موقوف به اجازه مخصوص نماید». قانون منع ازدواج کارمندان وزارت امور خارجه با اتباع بیگانه (م ۱۳۴۵) نیز در این مورد محدودیت‌هایی وضع کرده است. برای این محدودیت، مبنایی جز حفظ امنیت ملی به نظر نمی‌رسد.

۳) حفظ سلامت عمومی در گواهی سلامت حین ازدواج؛ مطابق ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده (م ۱۳۹۱)، «وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی مکلف است... بیماری‌هایی را که باید طرفین پیش از ازدواج علیه آنها واکسینه شوند و نیز بیماری‌های واگیردار و خطرناک برای زوجین و فرزندان ناشی از ازدواج را معین و اعلام کند. دفاتر رسمی ازدواج باید پیش از ثبت نکاح گواهی صادر شده... را از آنان مطالبه و بایگانی کنند». مبنای این قانون، حفظ سلامت عمومی است.

۴) ارتقای سطح آگاهی در آموزش حین ازدواج؛ پیرو مصوبه ۱۳۹۴/۸/۲۰ دبیرخانه شورای عالی انقلاب فرهنگی با موضوع «برنامه ملی کنترل و کاهش طلاق»، طرح آموزش حین ازدواج در مراکز سلامت وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی به اجرا در می‌آید.





همانطور که در مقدمه تصویب نامه دبیرخانه شورای عالی انقلاب فرهنگی آمده است، هدف از برگزاری طرح مزبور، «تحکیم نهاد خانواده، کنترل و کاهش طلاق و جلوگیری از آسیب‌های اجتماعی ناشی از آن» است. در عمل، مراکز سلامت از صدور گواهی قبل از شرکت زوجین در کارگاه آموزش حین ازدواج خودداری می‌کنند.

قوانین و مقررات مذکور، با هدف نظم عمومی، امنیت عمومی، سلامت عمومی، و آموزش عمومی وضع و اجرا می‌گردد و همانطور که قبلاً اشاره شد، عناوین فوق در عنوان کلی «مصلحت عمومی» قرار می‌گیرد و از مصادیق آن به شمار می‌آیند. در بعضی مداخلات حقوقی، مبانی متعددی لحاظ شده است. مانند الزام به ثبت نکاح دائم و طلاق در ماده ۲۰ قانون حمایت خانواده و همچنین الزام به ثبت نکاح موقت در صورت باردار شدن زوجه در ماده ۲۱ این قانون. الزام به ثبت در این موارد به منظور حفظ نظام خانواده یا حفظ نظام قضایی و تسهیل رسیدگی به دعاوی خانوادگی صورت گرفته است.

ج- مصالح دینی و مذهبی

ملاک دیگر مداخله در حقوق خانواده، مصالح «دینی» و «مذهبی» است. برای تبیین این مطلب لازم است مباحث مربوط به آن را در دو قسمت «مصالح دینی» و «مصالح مذهبی» تشریح نماییم.

یکم: تأثیر مصالح دینی در مهندسی خانواده

مقصود از مصالح دینی، حفظ اسلام یا حفظ چهره اسلام است که در شمار مهم‌ترین مصالحت‌ها قرار داشته و در صورت تراحم، براحوکام فرعی دیگر ترجیح دارد. در سخنان امام خمینی (ره) با اشاره به این مطلب چنین آمده است: «ما و شما دو مسئولیت داریم: یک مسئولیت کوچک، و یک مسئولیت بزرگ. مسئولیت کوچک حفظ کشور، حفظ نظام و پیشبرد نهضت و رعایت جهات نظمی و تربیتی افراد [است] که این مهم است، لکن کوچکتر از آن دومی است. دوم، حفظ مکتب و چهره اسلام. ما اگر چنانچه در آن امر اول پیش ببریم، البته پیشبرد بزرگ است. و اگر شکست هم بخوریم، شکستش هم

بزرگ. لکن با حفظ چهرهٔ اسلام و حفظ مکتب، شکست آخری برای ما نیست...»؛ (امام خمینی، ۱۳۸۶، ج ۱۰، ص ۱۰۵). نیز به مناسبت دیگری اظهار داشته‌اند: «... آنچه در این حکومت اسلامی مطرح است، اسلام و احکام مترقی آن است؛ بر ملت عظیم الشان ایران است که در تحقق محتوای آن به جمیع ابعاد و حفظ و حراست آن بکوشند که حفظ اسلام در رأس تمام واجبات است»؛ (همان، ج ۲۱، ص ۴۰۲).

همانطور که مشاهده می‌شود، از نظر امام خمینی (ره)، حفظ اسلام مهم‌تر از همه واجبات شرعی است. مبتنی بر این نظریه - که قاعدتاً مورد قبول سایرین می‌باشد - اگر تحت شرایط خاص، اجرای یک واجب شرعی باعث تخریب چهره اسلام گردد، از آن صرف نظر می‌شود. برای این مطلب در بند بعدی مثالی ذکر خواهد شد.

دوم: تأثیر مصالح مذهبی در مهندسی خانواده

به نصّ اصل ۱۲ قانون اساسی، دین رسمی ایران اسلام و مذهب جعفری اثناعشری است. مقصود از مصالح مذهبی، حفظ وجهه مذهب شیعه اثناعشری است. مانند آنچه در بند سابق گذشت، چنانچه، اجرای یک حکم شرعی باعث بدنامی مذهب شیعه در دنیا گردد، از آن چشم‌پوشی خواهد شد. این مطلب در فتوای بعضی مراجع عظام به صراحت ذکر شده است. مانند این عبارت: «... در پرسش‌هایی که از ما مطرح می‌شود ما فتوا داده‌ایم که ازدواج موقت تنها در صورتی جایز است که ضرورت ایجاب کند. مثلاً زمانی که فرد از خانواده‌اش دور است و بیم آن می‌رود که اگر از این حکم یاری نجوید، در دام فسق و فجور گرفتار آید؛ یا اینکه فردی مجرد است و با وجود نیاز مبرم جنسی، امکان ازدواج دائم برای او فراهم نیست! بر این اساس اگر ازدواج موقت را ازدواج ضرورت بنامیم، به خطا نرفته‌ایم!»؛ (<https://www.isna.ir/news/96042715716>)

(15/8/1400). ممکن است از ظاهر جملات مزبور چنین برداشت شود که مشروعیت نکاح منقطع ویژه موارد ضروری یا اضطراری است. این برداشت صحیح نیست. مبنای نفی مشروعیت نکاح منقطع در موارد عادی، پیشگیری از وهن مذهب و سستی بنیان خانواده است. به عبارت دیگر، به نظر صاحب فتوای فوق، حکم اصلی نکاح منقطع اباحه است ولی به اقتضای جهات ثانوی، جز در موارد ضروری نباید سراغ آن رفت. بعد از



انتشار فتوای مزبور، استفتایی از سوی نگارنده به دفتر مرجع محترم ارسال شد که متن آن چنین است: «... احتراماً، در خصوص نامه حضرتعالی به شیخ الازهر که اخیراً منتشر گردیده است سؤالی برای جمعی از اساتید حوزه علمیه و حقوقدانان ایجاد شده است...؛ از بیان جنابعالی چنین برداشت می‌شود که ازدواج موقت را برای کسانی که در شرایط ضروری یا اضطراری نبوده و به آن نیازی ندارند مشروع نمی‌دانید و جواز آن جنبه ثانوی دارد. چنانچه درباره این مطلب توضیحی را لازم می‌دانید لطفاً جهت بهره‌برداری بیشتر مرقوم فرمایید». پاسخ مرجع محترم به استفتاء فوق چنین است: «... آنچه ما در این باره گفته‌ایم، از باب عنوان ثانوی، اجازه متعه به صورت گسترده منشأ مفاسد خانوادگی و هجوم دشمنان شیعه می‌شود. اضافه بر این در باب پنج ابواب متعه نیز اشارات روشنی به این معنی دیده می‌شود. در ضمن صاحب وسائل به آن باب عنوان کراهت داده در حالی که بعضی روایات باب ظاهر در حرمت است»؛ (شماره ۲۳۸۶، مورخ ۱۳۹۶/۵/۲).

د- مصالح سیاسی و حکومتی

اگر مقصود از «مصالح حکومتی» همان مصالح خانواده، مصالح عمومی، یا مصالح دین و مذهب باشد، مباحث مربوط به هر کدام قبلاً بیان گردید. اما اگر مقصود از آن حفظ نظام سیاسی خاص باشد، مسأله جداگانه‌ای است و لازم است به این پرسش مهم پاسخ داده شود که آیا مصالح حکومتی می‌تواند ملاکی برای مهندسی حقوقی خانواده یا بطور کلی موجب تحدید حقوق و آزادی‌های عمومی باشد؟ نخست جایگاه فقهی مصالح حکومتی و سپس تأثیر آن در حقوق خانواده ایران تبیین می‌گردد.

یکم: جایگاه مصالح حکومتی در فقه اسلامی

در منابع فقهی بطور مکرر از اصطلاح «حفظ نظام» استفاده شده و مبنای صدور فتوی قرار گرفته است. مقصود از اصطلاح فوق در بسیاری موارد، حفظ نظام اسلام، نظام مسلمین، نظام اجتماعی، نظام انسانی، نظام معیشتی و غیر آن است. این موارد از بحث کنونی خارج است. موضوع بحث کنونی حفظ نظام به معنی «نظام سیاسی موجود» است. آیا برای حفظ حکومت یا نظام سیاسی موجود، می‌توان بعضی احکام اسلام را

تغییر داده یا آن را به صورت موقت یا دائم تعطیل کرد. به عنوان مثالی در ارتباط با پژوهش کنونی، آیا حکومت می‌تواند برای کاهش فشار دولت‌های بزرگ یا سازمان‌های بین‌المللی، بعضی قوانین شرعی مربوط به خانواده مثل حد زنا یا مقررات مربوط به تعدد زوجات یا تزویج کودکان و غیر اینها را تغییر دهد یا خیر؟ در زیر به بعضی اظهار نظرهای فقهی پیرامون جایگاه فقهی «حفظ نظام سیاسی» در فقه اسلامی و ترجیح آن بر سایر احکام اسلامی در مقام تراحم اشاره می‌شود تا مقدمه‌ای بر تحلیل فقهی مسأله قرار گیرد:

(۱) امام خمینی (ره) در بعضی اظهار نظرهای خود، حفظ نظام جمهوری اسلامی را از امور مهم دانسته‌اند. در قسمتی از نامه ایشان به سران نظام درباره تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام، به تاریخ ۱۷ بهمن ماه ۱۳۶۶ چنین آمده است: «...مصلحت نظام از امور مهمه‌ای است که گاهی غفلت از آن موجب شکست اسلام عزیز می‌گردد. امروز جهان اسلام نظام جمهوری اسلامی ایران را تابلوی تمام نمای حل معضلات خویش می‌دانند. مصلحت نظام و مردم از امور مهمه‌ای است که مقاومت در مقابل آن ممکن است اسلام پابرهنگان زمین را در زمان‌های دور و نزدیک زیر سؤال برد، و اسلام آمریکایی مستکبرین و متکبرین را با پشتوانه میلیاردها دلار توسط ایادی داخل و خارج آنان پیروز گردانند...»؛ (امام خمینی، ۱۳۸۶، ج ۲۰، ص ۴۶۵). در عبارت دیگری از ایشان آمده است:

«أَنَّ حَفْظَ النِّظَامِ مِنَ الْوَاجِبَاتِ الْأَكِيدَةِ، وَ اخْتِلَالُ أُمُورِ الْمُسْلِمِينَ مِنَ الْأُمُورِ الْمَبْغُوضَةِ، وَ لَا يُقَامُ بَدَا، وَ لَا يَسَدُّ هَذَا إِلَّا بِوَالٍ وَ حُكُومَةٍ»؛ (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۶۱۹) همانا حفظ نظام از واجبات مورد تأکید و اختلال امور مسلمین از امور مبعوض شرعی است، و آن ممکن نیست جز به والی و حکومت.

(۲) از بعضی نظریه‌های فقهی خلاف دیدگاه سابق برداشت می‌شود. مانند: «... حفظ نظام اسلامی هر چند اهمیت دارد، ولی چون مشروعیت و اسلامیت نظام به این است که حدود و احکام اسلامی و ارزش‌های الهی را حفظ و اجرا نماید، نمی‌تواند امر نامشروع را مشروع نماید، وگرنه مستلزم دور خواهد شد؛ زیرا مشروعیت هر کدام متوقف است بر مشروعیت دیگری. پس حفظ نظام اسلامی مجوز ارتکاب کار نامشروع نمی‌باشد...»؛ (منتظری نجف‌آبادی، بی‌تا، ج ۲، ص ۵۰۰).

می‌دانیم که نظام‌های حکومتی به دو نوع «عدل» و «جور» تقسیم می‌شوند. به لحاظ فقهی حفظ نظام عدل واجب و حمایت یا یاری نظام جور یا حاکم جائز شرعاً حرام است (<http://porcesh.ir/fa/content/36868:7/8/1400>). از سوی دیگر، تشکیل حکومت و حفظ آن در اسلام یک واجب مقدمی است. امام خمینی (ره) در مباحث ولایت فقیه با تأکید بر این مطلب می‌نویسد: حکومت اسلامی همانا برای اجرای قانون و بسط عدالت الهی میان مردم تشریح شده است (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۶۲۳). از نظر ایشان، اجرای احکام شرعی نیز مطلوب عَرَضی و وسیله‌ای برای تحقق عدالت است (همان، ص ۶۳۳). این مطلب از سخن نورانی امام متقین علی بن ابیطالب (ع) استنباط می‌شود، آنگاه که فرمود: «به خدا سوگند این کفش وصله‌دار نزد من، از فرمان‌روایی بر شما محبوب‌تر است، مگر آن که حقی را به پا دارم یا باطلی را از میان بردارم»؛ (سیدرضی، ۱۴۱۴، ص ۴۲، خ ۳۳). نگاه طریقی یا مقدمی به حکومت اسلامی مبین دو مطلب مهم است:

۱. حفظ حکومت اسلامی واجب است؛ چه اینکه از طریق آن اجرای احکام الهی ممکن و عدالت گسترش می‌یابد.
۲. حفظ حکومت اسلامی به صورت مطلب برتر یا مهم‌تر از همه واجبات نیست؛ زیرا برتر از آن حفظ مکتب اسلام و گسترش عدالت الهی است.

پیش از این، از امام خمینی (ره) نقل شد که شکست اسلام و شکست نظام جمهوری اسلامی هر دو خسارت بار است ولی اولی مهم‌تر از دومی است؛ (امام خمینی، ۱۳۸۶، ج ۱۰، ص ۱۰۵). بدین ترتیب، اینکه به نام ایشان نقل می‌شود که حفظ نظام را اوجب واجبات یا واجب نفسی می‌دانست، نسبت ناروایی است. این مطلب با دقت در جمله معروف ایشان قابل استنباط است که گفته‌اند: «أَنَّ حَفْظَ النِّسْأَمِ مِنَ الْوَأَجِبَاتِ الْأَكِيدَةِ»؛ (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۶۱۹) همانا حفظ نظام از واجبات مؤکد است. حذف حرف «من» از جمله فوق، از روی سهویا غرض‌ورزی سیاسی (<https://kadivar.com/10266%209/7/1400>)، جفایی بر آن فقیه بزرگ و تحریف واقعیت است.

دوم: تأثیر مصالح حکومتی در مهندسی حقوقی خانواده

از آنچه در بند سابق بیان کردیم، معلوم شد که مصالح حکومتی می‌تواند در مهندسی حقوقی خانواده مؤثر باشد. اینک شایسته است بعضی مصادیق مصالح مورد نظر و تأثیر آن در جهت‌گیری‌ها یا تحولات حقوقی خانواده ایران مورد بررسی قرار گیرد.

(۱) از جمله عوامل مؤثر بر مهندسی حقوقی خانواده و تحولات مربوط به آن، اسناد و معاهدات بین‌المللی است. ایران عضو سازمان ملل است و در راستای هم‌گرایی بین‌المللی و بهره‌مندی از مزایای آن، به بعضی معاهدات بین‌المللی پیوسته است. از جمله آنها «میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی - ۱۹۹۶م» و «میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی - ۱۹۹۶م» است. مبنای میثاقین در مواد مربوط به خانواده و زنان، اصل مساوات است. مانند بند نخست ماده دوم میثاق حقوقی و سیاسی که بیان می‌دارد: «دولت‌های طرف این میثاق متعهد می‌شوند که حقوق شناخته شده در این میثاق را درباره کلیه افراد مقیم در قلمرو تابع حاکمیتشان بدون هیچگونه تمایزی از قبیل نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقیده سیاسی یا عقیده دیگر، اصل و منشأ ملی یا اجتماعی، ثروت، نسب یا سایر وضعیت‌ها محترم شمرده و تضمین بکنند». همچنین، ماده ۳ میثاق حقوق مدنی و سیاسی بیان می‌دارد: «دولت‌های طرف این میثاق متعهد می‌شوند که تساوی حقوق زنان و مردان را در استفاده از حقوق مدنی و سیاسی پیش‌بینی شده در این میثاق تأمین کنند». همین عبارت در ماده ۳ میثاق حقوق اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی بیان شده است. این مواد به صراحت خواهان لغو تمایزات جنسیتی، دینی و مذهبی در حقوق داخلی کشورهای عضو می‌باشد. این در حالی است که نظریه حقوقی ایران در ماده ۱۰۱ قانون برنامه ششم توسعه و غیر آن «عدالت جنسیتی» است. پیش از انقلاب اسلامی (۱۳۴۵)، ایران به میثاقین به صورت مطلق و بدون حق شرط ملحق گردیده است. برغم مغایرت بعضی مواد میثاقین با حقوق ایران و اسلام، به اقتضای مصالح حکومتی و حفظ وجهه کشور در عرصه بین‌الملل، ایران همچنان عضو و متعهد به اجرای آن است.

(۲) عامل دیگر در مهندسی حقوقی خانواده، حقوق بشر است. اسناد مربوط به حقوق



بشرمانند اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸م)^۱ یا اعلامیه حذف خشونت علیه زنان (۱۹۹۴م)^۲ تا وقتی به صورت معاهده یا پیمان نامه نباشد، و مورد پذیرش کشورها قرار نگیرد، به صورت مستقیم برای آنها تعهد ایجاد نمی‌کند؛ با وجود این، به دلایل متعدد، کشورهایی که مواد آن را نقض می‌کنند، دچار پیامدها و انزوای بین‌المللی خواهند شد. اولاً بسیاری از مواد اسناد حقوق بشری، در معاهدات بین‌المللی مانند میثاقین، کنوانسیون حذف تبعیض علیه زنان (۱۹۷۹م)^۳، کنوانسیون حقوق کودک (۱۹۸۹م)^۴ و غیره نیز آمده است. پیش از این اشاره شد که جمهوری اسلامی ایران عضو میثاقین و کنوانسیون حقوق کودک می‌باشد. به ویژه درباره میثاقین که تعهد کشور ما به مفاد آن به صورت مشروط نمی‌باشد. ثانیاً، به دلیل سیطره قدرت‌های بزرگ بر سازمان‌های بین‌المللی، آنان با سوء استفاده از مواد اسناد مربوط به حقوق بشر، کشورهای دیگر به ویژه کشورهای اسلامی را تحت فشار قرار داده و علیه آنها اجماع بین‌المللی ایجاد می‌نمایند.

به نظر می‌رسد، تلاش برای کاهش تمایزات جنسیتی در حقوق خانواده ایران یا بعضی مسایل مربوط به زنان مانند برابری دیه زن و مرد (تبصره ماده ۵۵۱ قانون مجازات اسلامی)، اصلاح شرایط اجرای مجازات رجم برای زنان محصنه (همان، ماده ۲۲۵)، برابری دیه اقلیت‌های دینی (همان، ۵۵۴)، و تعیین سن رشد کیفی (همان، ماده ۹۱)، تحت تأثیر تعهدات مذکور و برای حفظ وجهه کشور در عرصه بین‌الملل صورت گرفته است.

نقد و بررسی

نگارنده در مباحث پیشین، دلایل اثربخشی مصالح حکومتی یا نظریه حفظ نظام در حقوق داخلی را تشریح کرده و اجمالاً از آن دفاع کرده است. در این قسمت لازم است

-
- 1 . Universal Declaration of Human Rights.
 - 2 . The law on the Elimination of Violence against Women (EVAW).
 - 3 . Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women.
 - 4 . Convention on the Rights of the Child.

برخی نکات ضروری را درباره مسأله مورد بررسی یادآور شویم:

۱) انعطاف‌پذیری بیش از اندازه و عقب‌نشینی غیرضروری از احکام شرعی، به بهانه حفظ وجهه کشور و دفع فشار سازمان‌های بین‌المللی، در درازمدت به عرفی شدن دین یا تعطیلی شریعت منجر می‌گردد. قبلاً متذکر شدیم که حقوق اسلام و ایران به دلیل ابتنای بر نظریه «عدالت جنسیتی» با اسناد و معاهدات بین‌المللی که بر لغو تمایزات جنسیتی تأکید می‌نماید، تفاوت بنیادی دارد. بر این اساس، بیم آن می‌رود به صورت تدریجی، بسیاری از احکام دچار دگرگونی شوند. بنابراین، در این رابطه باید از انفعال غیرضروری خودداری شود و در صورت لزوم الحاق به معاهدات بین‌المللی، از حق شرط استفاده شود. مانند الحاق جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون حقوق کودک که به صورت مشروط صورت گرفته است.

۲) در مواردی که اصلاح ساختارهای حقوقی داخلی برای حفظ وجهه بین‌المللی کشور ضروری تشخیص داده شود، لازم است این مقصود با استفاده از ظرفیت‌های فقه اسلامی دنبال گردد. به عنوان نمونه، می‌توان به تجربه بهره‌جویی از ظرفیت عناوین ثانوی (هدایت‌نیا، ۱۳۸۸، ج ۳، ص ۵۸) و بطور خاص شروط ضمن عقد (همان، ص ۷۷)، برای کاهش تمایزات جنسیتی در حقوق خانواده اشاره کرد. می‌دانیم که ماده ۸ قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳، به صورت برابر، در ۱۴ مورد برای زن و شوهر حق درخواست طلاق پیش‌بینی کرده بود. پس از انقلاب اسلامی، ماده مذکور با تبصره دوم ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص (م ۱۳۵۸) نسخ گردید. ولی پس از مدتی، همان موارد در ۱۲ بند به صورت شرط ضمن عقد به اسناد نکاحیه ملحق گردید و بدین ترتیب، زوجه به صورت وکالتی در بسیاری موارد از حق طلاق برخوردار گردید. تجربه دیگر، بهره‌جویی از روش‌گزینشی و انتخاب فتوای مناسب می‌باشد. در مسایل اختلافی فقهی، به آسانی می‌توان با انتخاب فتوای معتبر، قانون را اصلاح نموده و فشارهای سازمان‌های بین‌المللی را دفع کرد. از قضا، بسیاری از مسایل مهم مربوط به زنان در خانواده و جامعه مانند مسایل مربوط به کودک‌همسری (اعم از تزویج و استمتاع از کودک همسران)، تعدد زوجات، حق حضانت، به لحاظ فقهی مورد اختلاف است. از طرفی، فتوای معیار در نظام قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران تعیین ندارد. بنابراین، روش‌گزینشی می‌تواند در حل مسایل



کنونی حقوق ایران در چالش‌های بین‌المللی مورد توجه قرار گیرد (همان، ص ۱۰۲).

نتیجه‌گیری

این نوشتار در بررسی مسایل مربوط به «مبانی» و «ملاک‌های مصلحت‌سنجی در مهندسی حقوقی خانواده» به نتایج زیر دست یافته است:

۱. مبنای مصلحت‌سنجی حکومت اسلامی در حقوق خانواده، «ولایت عامه» یا مطلقه فقیه حاکم در عرصه عمومی و مدیریت مصالح اجتماعی در اندیشه فقهی امام خمینی (ره) و گروهی از فقها و همچنین قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است. همچنین، قاعده اهمیت در حل نزاع، مبنای مهم دیگر مصلحت‌سنجی و مداخلات حقوقی در خانواده می‌باشد. فقیه حاکم به عنوان متولی در مدیریت مصالح کلی جامعه و مرجع تشخیص آن، متولی حلّ نزاع در اجرای احکام شرعی و تشخیص حکم اهمّ از غیر آن است. بر این اساس، مصالح کلی در نزاع با احکام فرعی خانواده، حکم اهمّ شناخته می‌شود و بر آنها ترجیح خواهد داشت.
۲. مصالح کلی یک عنوان مبهم است و برای ضابطه‌مندسازی مداخلات حقوقی و پیشگیری از سلیقه‌مداری و تحدید یا سلب غیرموجه حقوق و آزادی‌های عمومی، باید معیارهای آن معین گردد. بر این اساس، مصالح خانواده، مصالح عمومی (اعمّ از نظم عمومی، امنیت عمومی، سلامت عمومی، رفاه حداقلی، و آموزش حداقلی)، مصالح دینی و مذهبی، و مصالح حکومتی، معیارها یا ملاک‌های مهم مصلحت در مدیریت مصالح کلی جامعه محسوب می‌گردند.
۳. در حقوق خانواده ایران، نمونه‌های فراوانی از مداخلات حقوقی توسط قانونگذار مشاهده می‌شود که به جز بعضی از آنها، عمدتاً مبتنی بر مصادیق مصالح کلی به شمار می‌آیند.



منابع

۱. قرآن کریم.
۲. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ سوم، دار صادر، بیروت، ۱۴۱۴ق.
۳. ابن ابی جمهور احسائی، محمد بن علی، عوالی اللثالی العزیزیه فی الاحادیث الدینیّه، تحقیق مجتبی عراقی، قم، مطبعة سيد الشهداء، ۱۴۰۳ق.
۴. امام خمینی، سیدروح الله موسوی، تحریر الوسیله، مؤسسه مطبوعاتی إسماعیلیان، چاپ دوم، قم، ۱۳۹۰.
۵. امام خمینی، سیدروح الله موسوی، صحیفه امام، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ چهارم، تهران، ۱۳۸۶.
۶. امام خمینی، سیدروح الله موسوی، کتاب البیع، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران، چاپ اول، تهران، ۱۴۲۱ق.
۷. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، کتابفروشی اسلامیّه، تهران، ۱۳۷۰.
۸. اندرسون، نورمن، تحولات حقوقی جهان اسلام، ترجمه فخرالدین اصغری و ...، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول، قم، ۱۳۷۶.
۹. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، القضاء و الشهادات، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، قم، ۱۴۱۵ق.
۱۰. بداغی، فاطمه، «ازدواج مجدد در کشورهای اسلامی»، مطالعات راهبردی زنان، سال دهم، شماره ۴۰، ۱۳۸۷.
۱۱. جاوید، محمدجواد و مهاجری، مریم، مبانی مداخله دولت در نهاد خانواده در نظام حقوقی ایران، مطالعات راهبردی زنان، شماره ۸۲، زمستان ۱۳۹۷.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، چاپ ششم، تهران، ۱۳۷۲.
۱۳. جوادی آملی، عبدالله، ولایت فقیه - ولایت فقاها و عدالت، مرکز نشر اسراء، چاپ اول، قم، ۱۳۷۸.
۱۴. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیة، دارالعلم للملایین، چاپ اول، بیروت - لبنان، ۱۴۱۰ق.
۱۵. راسخ، محمد و بیات کمیتکی، مهناز، مفهوم مصلحت عمومی، نشریه تحقیقات



- حقوقی، شماره ۵۶، زمستان ۱۳۹۰.
۱۶. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات ألفاظ القرآن، دریک جلد، دارالعلم - الدار الشامية، چاپ اول، لبنان - سوریه، ۱۴۱۲ق.
۱۷. سیستانی، سیدعلی حسینی، منهاج الصالحین، دفترآیت الله سیستانی، قم، ۱۴۱۶ق.
۱۸. سیدرضی، محمد، نهج البلاغه، مؤسسه نهج البلاغه، چاپ اول، قم، ۱۴۱۴ق.
۱۹. شهید اول، محمد بن مکی عاملی، القواعد و الفوائد، کتابفروشی مفید، چاپ اول، قم، بی تا.
۲۰. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، مؤسسة المعارف الإسلامية، چاپ اول، قم، ۱۴۱۳ق.
۲۱. صدر، سیدمحمدباقر، اقتصادنا، دفتر تبلیغات اسلامی - شعبه خراسان، چاپ اول، قم، ۱۴۱۷ق.
۲۲. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، العروة الوثقی، مؤسسة الأعلمی للمطبوعات، چاپ دوم، بیروت، ۱۴۰۹ق.
۲۳. طباطبایی، سیدمحمدحسین، المیزان، دفتر انتشارات، چاپ پنجم، قم، ۱۴۱۷.
۲۴. طبرسی، حسن بن فضل، مکارم الاخلاق، الشریف الرضی، ۱۳۹۲ق.
۲۵. طریحی، فخرالدین، مجمع البحرین، کتابفروشی مرتضوی، چاپ سوم، تهران، ۱۴۱۶ق.
۲۶. طوسی، محمد بن حسن، الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، دارالکتب الإسلامية، چاپ اول، تهران، ۱۳۹۰ق.
۲۷. طوسی، محمد بن حسن، تهذیب الأحکام، دارالکتب الإسلامية، چاپ چهارم، تهران، ۱۴۰۷ق.
۲۸. علاسوند، فریبا، مداخله‌ی حکومت اسلامی درباره‌ی حقوق خانواده (ظرفیت‌ها و ضرورت‌گاه‌ها)، مطالعات راهبردی زنان، سال شانزدهم، شماره ۶۲، زمستان ۱۳۹۷.
۲۹. علیدوست، ابوالقاسم، فقه و مصلحت، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۸.
۳۰. غزالی، ابوحامد امام محمد، المستصفی، دارالکتب العلمیة، بیروت، ۱۴۱۷.
۳۱. فاضل لنکرانی، محمد تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله (النکاح)، مرکز فقهی ائمة اطهار، قم، ۱۴۲۱ق.

۳۲. فراهیدی، خلیل بن احمد، العین، تحقیق مهدی مخزومی، ابراهیم سامرائی، مؤسسة دارالهجرة، قم، ۱۴۱۰ق.
۳۳. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، شرکت انتشارات با همکاری بهمن برنا، چاپ سوم، تهران، ۱۳۷۱.
۳۴. کاتوزیان، ناصر، گامی به سوی عدالت، دانشگاه تهران، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۹.
۳۵. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، تهران، چهاردهم، ۱۳۷۰.
۳۶. کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، تحقیق علی اکبر غفاری، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۶۳.
۳۷. مجلسی، محمدباقر، بحارالانوار، تحقیق محمدباقر بهبودی، داراحیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۳ق.
۳۸. محقق حلّی، جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، تحقیق عبدالحسین محمدعلی بقال، انتشارات اسماعیلیان، قم، ۱۴۰۸ق.
۳۹. محقق حلّی، جعفر بن حسن، معارج الاصول، مؤسسة آل البيت، الطبعة الاولى، قم، ۱۴۲۳ق.
۴۰. مرتضوی، سیدضیاء، قلمرو اختیار دولت در مسائل خانواده در نگاه علامه طباطبائی، مطالعات جنسیت و خانواده، شماره اول، بهار و تابستان ۱۳۹۵.
۴۱. مرکز تحقیقات زن و خانواده، دوماهنامه حوراء، «مناسبات حاکمیت و خانواده؛ ضرورت بازنگری در رویکردها»، شماره ۴۶، مهر و آبان ۱۳۹۳.
۴۲. مصباح یزدی، محمدتقی، در پرتو ولایت، نگارنده: محمد مهدی نادری قمی، انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره)، قم، ۱۳۸۳.
۴۳. مطهری، مرتضی، مجموعه آثار، انتشارات صدرا، چاپ ششم، تهران، ۱۳۷۴.
۴۴. مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ چارم، قم، ۱۳۷۰.
۴۵. مقرئ فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر، منشورات دار الرضی، چاپ اول، قم، بی تا.
۴۶. مکارم شیرازی، استفتاءات جدید، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، قم، چاپ دوم، ۱۴۲۷ق.

۴۷. مكارم شيرازى، ناصر، انوار الفقاهة فى شرح تحرير الوسيلة، كتاب النكاح، الجزء الاول، مؤسسه تنظيم و نشر تراث الامام الخمينى (ره)، الطبعة الاولى، تهران، ۱۳۸۶.
۴۸. منتظرى نجف آبادى، حسينعلى، رساله استفتاءات، چاپ اول، قم، بى تا.
۴۹. منتظرى نجف آبادى، حسين على، معارف و احكام بانوان، انتشارات مبارك، چاپ دوم، قم، ۱۴۲۷ق.
۵۰. موسوى خويى، سيد ابوالقاسم، موسوعة الإمام الخوئى، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئى، چاپ اول، قم، ۱۴۱۸ق.
۵۱. نجفى، محمد حسن، جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام، دار احياء التراث العربى، چاپ هفتم، بيروت، بى تا.
۵۲. نراقى، احمد بن محمد، عوائد الايام فى بيان قواعد الاحكام، دفتر انتشارات اسلامى، چاپ اول، قم، ۱۴۱۷.
۵۳. هدايت نيا، فرج الله، حقوق خانواده در جمهورى اسلامى ايران، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ اول، ۱۳۹۸.
۵۴. هدايت نيا، فرج الله، فلسفه حقوق خانواده، ج ۳ (نقد قوانين و مقررات خانواده ايران)، شوراى فرهنگى اجتماعى زنان، چاپ دوم، تهران، ۱۳۸۸.

54. <https://kadivar.com/10266>.

55. <http://porcesh.ir/fa/content/36868>.

56. <https://www.isna.ir/news/96042715716>.

