

روش‌شناسی تشخیص حق از حکم در حوزه‌ی حقوق زن

حسین جاوری[°]

علیمراد حیدری^{°°}

محدثه اصولی یامچی^{°°°}

چکیده

دخالت اراده‌ی اشخاص در دامنه‌ی حقوق زن، از جمله مباحث چالش برانگیز در این حوزه است. امکان جریان نقل، انتقال یا اسقاط در مقوله‌های مرتبط با حقوق زن از بایسته‌هایی است که بحث درباره‌ی آن دیرینه‌ای دیرین دارد. حق اصطلاحی، قابلیت اقتضایی نقل، انتقال و اسقاط دارد و اراده‌ی اعلامی و انشایی شخص موضوع حق، در ثبوت و سقوط حق و قبض و بسط دامنه‌ی حق، نقش برجسته‌ای دارد؛ در حالی که ساحت حکم (تکلیف)، از امکان تعرض اراده‌ی اشخاص، در نقل و اسقاط مصون است و نفیاً و اثباتاً دائر مدار مصالح، مفاسد و موضوع خود است. بنابراین، حکم، جز به امتثال یا انتفای موضوع، ساقط نمی‌شود. روش‌شناسی تشخیص حق از حکم در حوزه‌ی حقوق زن، بایسته‌ای است که در این نوشتار بدان توجه شده است. توجه به عمومات معاملات، عموم و اطلاق دلایلی که در مقام حق مورد بحث وجود دارد، مناسبت حکم و موضوع، توجه به آثار، قیاس اولویت، استقراء، گزاره‌های خبری در مقام انشاء، وجود مصالح عمومی و حق‌الله، آثار و نظایر آن از جمله معیارهایی است که در نیل به مقصود بحث می‌شود.

واژگان کلیدی

حق، حکم، نقل، انتقال، اسقاط، اراده.

*. استادیار دانشگاه پردیس فارابی (نویسنده مسئول) hjavar@ut.ac.ir

** استادیار دانشگاه حضرت معصومه (علیها السلام)

*** دانش آموخته سطح چهار حوزه علمیه قم

مقدمه و بیان مسئله

از میان مباحث متنوع در حوزه‌ی حقوق زن، برخی بنیادی‌تر به نظر می‌رسد. یکی از این مباحث که با چالش‌های موجود ارتباط دارد، محدوده‌ی اختیارات و تصرفاتی است که در حوزه‌ی خانواده واقع می‌شود؛ امکان تصرف و میزان تأثیر اراده‌ی اشخاص در برخی حقوق و شئون زن و خانواده از بحث‌های چالش برانگیز این حوزه‌ی بسیار مهم از حیات بشری به شمار می‌رود.

بسیاری از اوقات، قراردادهایی بسته می‌شود که دربردارنده‌ی شروط تحدیدی یا سلبی حقوق زنان است که شاید در مشروعیت و نفوذ این قراردادها تردید شود. رفع این گونه تردیدها، در گرو پاسخ به این پرسش است که آیا امکان سلب حق مورد گفتگو وجود دارد یا خیر؟ شخص موضوع حق و سایرین، تا چه حدی می‌توانند در حق شخص تصرف کنند؟ آیا امکان اسقاط حق و نقل و اباحه در تصرف و دخالت «اذن» و «اراده‌ی اعلامی» در «قبض و بسط» و «سلب» آن وجود دارد یا خیر؟ از سوی دیگر، پاسخ به این پرسش که آیا در این باره، امکان سلب حق و دخالت اراده‌ی شخص موضوع حق یا اشخاص ثالث، وجود دارد یا خیر، در گرو شناسایی ماهیت حق مورد گفت‌وگو است. در فقه امامیه و به تبع آن حقوق ایران، این ماهیت، در پرتو ضوابط مربوط به حق و حکم (تکلیف) شناسایی می‌شود.

بنابراین، مسئله‌ی پیش روی پژوهش حاضر این است که با چه ضوابط و معیارهایی، می‌توان به گسست حق از حکم و تمیز آن در حوزه‌ی حقوق زن دست یافت.

روش‌شناسی تشخیص حق از حکم در حوزه‌ی حقوق زن

به نظر می‌رسد، پاسخ یکسان و مطلق در این باره وجود ندارد و در هر مورد به تناسب، باید از قاعده و ضابطه‌ی مناسب مقام بهره گرفت. هنگامی که برخی از مصادیق با نظم عمومی، اخلاق حسنه، فرهنگ عمومی و نظایر آن ارتباط دارد یا جایی که به طور کاملاً روشن در حوزه‌ی تسلط اشخاص قرار می‌گیرد، بحث چندانی وجود ندارد اما در بقیه‌ی موارد می‌توان از ضوابطی نظیر وجود مصالح و مفاسد، مناسبت حکم و موضوع، عمومات، لسان دلیل، آثار، دلالت گزاره‌های خبری و نظایر آن بهره گرفت. توجه به اصل عملیه مناسب مقام هم برای مواقعی که نتوان از ضوابط موجود به نتیجه‌ی روشنی دست یافت، شایسته‌ی توجه است که در مجال دیگری مورد بحث قرار خواهد گرفت.

در این نوشتار، با مراجعه به دیدگاه‌های مطرح شده درباره‌ی حق و حکم، نظریه‌ی مناسب درباره‌ی مفهوم حق و حکم و اثر آن در این باره بیان شده است و سپس به معیارهای ممکن در تشخیص حق یا حکم بودن گزاره‌های مربوط به حقوق زن توجه شده است.

۱- چیستی شناسی حق و حکم در حوزه‌ی حقوق زن

قبل از بحث درباره‌ی چگونگی شناسایی حق از حکم در حوزه‌ی حقوق زن، لازم است مختصری درباره‌ی چیستی حق و تکلیف و آثار ناشی از گسست این دو ماهیت بیان شود.

۱-۱- چيستی حق و حکم

قبل از بحث درباره‌ی آثار ناشی از گسست حق از حکم (تکلیف)، نخست درباره‌ی چيستی آن دو بحث می‌شود.

۱-۱-۱- چيستی حق

حق در لغت به معنای خلافِ باطل، واجب، ثابت، یقین، مال، ملک، صدق و عدل به کار رفته است (مشکینی، ۱۳۸۴: ۲۱۳). به همین دلیل اغلب گمان می‌شود که حق برحسب اصل لغت، معانی متعدد و مختلفی دارد و مانند لفظ «عین» است که برای آن در کتب لغت حدود هفتاد معنی گفته شده و آن را مشترک لفظی دانسته‌اند (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۳۸؛ تفضلی، ۱۳۵۴: ۱۲۰)، اما در مقام به‌کارگیری مفاهیم باید توجه داشت که ویژگی مفاهیم به مصادیق و ویژگی مصادیق به مفاهیم سرایت داده نشود؛ چراکه این خود گرفتاری در دام مغاطله و اشتباه مفهوم به مصداق است. در اینجا هم، آنچه که به عنوان مصادیق حق بوده، با مفهوم حق خلط شده است.

به نظر می‌رسد، همه‌ی معانی گفته شده برای حق به یک معنای واحد برمی‌گردد و بقیه‌ی معانی که برای آن قرار داده‌اند از باب اشتباه مفهوم به مصداق است و آن یک معنی به اعتبار وجه مصدری حق، «ثبوت» و به اعتبار وجه وصفی آن، «ثابت» است (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۳۸). بنابراین هر چیزی که گونه‌ای از ثبوت و تقرر دارد، می‌توان «حق» نامید؛ خواه ثبوت آن حقیقی باشد یا اعتباری (گرچی، ۱۳۷۲: ۳۸-۲۹).

روش‌شناسی تشخیص حق از حکم در حوزه‌ی حقوق زن

سؤال اساسی این است که آیا حق در مقابل حکم، از نظر مفهوم و مصداق همان «سلطنت» است؟ (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶: ج ۱، ص ۲) یا «ملک» است؟ (نایینی، ۱۴۱۸: ج ۱، صص ۱۰۵ و ۱۰۶) یا در موارد گوناگون اعتبارات مختلفی دارد؟

پاسخ معروف به این پرسش این است که حق در واقع همان «سلطه‌ی اعتباری» است و نه «سلطه‌ی تکلیفی» (جواز). انتقادی که به این پاسخ شده، این است که سلطنت از احکام حق است نه خود حق (خراسانی، ۱۴۰۶: ۵)؛ در حالی که در تعریف هر ماهیتی، علی‌الاصول نباید آثار و احکام آن را به عنوان رکن تعریف ارائه کرد و نیز شخص محجور با اینکه حق شرعی دارد، ولی سلطنتی در تصرفات ندارد؛ در حالی که طبق قاعده و تعریف یاد شده، هر جا حقی باشد، ضرورتاً سلطنت هم باید وجود داشته باشد. بنابراین، نمی‌توان حق را به معنای سلطنت دانست. می‌توان گفت حق، مصداقاً و در هر مورد، اعتبار مخصوصی است که آثار خاص خود را دارد (اصفهانی، پیشین: ۴۱).

۱-۲-۱- چستی حکم

در برابر حق اصطلاحی، حکم، اعتباری است که قانون‌گذار از حیث اقتضاء و تخییر صادر کرده است (خویی، ۱۴۱۷: ۹۲) و حکم اقتضایی حکمی است که در آن طلب به طور مطلق وجود دارد و تخییر هم به اباحه تعلق می‌گیرد. ناگفته نماند برخی از محققان، حکم وضعی را نیز مجعول شرعی می‌دانند. از نظر این عده، احکام وضعی مجعولات شرعی هستند که بعث و زجری ندارند و اولاً و بالذات به افعال تعلق نمی‌گیرند؛ اگرچه به سبب

تبعیت از احکام تکلیفی به نحوی به افعال تعلق می‌یابند (نائینی: ج ۴، صص ۱۴۰-۱۳۱) به هر حال، حکم شرعی قانونی است که قانون‌گذار بر اساس مصالحی برای تنظیم حیات مادی و معنوی اشخاص جعل کرده و به فعل مکلف، وجود مکلف یا حیثیات مرتبط با وی تعلق گرفته است.

۱-۲- مهم‌ترین آثار ناشی از گسست حق از حکم

مهم‌ترین ویژگی حکم، مصونیت ساحت آن از امکان تعرض اراده‌ی انشایی اشخاص در نقل و اسقاط و همچنین پیروی آن از مصالح و مفاسد و موضوعی است که این حکم، دایره مدار آن است. بنابراین حکم جز به امثال یا انتقای موضوع ساقط نمی‌شود؛ در حالی که حق اصطلاحی، امکان اقتضایی^۱ نقل، انتقال و اسقاط را دارد و اراده‌ی اعلامی و انشایی شخص موضوع حق، در ثبوت و سقوط حق و قبض و بسط دامنه‌ی آن، نقش برجسته‌ای دارد (موسوی خمینی: ۲۷؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶: ۵۷؛ نائینی: ج ۱، ص ۱۰۷).

۲- روش شناسی تشخیص حق از حکم در حوزه‌ی حقوق زن

یکی از چالش‌های مهم در ماهیت احکام، از حیث «حق» یا «حکم» بودن، به مرحله‌ی اثباتی آن و شناسایی این دو ماهیت از یکدیگر در مقام خارج مربوط می‌شود. این پرسش بسیار مهم مطرح است که اگر در مقام عمل،

۱. البته باید توجه داشت، قابلیت اسقاط و نقل حق «اقتضایی» است؛ یعنی اگر مانعی نباشد، اسقاط حق جایز خواهد بود؛ نه اینکه قابلیت بالفعل برای اسقاط حق، مقوم حق بودن مجعول شرعی باشد (موسوی خمینی: ج ۱، صص ۲۶ و ۲۷) به دیگر سخن، سلطه، لازمه‌ی هر حقی است، اما این ملازمه به صورت اقتضاست، نه علت تامه. یعنی هر حقی در صورت فقدان مانع، مقتضی سلطه برای صاحب حق است و نه در همه‌ی موارد.

روش‌شناسی تشخیص حق از حکم در حوزه‌ی حقوق زن

در ماهیت حق خاصی در حوزه‌ی حقوق زن، اختلافی بروز کند، چگونه می‌توان بر تردیدها غلبه کرد؟ در پاسخ به این پرسش، ضوابط مختلفی مطرح است که به آنها اشاره می‌شود.

احکام تکلیفی به واجب، حرام، مکروه، مستحب و مباح تقسیم می‌شود. اباحه در معنای اعم، شامل مستحب و مکروه و اباحه به معنای خاص آن می‌شود. شناخت حق از واجب و حرام در پرتو معیارهای نوعی که ارائه می‌شود، ممکن به نظر می‌رسد، اما شناخت حق از اباحه به دلیل نزدیکی آثار مشکل به نظر می‌رسد، زیرا اباحه از نظر حقوقی، در حوزه‌ی آزادی‌ها قرار می‌گیرد و برخی حوزه‌ی اباحه را به حوزه‌ی حق تحلیل کرده‌اند (حکمت‌نیا، ۱۳۹۰: ۱۷۲)؛ درحالی‌که اباحه از اقسام حکم شمرده می‌شود. به همین منظور لازم است به معیاری که باعث گسست حق از اباحه می‌شود، توجه خاص شود. از این رو نخست، روش تشخیص حق از اباحه بررسی می‌شود.

۲-۱- روش‌شناسی تشخیص حق از اباحه

گفته شد، حکم اعتباری است که قانون‌گذار از حیث اقتضاء و تخییر صادر کرده است (خویی، ۱۴۲۲: ۹۲) و حکم اقتضایی حکمی است که در آن، طلب به طور مطلق وجود دارد و تخییر به اباحه تعلق می‌گیرد. ممکن است این پرسش مطرح شود که در «اباحه» نیز نوعی اختیار در فعل و ترک فعل وجود دارد، پس فرق جوهری میان حق و حکم اباحه کدام است؟ آیا حق در مقابل حکم اباحه، از نظر مفهوم و مصداق، همان «سلطه» است؟ پاسخ معروفی که به این پرسش داده شده، این است که حق در واقع، همان

«سلطه‌ی اعتباری»^۱ است و نه «سلطه‌ی تکلیفی» (جواز). به این پاسخ، از این جهت انتقاد شده است که سلطنت از احکام حق است، نه خود حق (خراسانی، ۱۴۰۶: ۵)؛ درحالی‌که در تعریف هر ماهیتی، علی‌الاصول نباید آثار و احکام آن را به عنوان رکن تعریف ارائه کرد. برخی دیگر در تفاوت «اباحه» و «حق» می‌گویند، اگر منشأ ترک فعل، اقتدار شخص باشد، «حق» شکل می‌گیرد و اگر ناشی از «اقتدار» نباشد، «حکم» نامیده می‌شود (حکمت‌نیا، ۱۳۹۰: ۱۶۳)؛ به دیگر سخن، اگر شارع مالکیت و سلطنت شخص را بر چیزی اعتبار کند، این امر از باب حق است و اگر اعتبار، تنها عدم منع از فعل یا ترتیب اثر در فعل یا ترک فعل باشد، به گونه‌ای که شخص، مورد و محل آن تلقی شود، این امر از باب حکم است (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶: ۵۵). برخی دیگر از محققان با تمایز میان «سلطنت» و «سلطنت بر سلطنت» می‌گویند، مقتضای سلطه‌ی انسان بر چیزی، این است که اختیار آن چیز (متعلق سلطنت) در دست او باشد، نه اینکه اختیار اصل سلطنت بر آن چیز در دست او باشد.^۲ به دیگر

۱. مشهور، حق را عبارت از سلطنت می‌دانند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶: ج ۱، ص ۲) و شیخ انصاری نیز همین نظر را دارد، با این تفاوت که ایشان قید فعلیت را هم اضافه می‌کند و حق را «سلطنت فعلی» می‌داند (انصاری، ۱۴۱۵: ج ۳، صص ۱۶۲۰).

۲. برخی حتی در حقوق اصطلاحی نیز چنین سلطه‌ای را نفی می‌کنند و از همین رو اعراض را مفید سلب مالکیت نمی‌دانند: «لأن الاعراض لا یوجب سقوط الملكية عنه فان الناس مسلطون علی أموالهم لا علی سلطنتهم فلیس له رفع سلطنته عنها بالاعراض» (مدرسی یزدی، ۱۴۱۰: ۱۳۹)؛ «فإن الناس مسلطون علی أموالهم و لیس لهم السلطنة علی سلطنتهم...» (خوانساری، ۱۴۰۵: ۶۵)؛ «أن موضوع مثل الناس مسلطون علی أموالهم» هو الأموال لا الأحکام. و لعله لهذا یقال بعدم زوال الملكية بالاعراض، إذ لا دلیل علی ثبوت سلطنة المالك علی إزالة ملكيته عن ملكه» (جزائری، ۱۴۱۶: ۱۹)؛ «ذلک لأن مفاد الحدیث سلطنة المالك علی أموالهم لا علی ملكياتهم حتی تثبت لهم السلطنة علی حقوقهم بالأولوية، بیانه: أن الملكية تنحل إلى أمرین، أحدهما الإضافة المعبر عنها بالملكية، و ثانيهما المضاف و هو المملوك، و كذلك الحق ينحل إلى الإضافة و إلى طرفها من عین أو عقد أو فعل تعلق به الاعتبار الحقی.

روش‌شناسی تشخیص حق از حکم در حوزه‌ی حقوق زن

سخن، صاحب حق بر متعلق حق سلطنت دارد، نه بر سلطنت خویش؛ بنابراین به مثابه حکم، اختیار اصل سلطنت نیز به دست اعتبارکننده است و نه صاحب حق و چون اعتبارکننده اختیار آن را به دست صاحب حق نداده است، او نمی‌تواند حق را اسقاط کند؛ بنابراین حق اسقاط‌ناپذیر هم ممکن است (روحانی، ۱۴۱۸: ج ۳، صص ۱۸ و ۱۹). به نظر می‌رسد، دیدگاه اخیر، نسبت به سایر دیدگاه‌ها تفاوت «حق» و «اباحه» را بهتر نشان می‌دهد.

بنابراین، اگر با ملاحظه‌ی لسان دلیل معلوم شود که مجعول شرعی، توانایی و سلطنت را برای شخص در چیزی یا در مقابل کسی اعتبار کرده است، این مجعول شرعی، حق نامیده می‌شود، اما اگر مجعول شرعی موجب «امتیاز»، «توانایی» و «سلطنت» نباشد و تنها موجب رخصت و عدم منع شارع در انجام دادن فعل یا ترتیب اثر دادن به فعل یا ترک فعل انسان باشد، آن مجعول شرعی، حکم است (قنوتی و همکاران، ۱۳۷۹: ۴۶؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶: ۵۵). برخی از این دیدگاه به «نظریه‌ی سلطه» یاد کرده‌اند (حکمت نیا، ۱۳۹۱: ۱۵۷). به همین دلیل اگر ثابت شود شخص بر حق خود سلطه ندارد، به این معنا خواهد بود که وی نمی‌تواند رابطه‌ی خود را با حق خویش قطع یا از آن اعراض کند یا به کسی اذن دهد که در آن تصرف کرده یا آن را به دیگری نقل دهد.

و السلطنة على المملوك إنما تقتضى إخراجة عن طرفية الإضافة، فتقطع نفس الإضافة بالتبع... و لكن هذا المعنى لا يجرى في الحق، ضرورة أن ما يقصد إسقاطه هو نفس الحق لا متعلقة من المال والعين والفعل، و من المعلوم أن سلطنة ذى الحق على إزالة نفس الإضافة - المعبر عنها بالحق - أجنبية عن مفاد الحديث الدال على سلطنة الناس على أموالهم - لا على ملكياتهم» (همان: ۱۴۴).

۲-۲- روش شناسی تشخیص حق از سایر احکام

شناخت حق از سایر تکالیفی که به نوعی قسیم اباحه به معنی الاعم است نیز امری بایسته است که به نظر می‌رسد در پرتو معیارهایی که ارائه می‌شود بتوان به این مهم دست یافت.

۲-۲-۱- تمسک به عمومات و اطلاق

عموم و اطلاق ادله، مهم‌ترین معیاری است که می‌تواند در مقام اثبات، گسست حق از حکم را نشان دهد، بنابراین قبل از سایر معیارها بدان توجه می‌شود. در عین حال باید توجه داشت، دو قسم دلیل می‌تواند معیار تشخیص قرار گیرد. نخست، عموماتی که در باب معاملات وجود دارد و از این نظر که نوع تصرفات تردید شده در حقوق زن، قالب قراردادی دارد، مصداق این عمومات قرار می‌گیرد. دوم، دلایلی که در خصوص حق متنازع فیه وجود دارد که عموم و اطلاق آن دلیل با دلالت بیشتری امکان تطبیق پیدا می‌یابد. طبیعی است بر فرض وجود دلیل خاص و تمام بودن دلالت آن نوبت به دلیل عام نمی‌رسد.

الف - عمومات معاملات

گفته شد که اگر در قابلیت عرفی مجعول شرعی برای اسقاط و نقل و انتقال تردید پدید آید، به دلیل وجود شبهه‌ی مصداقیه، این قابلیت را نمی‌توان به کمک عمومات احراز کرد، اما اگر در جریان برخی از آثار حق، از جمله امکان شرعی اسقاط یا نقل، تردید پدید آید، شاید بتوان با تمسک به عمومات بر این تردید غلبه کرد، زیرا شأن این عمومات، رفع این قبیل

روش‌شناسی تشخیص حق از حکم در حوزه‌ی حقوق زن

تردیدهاست و شک در ممکن نبودن شرعی نقل و اسقاط، در حقیقت، به این موضوع برمی‌گردد که شارع، شرط یا قیدی را در ناحیه‌ی یکی از عوضین اخذ کرده است یا خیر؛ شکی نیست که عمومات،^۱ رافع این قبیل تردیدهاست (موسوی خمینی: ۵۰).

بنابراین برای مثال، اگر زن ضمن عقد ازدواج حقی از حقوق خود را ساقط کند، چنانچه درباره‌ی این عمل تردید شود، می‌توان از ضوابط یاد شده در رفع تردید و خروج از شک بهره گرفت. در نهایت چنانچه شخصی برخلاف مدلول عمومات فوق، مدعی باشد که حق یاد شده به دلیل پیوند با نظم عمومی یا مصالح غیر قابل گذشت و نظایر آن در سیاق حکم قرار دارد و اسقاط درباره‌ی آن بی‌تأثیر است، در مقام مدعی قرار می‌گیرد و باید ادعای خود را اثبات کند^۲ (حلی، ۱۴۲۹: ۹۱).

ناگفته نماند، برخی از محققان جریان عمومات را در این موارد جایز نمی‌دانند (موسوی خمینی، ۱۳۷۸: ج ۲، صص ۱۵۲ و ۲۴۵؛ همو، ۱۳۸۲: ج ۱، ص ۲۷۴). از دیدگاه این محققان، اگر در صحت معامله‌ای تردید شود، به این نحو که احتمال داده شود به دلیل شرط یا قیدی که در ناحیه‌ی عوضین اخذ شده، امکان انتقال وجود ندارد و معامله باطل است، رفع این شرط یا قید با تمسک به عمومات جایز نخواهد بود، زیرا از مصادیق تمسک به عام در شبهه‌ی مصداقیه خواهد بود (همان).

۱. عموماتی مانند «أوفوا بالعقود»، «المؤمنون عند شروطهم» و «الصلح جائز».

۲. و البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه.

در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت، عموم برخی از ادله از جمله «قاعده‌ی تسلیط» حقوق مالی را منطوقاً و به دلالت لفظی و حقوق غیرمالی را هم به دلالت فحوا شامل می‌شود و این دلیل هر نوع تردیدی را در اعتبار هرگونه قید و شرطی در ناحیه‌ی عوضین از بین می‌برد. به خصوص اگر معلوم شود، اعتبار هر قیدی که به ناممکن بودن نقل بیانجامد، در اقتدار متعاملین نوعی محدودیت ایجاد می‌کند که با عموم یاد شده منافات دارد. این عموم، خود بیانگر عدم اشتراط قید یا شرطی از ناحیه‌ی شارع مقدس است و همچنین کشف می‌کند که معامله، مخالف حکم شارع مقدس نیست و به همین دلیل موضوع عمومات صلح و عقد و شرط قرار می‌گیرد (موسوی خمینی، ۱۳۸۲: ۵۲).

البته ممکن است گمان شود، بر اساس عموماتی از قبیل «الناس مسلطون علی مالهم و ما لهم» و «الناس مسلطون علی اموالهم و انفسهم»^۱ و نظایر آن، تمام شئون اشخاص تحت تصرف اراده‌ی اشخاص درمی‌آید؛ درحالی‌که باید توجه داشت اطلاق و عموم ادله تصرفات عمومی، عقلایی و شایع در حوزه‌ی حیثیات مادی و معنوی اشخاص را شامل می‌شود و از تصرفات غیرعقلایی و غیر متعارف منصرف است، اما در مورد تصرفاتی که غیرعقلایی نیست ولی در امکان آن تردید وجود دارد، به نظر می‌رسد، استناد به عموم و اطلاق ادله‌ی یاد شده امکان‌پذیر است؛ برای مثال، از جمله پرسش‌های

۱. من الأحادیث النبویة... قوله (ﷺ) الناس مسلطون علی أموالهم، و قد ألحق الفقهاء بالحدیث، قولهم: (و أنفسهم).... (شیرازی، ۱۴۲۶: ۹۱).

روش‌شناسی تشخیص حق از حکم در حوزه‌ی حقوق زن

مطرح در حوزه‌ی حقوق زن این است که آیا زن می‌تواند در قالب قرارداد در برابر دیگری متعهد به شیر دادن شود؟ پاسخ به این پرسش، در گرو میزان تسلط زن برای تصرف در شئون مالی و حیثیت جسمانی خود است، زیرا شیر دادن از یک سو تصرف در شئون مالی محسوب می‌شود چرا که شیر زن و عمل شیر دادن مالیت داشته و هر دو هم به زن تعلق دارد و مقتضای قاعده‌ی تسلط (الناس مسلطون علی ما لهم و ما لهم) نیز همین است که زن حق چنین تصرفی را دارد. هر چند اگر اعمال این حق، در عمل، با حق استمتاع شوهر یا با مصالح و حیثیت خانوادگی تنافی پیدا کند، این حق، کلاً یا جزئاً، در معرض سقوط قرار می‌گیرد. اما از آنجا که اصل (تسلط)، موافق جانب زن می‌باشد، اثبات تنافی بر عهده شوهر می‌باشد.

ب- عمومات و اطلاقات در حوزه‌ی حقوق زن

علاوه بر عمومات موجود در باب معاملات، ممکن است در حوزه‌ی حقی که چیستی آن محل تردید است، دلایل خاصی وجود داشته باشد که بتوان به آن دلایل تمسک جست. این دلایل به دلیل خاص بودن بر عمومات معاملات مقدم است.

یکی از مهم‌ترین حوزه‌های حقوق زن که در دامنه‌ی چالش حق و تکلیف (حکم) قرار می‌گیرد، امکان تصرف در حیثیات جسمانی است. این سؤال مطرح می‌شود که آیا حق حیات در حوزه‌ی اراده‌ی اشخاص اعم از خود شخص موضوع حیات یا اشخاص ثالث - قرار می‌گیرد یا خیر؟ به دیگر سخن آیا امکان دارد حق حیات در حد یک حق خصوصی تنزل داده شود؟

مهم‌ترین مصداق این بحث در حوزه‌ی خانواده، امکان سقط جنین توسط مادر یا اشخاص ثالث، به اذن پدر یا مادر است. صرف نظر از اینکه در حوزه‌ی خانواده، ممکن است اعمال این حق، به صرف اراده‌ی پدر یا مادر جنین و بدون رضایت طرف دیگر، با اشکال تزامم حق مواجه شود، حل مبنایی امکان سقط جنین، در گرو این است که آیا جنین حق حیات دارد یا خیر؟ و اگر پاسخ به این پرسش مثبت باشد، آیا این حق سلب شدنی است یا خیر؟

برخی با استناد به مواردی از قبیل «حق آزادی جنسی»، «حق نداشتن فرزند (حق کنترل بارداری)» و «حق بر جسم (و پایان دادن بر بست‌نشینی جنین در رحم)» و نظایر آن سقط جنین را امری مجاز و از مصادیق جریان «آزادی اراده» می‌دانند. از سوی دیگر، اگر حیات شخص در زمره‌ی مواردی باشد که در دامنه‌ی اراده‌ی شخص، موضوع حیات و اشخاص ثالث قرار نگیرد و میزان تصرف در آن در محدوده‌ی تجویز شارع جایز باشد، حوزه‌ی تصرفات تحت تأثیر نحوه‌ی تجویز شارع و اصول موجود در بحث حق بر تمامیت جسمانی خواهد بود. به همین ترتیب، در مواردی که شخص در معرض تحمل دردهای طاقت‌فرسا قرار می‌گیرد، با اتخاذ رویکرد خویشتن مالکی، امکان سلب ارادی حیات خود را بالمباشره یا بالتسبیب، جایز می‌دانند. امکان‌سنجی اتانازی (به‌مرگی) که به شخص موضوع حیات اجازه می‌دهد از حق حیات خود صرف نظر کند و تن به مرگ اختیاری بدهد یا امکان سقط جنین توسط مادر یا اشخاص ثالث، در گرو نحوه‌ی تبیین حق حیات به طور کلی و در حوزه‌ی حقوق زن و خانواده به طور خاص است.

عموماتی از کتاب و سنت وجود دارد که بر حرمت و عدم مشروعیت سقط جنین دلالت می‌کنند. آیاتی از کتاب، به صراحت، سقط جنین را به عنوان قتل نفس معرفی کرده و به شدت با تصریح به حرمت آن، دستور منع را نیز صادر کرده است. از جمله‌ی این آیات می‌توان به موارد زیر اشاره کرد: «وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ» (اسراء: ۳۳)، «وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْأً كَبِيرًا» (اسراء: ۳۱)، «أَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَ بِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَ لَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ» (انعام: ۱۵۱). ظهور دو آیه‌ی اخیر، مربوط به پیش از تولد است که والدین از ترس ابتلا به فقر در آینده، به قتل و سقط فرزندان خود اقدام می‌کردند. از این بیان معلوم می‌شود در لسان شارع مقدس، جنین از ابتدای انعقاد نطفه ارزش خاص و مستقلی دارد و یک تکه گوشت اضافی یا لاشه به حساب نمی‌آید که جزیی از وجود مادر بوده و تنها حیات نباتی و سلولی داشته باشد، بلکه حق حیات دارد و از سلب عمدی حیات جنین، تحت عنوان قتل یاد شده است. اگر در قابلیت اعمال اراده‌ی مادر یا اشخاص ثالث تردید پدید آید، می‌توان با تمسک به عمومات بر این تردید غلبه کرد، زیرا شأن این عمومات، رفع این قبیل تردیدهاست و شک در ممکن نبودن شرعی سقط، در حقیقت به این موضوع برمی‌گردد که شارع، شرط یا قیدی را در ناحیه‌ی ممنوعیت اخذ کرده است یا خیر؛ شکی نیست که عمومات، رافع این قبیل تردیدهاست (موسوی خمینی، همان: ۵۰) و این عمل تنها در چارچوب ادله‌ی خاص ممکن خواهد بود. بنابراین برای مثال، اگر مادر به دلیل «کثرت

جمعیت خانواده» یا «اکراه شوهر» و نظایر آن بخواهد به سقط جنین اقدام کند، می‌توان از ضوابط یاد شده در رفع تردید و خروج از شک بهره گرفت. در این باره روایات مختلفی نیز وجود دارد که همگی بر لزوم صیانت از تمامیت حیات جنین حتی در ابتدایی‌ترین مراحل و مجاز نبودن سقط توسط مادر دلالت دارند. برخی روایات به حرمت سقط جنین در مراحل مختلف آن و برخی دیگر به حرمت آن در مراحل خاصی اشاره‌ی صریح می‌کنند که ماحصل آنها لزوم صیانت از جنین است. از جمله می‌توان به روایات زیر اشاره کرد: «روایت اسحاق بن عمار، که از حضرت امام موسی کاظم (ع) سؤال شد، زنی از بارداری‌اش می‌ترسد، دارویی می‌خورد تا آنچه در بطن دارد بیندازد (آیا چنین عملی جایز است؟) فرمودند: خیر! عرض کردم: جنین نطفه است. فرمودند: اولین چیزی که خدا خلق می‌کند، نطفه است.» به عبارت دیگر، اولین مرحله‌ی وجودی انسان، همان نطفه است که قابل تبدیل شدن به یک انسان را دارد. تعلیل امام در ادامه‌ی لفظ «لا» که صراحت در حرمت دارد، تأکید بر حکم حرمت است و هر تردیدی را از بین می‌برد. بنابراین، روایاتی از این دست نشان می‌دهد که حیثیات جسمانی جنین در حوزه‌ی اختیار اشخاص قرار ندارد و حکم آن به نحوی تشریح شده که ساحت جنین از هر نوع تعرض مصون بوده، اراده‌ی اشخاص از ساحت آن دور باشد (هاشمی خویی، حسن‌زاده آملی و کمره‌ای، ۱۴۰۰: ج ۸، ص ۳۹۱؛ ابن شعبه، ۱۳۷۶: ۶۱؛ ابن بابویه، ۱۳۸۱: ۶۱۰). بر این اساس، یکی از مهم‌ترین حدود آزادی شخص در این حوزه، منجر نشدن عمل شخص به سلب حیات جنین است؛

روش‌شناسی تشخیص حق از حکم در حوزه‌ی حقوق زن

چه اینکه، مسئله‌ی حیات جنین به شخص مادر تفویض نشده و اساساً در قبضه‌ی قدرت او نیست تا بتواند آن را تفویض یا نسبت به سلب آن اقدام کند^۱ (اصفهانی، ۱۴۰۹: ۲۸۴). بنابراین، مسئله‌ی حیات جنین در هر مرحله‌ای که باشد، در زمره‌ی قواعد آمره و مرتبط با نظم عمومی قرار می‌گیرد و اراده‌ی اشخاص در دامنه‌ی این حق تأثیری ندارد.

۲-۲-۲- توجه به لسان دلیل

اگر در لسان دلیل، تعبیراتی باشد که در حق یا حکم بودن مجعول شرعی «ظهور» داشته باشد، مطابق آن عمل می‌شود (جرقوینی، ۱۴۲۳: ۶۵ و ۶۶). البته اگر مورد، «عرفاً» حق تلقی شود، مفاد دلیل هم قاعداً، محمول بر همان معنای عرفی بوده و در همان معنا ظهور خواهد داشت؛ برای مثال اگر مفاد دلیل اثبات حقی برای شخص باشد، نظیر «حق فسخ در نکاح»، ظاهر در حق است مگر آنکه خلاف آن ثابت شود.

از سوی دیگر اگر بحث در مورد عملی باشد که مآلاً به هتک حیثیت معنوی زن یا خانواده منجر شود، لسان برخی از روایات به خوبی نشان می‌دهد که قواعد و ضوابط مرتبط با آبروی اشخاص در زمره‌ی احکام به شمار می‌رود. روایات مختلفی در این باره وجود دارد که همگی بر لزوم صیانت از حیثیت معنوی و نبود جواز اذلال نفس و هتک آبرو دلالت دارند؛ برای مثال، برخی روایات به صیانت از آبرو اشاره‌ی صریح دارد: «صونوا اعراضکم» (طریحی، ۱۴۱۶: ۲۱۴) و برخی دیگر بر نبود جواز نقض آن تصریح

۱. «الاذن فی اتلاف نفسه او طرفه غیر سائغ شرعاً».

می‌کند: «...لیس ان یدل نفسه و ان الله تبارک و تعالی فوض الی المؤمن کل شیء الا اذلال نفسه» (حر عاملی: ج ۱۱، صص ۴۲۴ و ۴۲۵). همچنین گفته شده: «لا تفعل ما یبشین العِرض و الاسم» (خوانساری، ۱۳۶۶: ۲۷۵)؛ «کاری را که لکه‌ی ننگ بر آبرو و شهرت باشد، انجام نده». وجود نهی در این روایات باعث می‌شود حتی اگر قرارداد یا عملی در این باره و بر خلاف مفاد روایت واقع شده باشد، فاسد و بی‌اعتبار باشد، زیرا نهی در معاملات مقتضی فساد است. به علاوه، سیاق این قبیل روایات نشان می‌دهد شارع مقدس در این موارد درصدد برقراری نظم عمومی خاصی در جغرافیای فرهنگی مسلمانان است که می‌توان آن را «نظم عمومی فرهنگی و اخلاقی» نام نهاد. بدیهی است هر نوع عملی که بر خلاف نظم یاد شده انجام شود، مشروعیت نداشته و اثری بر آن مترتب نیست.

در نتیجه می‌توان گفت، اگر در چیستی حقی تردید باشد که به نوعی با آبرو و حیثیت معنوی شخص موضوع حق یا افراد مرتبط با وی گره خورده است، می‌توان آن را از مقوله‌ی احکام و عدول‌ناپذیر تلقی کرد، چه اینکه مسئله‌ی آبرو به شخص تفویض نشده و اساساً، عرض و آبروی شخص در قبضه‌ی قدرت او نیست تا بتواند آن را تفویض یا نسبت به هتک آبروی خود اقدام کند.

۲-۲-۳- ملاحظه‌ی آثار و لوازم

حکم به معنای خاص، اجماعاً، اسقاط، نقل و انتقال‌پذیر نیست، زیرا علاوه بر آنکه اختیار حکم به دست حاکم و قانون‌گذار است و محکوم علیه

روش‌شناسی تشخیص حق از حکم در حوزه‌ی حقوق زن

اصولاً حق اسقاط و نقل آن را ندارد، فرض بر این است که برای وی سلطه بر آن مورد جعل نشده است تا زمام آن امر به دست او باشد (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸: ص ۴۲؛ طباطبائی یزدی، ۱۳۷۶: ج ۱، ص ۵۵).

در مورد «حق»، اگرچه درباره‌ی امکان نقل، انتقال و اسقاط در همه‌ی مصادیق آن اتفاق نظر نیست، اما دست کم هر حقی علی‌القاعده می‌تواند به یکی از سه مورد یاد شده (اسقاط، نقل و انتقال) متصف شود و اگر در جایی این امور به حق تعلق نگیرد، معلوم می‌شود که اساساً مجعول شرعی، حکم است و نه حق. بر اساس این دیدگاه، اگر یکی از آثار یاد شده بر موردی بار شود، کشف می‌شود که آن مورد از مصادیق حق است هر چند برخی عکس این قضیه را نپذیرفته‌اند (حکمت نیا، ۱۳۹۰: ۱۶۴، طباطبائی یزدی، ۱۳۷۶: ج ۲، ص ۲)، اما حق این است که عکس قضیه هم صادق است یعنی اگر معلوم شود حقی اسقاط، نقل و انتقال‌پذیر نیست، معلوم خواهد شد که حکم است نه حق. بنابراین اگر با دلیلی اثبات شود که چیزی اسقاط‌پذیر است، کشف می‌شود که حق است و اعتبار ویژه‌ای است که شرع آن را جعل کرده و رفع آن را نیز به صاحب حق سپرده است و اگر جواز نقل هم اثبات شود وضع به همین منوال خواهد بود؛ چه اینکه حکم نقل و انتقال‌پذیر نیست (جرقوینی، ۱۴۲۳: ۷۱). این معیار اثباتی - که در ادبیات حقوقی از آن با عنوان «نظریه‌ی انتخاب»^۱ یاد شده است (حکمت نیا، ۱۳۹۰: ۱۶۳) - زمانی مطرح می‌شود که «دارنده‌ی حق»، اختیار اعمال حق و یا اعراض از آن را داشته باشد. به عبارت دیگر

1. The Choice (or Will or Power) Theory.

نظریه‌ی انتخاب یا اعمال اراده، محق بودن شخص ذی‌حق را در پرتو امکان اعمال قدرت او تبیین می‌کند؛ به نحوی که اراده‌ی آزاد او بر تعهد دیگران مؤثر باشد. در نتیجه، اگر سلطه‌ی شخص ذی‌حق به گونه‌ای باشد که فعل یا ترک فعل کاملاً در اختیار وی باشد و بتواند آن را نقل دهد یا اسقاط کند، ماهیت حق شکل می‌گیرد.

۲-۲-۴- قیاس اولویت

یکی از معیارهای تشخیص چیستی حق، قیاس اولویت است. قیاس اولویت در صورت کامل بودن عناصر، از جمله روش‌هایی است که به طور قطع ما را به حکم تکلیفی شرعی رهنمون می‌سازد. به همین دلیل، از این روش در تشخیص سنخ حقوق زن و چیستی آن می‌توان بهره گرفت. در این باره، هم در مورد تصرف در حیثیات جسمانی و هم در حیثیات معنوی می‌توان مثال آورد؛ برای مثال، یکی از پرسش‌های مطرح در مورد تصرف در حیثیات جسمانی این است که آیا زن می‌تواند خود را در معرض شهرتی قرار دهد که مآلاً به هتک حیثیت معنوی و از بین رفتن آبروی او منجر شود؟ اشتغال به اموری که منافی حیثیت شخصی و خانوادگی او می‌شود از جمله این موارد است. توجه به این موضوع از زوایای مختلف ممکن است که برخی از این وجوه همچون تزاخم با حقوق شوهر یا تعارض با مصالح نهاد خانواده، از موضوع نوشتار حاضر خارج است. اما در این نوشتار به موضوع، صرف‌نظر از تزاخم توجه شده است.

در پاسخ به پرسش یاد شده، می‌توان از قیاس اولویت برخی از فتاوی‌های فقهی هم به نتیجه‌ی مورد نظر دست یافت. برخی از فقیهان اذن در اتلاف نفس و عضو را شرعاً جایز نمی‌دانند (اصفهانی، ۱۴۰۹: ۲۸۴). با فرض اهمیت بیشتر حیثیات معنوی نسبت به حیثیات جسمانی، می‌توان نتیجه گرفت که به طریق اولی، اذن در از بین بردن آبرو یا عملی که با آن ملازمه دارد، جایز نخواهد بود. بنابراین اولاً، زن در انجام این عمل و اذن در انجام آن اختیاری ندارد. ثانیاً، قراردادهایی که در این زمینه منعقد می‌شود نیز از درجه‌ی اعتبار ساقط خواهد بود؛ چه اینکه نهی شارع در چنین مواردی متوجه مُسَبِّب است که با فساد عمل حقوقی واقع شده ملازمه دارد.

این اولویت را می‌توان از برخی روایات موجود در این باره نیز استفاده کرد که به برخی از آنها اشاره می‌شود: «با اموال از آبرو محافظت کنید»^۱، «اینکه شخصی از مال خود محافظت و آبروی خود را در معرض تاراج قرار دهد، نوعی پستی به شمار می‌رود»^۲. ملاک این دستور را می‌توان در روایاتی پیدا کرد که بر اساس آنها از میان همه‌ی حیثیات مربوط به شخص، هیچ کدام هم‌سنگ حیثیات معنوی و آبروی وی نیستند. امیرالمؤمنین (عَلَيْهِ السَّلَام)

۱. «حصنوا الاعراض بالاموال» (خوانساری، ۱۴۰۵: ج ۷، ص ۴۰۶)؛ «وقوا اعراضکم ببذل اموالکم» (همان: ج ۶، ص ۲۲۳). در روایاتی دیگری از امیرالمؤمنین نقل شده است: «أفضل الافعال، صيانة العرض بالمال»، «نیکوترین کارها پاسداری از آبرو و شرف است به وسیله‌ی مال»؛ «لم یذهب من مالک، ما وقی عرضک» (بروجردی، ۱۳۸۶: ج ۲۲، ص ۲۳۰) «مالی که عرض تو را نگاه دارد از دست نرفته است». همچنین از امام رضا (عَلَيْهِ السَّلَام) نقل شده است: «خیر المال ما وقی به العرض...»؛ (حکیمی و همکاران، ۱۳۸۰: ج ۳، ص ۲۹۸). نیکوترین مال آن است که عرض (جان، آبرو، حیثیت) انسان با آن حفظ شود.

۲. من اللوم ان یصون الرجل ماله و یبذل عرضه (خوانساری، ۱۴۰۵: ج ۶، ص ۲۷).

در این باره می‌فرمایند: «گرامی دار نفست را از هر زبونی و پستی، هر چند تو را به نعمت‌های بی‌شمار رساند، زیرا هرگز برابر آنچه از نفس خویش صرف می‌کنی عوض نخواهی یافت» (شریف‌الرضی، ۱۳۷۹: ۹۳۰). بنابراین لزوم صیانت از آبرو و عدم جواز در هتک آن به دست زن و مصونیت آن در قبال نقل و اسقاط با روایاتی که در آنها به بذل مال برای حفظ و حراست از آبرو اشاره شده است تقویت می‌شود، زیرا در جایی که شارع مقدس به بذل مال برای صیانت از حیثیت معنوی به عنوان یک مطلوب مؤکد توجه کرده باشد، به طریق اولی از اذلال نفس و هتک حیثیت در قبال دریافت عوض مالی نهی کرده و این عمل مبعوض وی خواهد بود. اولویت این حکم نسبت به مواردی که زن بخواهد بدون دریافت عوض به چنین کاری تن دهد به قدری واضح است که نیاز به توضیح ندارد.

یکی دیگر از مواردی که می‌توان چیستی آن را با تمسک به اولویت به دست آورد، «حق بر نسب» است. منظور از حق بر نسب «حق حفظ نام و نسب» است که همان حق بر حفظ ارتباط رسمی نسبی در قالب نام خانوادگی است. این حق در بند الف ماده‌ی ۶ اعلامیه حقوق بشر اسلامی نیز به صراحت تأکید شده است: «در حیثیت انسانی، زن با مرد برابر است و به همان اندازه که زن وظایفی دارد، از حقوق نیز برخوردار است و دارای شخصیت مدنی و ذمه‌ی مالی مستقل و حق حفظ نام و نسب خویش را دارد.»

پرسشی که به مناسبت بحث مطرح می‌شود این است که آیا این حق را می‌توان در ضمن عقد یا به موجب توافق بعدی سلب کرد؟ پاسخ به این

روش‌شناسی تشخیص حق از حکم در حوزه‌ی حقوق زن

سؤال مشکل خاصی ندارد، زیرا هر چند موضوعات مرتبط با نام خانوادگی، در زمره‌ی موضوعات مرتبط با نظم عمومی حاکم بر ثبات و استحکام اسناد سجلی قرار دارد، اما در هر حال قانون‌گذار امکان تغییر در این باره را به طور کلی منتفی نکرده و تحت شرایطی خود شخص می‌تواند نسبت به تغییر نام خانوادگی‌اش اقدام کند. صرف امکان تغییر نشان می‌دهد، اراده‌ی اشخاص در این حوزه کارگزار است. همین امکان به طریق اولی بعد از ازدواج هم ممکن به نظر می‌رسد، چه اینکه ممکن است این کار در برخی موارد به استحکام بنیان خانواده منجر شود. در هر حال تغییر نام خانوادگی، با حفظ اختیار زن، خالی از هر نوع مفسده‌ای است و به همین دلیل به نظر می‌رسد که امکان سلب «حق بر نام و نسب» در ازدواج - چه از سوی مرد و چه از سوی زن - وجود دارد.

۲-۲-۵- توجه به دلالت گزاره‌های خبری

گزاره‌هایی که حاوی اراده‌ی تشریحی شارع مقدس است، نوعاً در قالب امر و نهی و به صورت انشایی صادر می‌شود، اما گاهی گزاره‌های خبری هم مفید حکم تکلیفی مناسب مقام صدور است. اگر موضوع قضیه‌ی خبری، فعل اختیاری انسان باشد، علی‌رغم اینکه به صورت خبری ابراز شده، ولی حاکی از فعل مطلوب شارع است. در این موارد، قضیه از نظر ادبی خبری است ولی کاربرد انشایی دارد (حکمت‌نیا، ۱۳۹۰: ۲۹۶). گفته شده است ظهور این‌گونه قضایا در تکلیف و وجوب، روشن‌تر از قضایای انشایی است (اصفهانی، ۱۴۱۷: ج ۵، ص ۱۸۴)؛ برای مثال، یکی از پرسش‌های مطرح در مورد حقوق زن، امکان تصرف زن در تمامیت جسمانی خود است؛ بدون اینکه به

هلاکت وی منجر شود. این سؤال مطرح می‌شود که اگر تصرف زن در جسم خود به گونه‌ای باشد که به هلاکت منجر نشود، آیا وی به این کار مجاز هست یا خیر؟ دامنه‌ی این تصرفات مواردی از قبیل «اهدای عضو (در قالب پیوند)»، «تصرفات جنسی» و «سلب منفعت (عقیم سازی)» را شامل می‌شود. امکان سنجی این تصرفات مادی در اعضاء و اجزای بدن از آن جهت مهم است که امروزه در پرتو پیشرفت‌های پزشکی، امکان عملی تصرفات پیش گفته فراهم شده و روز به روز در حال گسترش است.

پاسخ به این سؤال، در گرو توجه به دو نکته‌ی مهم است؛ نخست اینکه آیا زن اساساً چنین حقی دارد یا خیر؟ دوم اینکه با فرض وجود این حق ممکن است اعمال آن با حق مرد - از جمله «حق تمتع» وی در تراحم قرار گیرد. اشکال تراحم از موضوع نوشتار حاضر خارج است، اما پاسخ به پرسش اول، در محدوده‌ی بحث قرار دارد.

در پاسخ به سؤال اول و امکان تصرفات شخص در تمامیت جسمانی خود، برخی از فقها به روایاتی استناد کرده‌اند که حاوی گزاره‌ی خبری است، ولی از آن جواز تصرف را استفاده کرده‌اند؛ برای مثال، در بخشی از روایت منقول از امام جعفر صادق (ع) آمده است: «ان الله فوض الی المؤمن امورہ کلها و لم یفوض الیه ان بذل نفسه..»^۱ (حر عاملی، ج ۱۱، باب ۱۲، ص ۲۴۲، ح ۲). به خوبی روشن است اگر در موارد تردید در جواز عمل، چنین تفویضی وجود

۱. در همین باب برخی از نصوص بر تفویض مطلق امور و به طور مطلق دلالت دارد، اما واضح است در این‌گونه موارد مطلق بر مقید حمل می‌شود.

روش‌شناسی تشخیص حق از حکم در حوزه‌ی حقوق زن

داشته باشد، اگرچه این تفویض در قالب جمله خبری بیان شده اما گزاره‌ی انشایی مناسب مقام را نتیجه می‌دهد. بنابراین زن می‌تواند تا جایی که به هلاکت یا ضرر عمده منجر نشود، در بدن خود تصرف کند.

همین نحوه‌ی استدلال در حیثیات معنوی مربوط به زن و خانواده هم وجود دارد. در مورد حیثیات معنوی نیز گزاره‌هایی خبری وجود دارد که می‌تواند مفید حکم تکلیفی مناسب مقام باشد؛ برای مثال، در برخی روایات آمده است: «...لیس ان یدل نفسه و ان الله تبارک و تعالی فوّض الی المؤمن کل شیء الا اذلال نفسه» (عاملی: ج ۱۱، صص ۴۲۴ و ۴۲۵) این نحوه‌ی بیان، در نهایت به ممنوعیت اذلال نفس اشعار دارد.^۱

روایاتی از این دست^۲ نشان می‌دهد که حیثیات معنوی در حوزه‌ی اختیار اشخاص قرار ندارد. بر این اساس، یکی از مهم‌ترین حدود آزادی شخص در حوزه‌ی حیثیات معنوی، نکشاندن خود به وادی ذلت و بی‌آبرویی است. از این رو هتک عرض مؤمن حتی به دست خود جایز نیست، زیرا آبرو به

۱. کل مورد يستلزم ذلك فهو محكوم بالحرمة من جهة الإذلال (جمعی از مؤلفان: ج ۱۹، ص ۷۶)
 ۲. روایات متعددی در این باره وارد شده است که به عنوان نمونه به برخی از آنها اشاره می‌شود:
 ۱- عده من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن عثمان بن عيسى عن سماعة قال: قال أبو عبد الله (ع): إن الله عز وجل فوّض إلى المؤمن أموره كلها ولم يفوّض إليه أن يدل نفسه أ لم تسمع لقول الله عز وجل - و لله العزة و لرسوله و للمؤمنين فالؤمنين فالتؤمنين ينبغي أن يكون عزيزاً و لا يكون ذليلاً يعزه الله بالإيمان و الإسلام». (علی بن ابراهیم عن أبيه عن عثمان بن عيسى عن عبد الله بن مسكان عن أبي بصير عن أبي عبد الله (ع): قال: إن الله تبارك و تعالی فوّض إلى المؤمن كل شيء إلا اذلال نفسه» (محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد بن عيسى عن الحسن بن محبوب عن داود الرقي قال سمعت أبا عبد الله (ع) يقول لا ينبغي للمؤمن أن يدل نفسه...» (کلینی، همان). «من بذل عرضه ذل ... من بذل عرضه حقراً» (خوانساری، ۱۳۶۶: ج ۵، ص ۱۹۰). «من اللوم ان يصون الرجل ماله و يبذل عرضه» (همان: ج ۶، ص ۲۷؛ کلینی، ۱۴۰۷: ج ۵، صص ۶۳ و ۶۴؛ هاشمی خویی، حسن زاده آملی و کمره‌ای، ۱۴۰۰: ج ۸، ص ۳۹۱؛ ابن شعبه، ۱۳۷۶: ۶۱).

شخص تفویض نشده و اساساً عرض و آبروی شخص در قبضه‌ی قدرت او نیست تا بتواند آن را تفویض یا نسبت به هتک آبروی خود اقدام کند (اصفهانی، ۱۴۰۹: ۲۸۴).

استفاده‌ی نهی از این گونه گزاره‌های خبری در روایات باعث می‌شود، حتی اگر قرارداد یا عملی در این باره و بر خلاف مفاد روایت واقع شده باشد، فاسد و بی‌اعتبار باشد. زیرا نهی در معاملات مقتضی فساد است. به علاوه سیاق این قبیل روایات نشان می‌دهد شارع مقدس در این موارد درصدد برقراری نظم عمومی خاصی در جغرافیای فرهنگی مسلمانان است که می‌توان آن را «نظم عمومی فرهنگی و اخلاقی» نام نهاد. بدیهی است هر نوع عملی که بر خلاف نظم یاد شده انجام شود، مشروعیت نداشته و اثری بر آن مترتب نیست.

۲-۲-۶- استقراء و تنقیح مناط

از دیدگاه برخی از محققان - از جمله شهید صدر- «حق» برخلاف حکم اسقاط‌پذیر است. وی در تبیین این مطلب به چند ضابطه اشاره دارد. یکی از این ضوابط، «استقراء و تنقیح مناط» از موارد استقرایی است. از نظر وی، باید مواردی را که دلیلی بر اسقاط‌پذیری آنها وجود دارد شمرده و آن‌گاه ملاک و نکته‌ای را که اشتراک این موارد را در قابلیت اسقاط موجب شده، انتزاع کرده و سپس به عنوان یک قاعده‌ی کلی هر مجعولی را که مشتمل بر این نکته باشد - حتی اگر دلیل خاصی هم در آن‌باره نباشد - با توجه به همین ملاک، حق تلقی کرد. البته حجیت این ملاک به این است که این استقراء، مفید قطع و بدون استثناء باشد (حائری، ۱۴۲۳: ۱۳۴)؛ برای مثال، با استقراء در مواردی

روش‌شناسی تشخیص حق از حکم در حوزه‌ی حقوق زن

که در بحث پوشش، ارتباط با نامحرم و نظایر آن وارد شده، معلوم می‌شود که از دیدگاه شرع مقدس، امور عفاف‌ی در گرو رضایت اشخاص قرار ندارد و شارع، خود، در این باره نظم فرهنگی ویژه‌ای را برقرار کرده است و حتی اصول عملیه نیز در خصوص امور عفاف‌ی، منقلب می‌شود و اصل احتیاط (تحفظ) جای آن را می‌گیرد.

۲-۲-۷- سیره‌ی عقلا

سیره‌ی عقلا یکی دیگر از ضوابطی است که شهید صدر در مقام تمیز حق از حکم مطرح می‌کند. از دیدگاه وی، می‌توان با توجه و تمسک به ارتکازها و قضاوت‌های عرفی و عقلایی و کشف ملاک قضاوت عرف، به ضابطه‌ای در مقام تشخیص دست یافت. ایشان در تبیین این ضابطه به سه مطلب اشاره می‌کند؛ نخست، در شرع مقدس منعی در این باره نیامده باشد. دوم، نظیر وضع لغوی در این گونه موارد ارتکاز عقلایی بر ظهور ادله‌ی حکومت داشته باشد. سوم، از مفاد برخی از روایات می‌توان این ارتکاز عقلایی را امضاء شده تلقی کرد؛ برای مثال، صحیححه محمد ابن مسلم از امام جعفر صادق (ع) را می‌توان شهادی بر این مدعا تلقی کرد. وی می‌فرماید: «قلت له: رجل جنی الیّ اعفو عنه أو أرفعه الی السلطان؟ قال: هو حَقک؛ ان عفوت عنه فحسن و ان رفعته الی الامام فانما طلبت حَقک، وکيف لک بالامام؟» (حائری، ۱۴۲۳: ۱۳۴).

نکته‌ی مهم در تمسک به سیره‌ی عقلا این است که این مسئله با اثبات امضاء شارع و رجوع به اخباری که ظهور در امضاء دارند، با وجود برخی موارد نقض زیر سؤال نمی‌رود، زیرا این موارد به دو صورت توجیه‌پذیر

است؛ یا شارع مقدس در این موارد سیره‌ی عقلا را نمی‌پذیرد ولی در سایر موارد که دلیلی بر رد نباشد یا اخبار و ادله، ظهور در امضاء داشته باشند، سیره، کماکان حجت است (همان: ۱۳۵) یا اینکه اساساً این قبیل موارد از حق اصطلاحی خارج و در مقوله‌ی حکم داخل است (موسوی خمینی، همان).

۲-۲-۸- وجود مصلحت گذشت نکردنی

از آنجا که احکام بر مبنای وجود مصالح و یا مفسده جعل شده است، اگر معلوم شود در مقام، مصلحت گذشت ناکردنی وجود دارد یا حکم شرعی به طور قطع یا با احتمال عقلایی قوی، با وجود مفسده‌ای پیوند خورده است، می‌توان به حکم بودن آن اعلام نظر کرد. همچنین اگر معلوم شود، حق مورد نظر، علاوه بر جنبه‌ی حق‌الناسی جنبه‌ی حق‌اللهی هم دارد، می‌توان آن را حکم تلقی کرد. یکی از راه‌هایی که ممکن است در تشخیص حق از حکم مؤثر باشد، وجود مصالح عمومی و جنبه‌ی حق‌اللهی یا احتمال مفسده در ناحیه‌ی احکام است؛ برای مثال، یکی از حقوقی که برای زن لحاظ می‌شود، حق بر نگهداری جسمی و فیزیکی فرزند است که از آن تحت عنوان «حضانت» یاد می‌شود. اگر حضانت را حق، به معنای اصطلاحی بدانیم، والدین در اعمال و اسقاط آن مختار خواهند بود و تعهد الزام‌آوری در این باره متوجه والدین نخواهد بود، اما اگر حضانت حکم باشد، والدین به این امر مکلف‌اند و نمی‌توانند از این امر شانه خالی کرده و یا آن را ساقط کنند.

علاوه بر وجود نصوص قانونی مؤکد بر تکلیفی بودن ماهیت حضانت، یکی از راه‌های کشف ماهیت حضانت این است که فلسفه‌ی آن به دقت ملاحظه شود. اگر این حق، بر مبنای مصلحتی مهم و گذشت ناکردنی استوار شده باشد، معلوم می‌شود که ماهیت حضانت، حکم است و آثار حق اصطلاحی بر آن بار نمی‌شود. در همین راستا، علاوه بر توجه به متون فقهی و نصوص شرعی، اداره‌ی حقوقی قوه قضائیه نیز در نظریه‌ی مشورتی ۶۹/۱۱/۱۵-۷/۴۷۷۱ مصلحت طفل را مبنای عمل قرار داده است: «آنچه در مورد حضانت اطفال باید مورد توجه قرار گیرد، مصلحت خود طفل است...» و از آنجا که اطفال همواره در موقعیت ضعیف و درخور حمایت قرار دارند، کلیه‌ی اقداماتی که والدین در حوزه‌ی حقوق آنها انجام می‌دهند، در قلمرو مصلحتی است که شارع به از بین رفتن آن راضی نیست و به همین دلیل اختیار ولی قهری نیز در چارچوب مصلحت تعریف می‌شود. بنابراین ماهیت حضانت، حکم است و به عنوان یک تکلیف بر عهده‌ی والدین قرار می‌گیرد. ممنوعیت روابط جنسی خارج از روابط شرعی نیز این‌گونه ارزیابی می‌شود. به دیگر سخن، مصلحت عمومی عفاف و سلامت اخلاقی جامعه و پیوند آن با حق‌الله چنان است که حتی رضایت کامل طرفین رابطه به انجام دادن فعل حرام نیز تأثیری در حکم قضیه نخواهد داشت.

«حق بر ازدواج» از جمله حقوق اشخاص و نیز زنان است که می‌توانند آن را استیفا کنند. این حق در چارچوب اصل اباحه و بلکه بالاتر از آن، تکلیف به

۱. ماده‌ی ۱۱۶۸ق.م در این باره مقرر می‌دارد: «حضانت حق و تکلیف ابویین است».

ازدواج برای حفظ دین و حفظ نسل انسانی توصیه و توجیه شده است. سؤال مطرح این است که این حق چه ماهیتی دارد؟ آیا در زمره‌ی حقوق اصطلاحی است یا در رتبه‌ی تکالیف و احکام قرار دارد؟ اگر حق بر ازدواج در رتبه‌ی حقوق قرار گیرد، حق‌دار می‌تواند به صلاح‌دید خود و برای به دست آوردن موقعیت کاری و به موجب قرارداد و نظایر آن، این حق را جزئاً یا کلاً، ساقط کند (لکل ذیحق اسقاط حقه)، اما اگر حق بر ازدواج در رتبه‌ی حکم قرار گیرد، شخص نمی‌تواند این حق را از خود سلب کند. به تعبیر دیگر، اراده‌ی انشایی شخص موضوع حق و به طریق اولی اشخاص ثالث در این باره منشأ اثر نخواهد بود و برای مثال، اگر مفاد شرط ضمن عقد دربرداخته‌ی گزاره‌ای باشد که حق بر ازدواج را از یکی از طرفین سلب می‌کند یا تکلیف به ترک این حق را بر عهده‌ی یکی از طرفین قرار دهد، قرارداد از این حیث فاقد اثر تلقی می‌شود و تخلف از چنین شرطی برای متعهد نیز فاقد ضمانت اجرای قراردادی است، زیرا بر امر نامشروع اثر قراردادی و الزام‌آور مترتب نمی‌شود.

حق بر ازدواج نه تنها شامل برخورداری از اصل حق است، بلکه بر آزادی شخص بر نحوه‌ی اعمال حق نیز دلالت دارد. به دیگر سخن، دو طرف عقد نکاح در انتخاب شریک زندگی خود کاملاً آزادند و به همین دلیل نمی‌توان دختری را به ازدواج با پسر دیگر ملزم کرد و برعکس. در صورت تحقق چنین عقدی، حسب مورد، باطل یا غیر نافذ است.

شایان توجه است که در امر ازدواج، لزوماً شخص موضوع حق این حق را استیفا نمی‌کند. گاه ممکن است شخص به دلایلی نظیر جنون یا صغر

روش‌شناسی تشخیص حق از حکم در حوزه‌ی حقوق زن

سن، مباشرتاً، قادر به تحقق نکاح نباشد. در این صورت اولیاء وی نکاح را محقق می‌سازند. در این خصوص، توجه به دو نکته‌ی مهم ضروری است؛ نخست اینکه، وجود عوارضی مانند جنون یا سفاهت، مانع استیفای حق بر ازدواج نمی‌شوند، اما در عین حال، در مورد ازدواج یا مهریه، مصلحت مولی علیه کامل لحاظ می‌شود (عاملی، ۱۴۱۳: ۱۱۸). در مورد ازدواج دادن کودک نیز صرف نبودن مفسده در مقام، کافی نیست، بلکه وجود مصلحت ملزمه‌ی گذشت ناکردنی ضروری است. دوم اینکه، اگر استیفای حق بالمباشره اصل تلقی شود، امکان استیفای حق توسط ثالث مشروط به مصلحت و محدود به موارد قدر متیقن خواهد بود. بر اساس این تحلیل، در صورت تخطی از دو ضابطه‌ی یاد شده، امر ازدواج به حسب اختلافی که در این باره وجود دارد- در معرض بطلان یا عدم نفوذ قرار خواهد گرفت.

صرف نظر از اینکه حق بر ازدواج، حق اصطلاحی باشد یا در زمره‌ی تکالیف و احکام قرار گیرد، قانون‌گذار می‌تواند، از جنبه‌ی اثباتی، ازدواج با پاره‌ای از اشخاص را ممنوع اعلام کند. هر چند برخی محرمات نکاح را تا ۲۱ دسته طبقه‌بندی کرده‌اند (خویی، ۱۴۱۷: ج ۲، ص ۱۷۸)، اما برخی ضوابط حقوقی تحدیدی ازدواج را در دسته‌های هم‌طرازای زن و شوهر، ضابطه‌ی خویشاوندی، ضابطه‌ی اخلاقی و ضابطه‌ی عبادی خلاصه کرده‌اند (حکمت‌نیا، ۱۳۹۰: ۲۲۶).

خانواده کانونی است که نیاز جنسی زوجین در آن تدارک دیده شده است. اهمیت این موضوع آنچنان زیاد است که اگر معلوم شود از ناحیه‌ی

مرد (عنن) و یا زن (رتق) مانعی از جهت مواجهه وجود دارد، از موجبات فسخ نکاح شمرده شده است. این حق، از ابعاد گوناگونی بررسی می‌شود، اما در این میان می‌توان به حقوق زیر اشاره کرد؛

الف - حق همخوابگی

«حق همخوابگی» که در اصطلاح فقهی از آن به «حق قسم» یاد می‌شود، زمانی است که مردی همسران متعددی دارد. در این حالت مرد مکلف است در اجرای عدالت بین همسران، بیتوته‌ی شبانه‌ی خود را میان همسرانش بالسویه تقسیم کند. در برابر این تکلیف، هر یک از همسران وی بر این بیتوته حق پیدا می‌کنند. پرسش مطرح این است که حق زن در این باره انتقال پذیر و اسقاط شدنی هست یا این مورد از قبیل احکام و تکالیف به شمار می‌رود؟ پاسخ به این پرسش نیز در گرو این است که آیا استحقاق زن در این باره، از یک حکم تکلیفی ناشی شده یا یک حق گذشت کردنی. اگر این استحقاق از سنخ حق اصطلاحی باشد، زن می‌تواند ضمن عقد نکاح یا بعد از آن حق خود را ساقط کند، اما اگر این استحقاق ناشی از یک حکم تکلیفی باشد، امکان اسقاط آن در قالب اراده‌ی انشایی، هنگام عقد یا بعد از آن وجود ندارد. ناگفته نماند، برخی از فقیهان^۱ نقل این حق را ممکن تلقی کرده‌اند. درباره‌ی

۱. نقل حق قسم از یک زن به زن دیگر صحیح است، زیرا این حق متصف به عنوان «زوجه بودن» است و از این حق استفاده می‌شود که قابل نقل است، اما انتقال آن به ارث استنباط نمی‌شود، زیرا این حق متعلق به زن است و مادام که زنده باشد این حق برای او متصور است و وراثت امکان ندارد در جایگاه خاص این زن قرار گیرند. از این رو حق مزبور امکان انتقال به ارث را ندارد (مشکینی، ۱۳۱۴: ۴۲۵؛ همان: ۵۰).

روش‌شناسی تشخیص حق از حکم در حوزه‌ی حقوق زن

نقل هم باید به سه نکته توجه داشت؛ اول اینکه بنا به دخالت «عنوان زوجه» در این استحقاق، در فرض امکان نقل، این حق فقط به یکی از همسران دیگر منتقل می‌شود. دوم اینکه امکان نقل به تنهایی برای تعیین ماهیت حق کفایت نمی‌کند. سوم اینکه حق نقل به گونه‌ای نیست که مآلاً به سلب کلی این حق منجر شود.

ب - حق بر تمتع جنسی

تمتع جنسی حق مشترک زن و شوهر است. بنابراین همان گونه که شوهر حق تمتع جنسی دارد، زن هم این حق را دارد. فقدان تمتع از این حق یا وجود مانع در آن، به طرف مقابل حق فسخ می‌دهد. از دیگر احکامی که بر این حق مترتب می‌شود وجوب حداقل رابطه‌ی جنسی ظرف مدت چهار ماه است (طرابلسی، ۱۴۱۱: ۲۲۳؛ محقق حلی، ۱۴۱۴: ۴۹۶) و ترک این عمل حرام شمرده شده است (حلی، ۱۴۱۰: ج ۲، ص ۶۰۶). حرمت ایلاء نیز از دیگر مواردی است که به نوعی بر این حق زن تأکید می‌کند.

سؤال مطرح این است که آیا زن می‌تواند این حق را ضمن عقد نکاح یا بعد از آن ساقط کند؟ آیا امکان دارد ازدواجی را مشروط به فقدان این حق در ناحیه‌ی زن یا مرد برقرار کرد؟

پاسخ به این سؤال نیز در گرو منشأ استحقاق تمتع جنسی است. اگر استحقاق شخص بر این تمتع از وجود یک تکلیف شرعی و قانونی نشئت بگیرد، از مقوله‌ی احکام شمرده می‌شود و در دامنه‌ی تصرفات ارادی قرار نمی‌گیرد و اسقاط در این باره بی‌تأثیر است. البته وابستگی موضوع به وجود مصالح یا مفاسد موجود در مقام نیز در تشخیص موضوع نقش بسزایی دارد.

ج - حق داشتن فرزند

از دیگر موارد شایان توجه، «حق بر داشتن فرزند» است. حق بهره‌مندی زن از فرزند، در دو حوزه بررسی می‌شود؛ اول، جنبه‌ی ایجابی این حق است که بر مبنای آن زن حق دارد در پرتو زندگی زناشویی فرزند داشته باشد. دوم، جنبه‌ی سلبی این حق است که می‌توان تحت عنوان «حق نداشتن فرزند» از آن یاد کرد که بر مبنای آن زن حق داشته باشد به سقط جنین دست بزند.

اگر حق بهره‌مندی از فرزند، حق واقعی در معنای اصطلاحی آن باشد، دو اثر مهم بر آن مترتب می‌شود؛ نخست اینکه زوجین می‌توانند ضمن عقد یا به موجب توافق مستقل، حق خود را در این باره اسقاط کنند (لُکُلِ ذی حَقِّ اسقاطُ حَقِّه). دوم، مادر نیز علی‌الاصول می‌تواند در راستای اعمال این حق به حیات جنین پایان دهد، مگر مانعی از جهت تراحم مطرح شود که نیاز به بحث مستقلی دارد، اما اگر این حق، ماهیتاً در رتبه‌ی احکام و تکالیف قرار گیرد، هیچ کدام از دو اثر یاد شده متوجه آن نخواهد شد. به دیگر سخن، در این باره، امکان اسقاط حق بر داشتن فرزند و همچنین امکان سقط جنین پذیرفته نخواهد شد.

نتیجه‌گیری

حق، مصداقاً و در هر مورد، اعتبار مخصوصی است که آثار خاص خود را دارد. در مقابل، حکم، اعتباری است که قانون‌گذار از حیث اقتضاء و تخییر صادر کرده است. حکم اقتضایی هم حکمی است که در آن، طلب به

روش‌شناسی تشخیص حق از حکم در حوزه‌ی حقوق زن

طور مطلق وجود دارد و تخییر هم به اباحه تعلق می‌گیرد. با این تفاوت که ساحت حکم، علی‌الاطلاق، از امکان تعرض اراده‌ی انشایی اشخاص در نقل و اسقاط مصون است و جز به امثال یا انتفای موضوع آن ساقط نمی‌شود. درحالی‌که حق اصطلاحی اقتضای نقل، انتقال و اسقاط را دارد و اراده‌ی اعلامی و انشایی شخص موضوع حق در ثبوت و سقوط حق و قبض و بسط دامنه‌ی آن نقش برجسته‌ای دارد.

در قلمرو حقوق زن، در تشخیص مصادیق حق از حکم، مراحل زیر باید طی شود و در هر مرحله ضوابطی برای تشخیص وجود دارد. صرف نظر از تقدم یا تأخیری که بر اساس روش پژوهش و در مرحله‌ی بیان مطلب وجود دارد، در تقدم و تأخر ضوابط، سیر منطقی ذیل باید رعایت شود.

مرحله‌ی نخست، توجه به ضوابطی است که در صورت دلالت کافی بر مدعا، بر دیگر روش‌ها تقدم دارد؛ توجه به لسان دلیل و ظهور آن در حق یا حکم بودن مجعول شرعی، ملاحظه‌ی آثار و لوازم از جهت امکان نقل، انتقال یا اسقاط، قیاس اولویت برخی از فتاوی‌ی فقهی و اهمیت بالاتر برخی حقوق در ترازبندی موجود، توجه به دلالت گزاره‌های خبری در مقام نفی برخی اختیارات اشخاص و دلالت آكد آن بر (حکم) حرمت تصرفات مربوط، استقراء و تنقیح مناط از موارد استقرایی در جغرافیای حقوقی و فرهنگی مسلمین، سیره‌ی عقلاء در نفی و اثبات برخی اختیارات، وجود برخی مصلحت‌گذشت‌ناکردنی در مقام، وجود جنبه‌های حق‌اللهی در موضوع مورد مناقشه و احتمال مفسده، از جمله روش‌هایی است که در صورت وجود، امکان حق‌انگاری یا حکم‌انگاری را فراهم می‌آورد.

مرحله‌ی دوم، که در آن به عموم و اطلاق ادله توجه می‌شود. در این مقام، در درجه‌ی اول، به عموماتی توجه می‌شود که به موضوع مورد بحث نزدیک‌تر باشد. بدین ترتیب ابتدا عموم و اطلاق ادله‌ای که در خصوص حق مورد بحث وارد شده باشند، به دلیل اقوی بودن، در اولویت قرار دارند. در درجه‌ی دوم، به عموم و اطلاق معاملات که کلی‌تر هستند، استناد می‌شود. در مرحله‌ی سوم، در فرضی که هیچ کدام از دو شیوه‌ی فوق، تمایز حق از حکم را نتیجه ندهد، می‌توان به ضابطه‌ی اصل عملی و نتایج حاصل از آن در این تشخیص کمک گرفت که پردازش این مهم در مجال دیگری پیگیری خواهد شد.

هر چند بسیاری از بحث‌های مربوط به آزادی اراده و مباحث حقوق بشری مربوط، در چارچوب همین بحث پاسخ داده می‌شوند، اما ضروری است محققان در مراحل بعدی مباحث و ضوابط درون دینی و برون دینی را به تفکیک بررسی کنند.

روش‌شناسی تشخیص حق از حکم در حوزه‌ی حقوق زن

منابع

- ◀ ابن بابویه، محمد بن علی ۱۳۸۱ش. *پاداش نیکی‌ها و کیفر گناهان*؛ (ترجمه‌ی ثواب الأعمال)، ترجمه‌ی محمد علی مجاهدی، قم، سرور.
- ◀ ابن براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز و ابو جعفر محمد بن حسن طوسی ۱۴۱۱ هـ ق. *جواهر الفقه - العقائد الجعفریة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ◀ ابن شعبه، حسن بن علی ۱۳۷۶ش. *رهاورد خرد (ترجمه‌ی تحف العقول)*، ترجمه‌ی پرویز اتابکی، تهران، نشر و پژوهش فرزانه روز.
- ◀ اشتهااردی، علی پناه ۱۴۱۷. *مدارک العروة (للإشتهاردی)*، تهران، دار الأسوة للطباعة والنشر.
- ◀ بروجردی، آقا حسین ۱۳۸۶ ش. *جامع أحادیث الشيعة (للبروجردی)*، تهران، فرهنگ سبز.
- ◀ تفضلی، تقی. «تحقیق و بررسی درباره‌ی معنی و مفهوم کلمه‌ی حق»، مقالات و بررسی‌ها، ش ۲۱ و ۲۲، (۱۳۵۴).
- ◀ جمعی از مؤلفان، *مجله فقه أهل البيت (بالعربیة)*، قم، دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم‌السلام).
- ◀ حرّ عاملی، محمد بن حسن ۱۴۰۹ هـ ق. *وسائل الشيعة*، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم‌السلام)،
- ◀ حسین آبادی جرقوینی، محمدرضا ۱۴۲۳ هـ ق. *رساله فی المعامله و الاختلاف بین المتعاقدين*، قم، میثم تمار.
- ◀ حسینی حائری، سید کاظم ۱۴۲۳ هـ ق. *فقه العقود*، قم، مجمع اندیشه اسلامی.
- ◀ حکمت نیا، محمود ۱۳۹۰. *فلسفه نظام حقوق زن*، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

فصلنامه شورای فرهنگی اجتماعی زنان و خانواده

- ﴿ حکیمی، محمد رضا، محمد حکیمی و علی حکیمی ۱۳۸۰ش. الحیاة، ترجمه‌ی احمد آرام، تهران، دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
- ﴿ حلّی، ابن ادریس محمد بن منصور بن احمد ۱۴۱۰هـ.ق. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ﴿ حلّی، سید ابن طاووس و علی رضی الدین ۱۴۲۹ ه.ق. أجوبة مسائل و رسائل فی مختلف فنون المعرفة، قم، دلیل ما.
- ﴿ حلّی، مقداد بن عبدالله السیوری ۱۴۰۴ ه.ق. التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
- ﴿ خراسانی (آخوند)، محمد کاظم بن حسین ۱۴۰۶ق. حاشیه کتاب مکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- ﴿ خوانساری، آقا جمال محمد بن حسین ۱۳۶۶ش. شرح آقا جمال الدین خوانساری بر غرر الحکم و درر الکلم، تهران، دانشگاه تهران.
- ﴿ خوانساری، سید احمد بن یوسف ۱۴۰۵ ه.ق. جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
- ﴿ خوبی، سید ابوالقاسم ۱۴۱۷ق. مصباح الفقاهه، ترجمه‌ی محمد علی توحیدی، قم، انصاریان.
- ﴿ روحانی، محمد صادق ۱۴۱۸ق. منهاج الفقاهه، التعلیق علی مکاسب الشیخ الاعظم، قم، العلمیه.
- ﴿ شریف‌الرضی، محمد بن حسین ۱۳۷۹. ترجمه و شرح نهج البلاغه، ترجمه‌ی علی نقی فیض الاسلام اصفهانی، تهران، تألیفات فیض الاسلام.
- ﴿ طباطبایی یزدی ۱۳۷۶ش. حاشیه کتاب مکاسب، قم، دارالعلم.
- ﴿ طریحی، فخر الدین ۱۴۱۶ ه.ق. مجمع البحرین، تهران، کتابفروشی مرتضوی.

روش‌شناسی تشخیص حق از حکم در حوزه‌ی حقوق زن

- ◀ عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی ۱۴۱۳ ه.ق. مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، قم، المعارف الإسلامية.
- ◀ قنواتی، جلیل، سید حسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی پور ۱۳۷۹. حقوق قراردادهای در فقه امامیه، زیر نظر سید مصطفی محقق داماد، تهران، سمت.
- ◀ کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق ۱۴۰۷ ق. الکافی، تهران، دار الکتب الإسلامية.
- ◀ کمپانی اصفهانی، محمد حسین ۱۴۰۹ ه.ق. الإجارة (للأصفهانی)، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ◀ ———، ۱۴۱۸ ق. حاشیه کتاب مکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، أنوار الهدی.
- ◀ گرجی، ابوالقاسم. «مشروعیت حق و حکم آن با تأکید بر حق معنوی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی تهران، (مهر ۱۳۷۲).
- ◀ مدرسی یزدی، سید عباس ۱۴۱۰ ه.ق. نموذج فی الفقه الجعفری، قم، کتابفروشی داوری.
- ◀ مروج جزائری، سید محمد جعفر ۱۴۱۶ ه.ق. هدی الطالب فی شرح مکاسب، قم، دارالکتاب.
- ◀ مشکینی، میرزا علی ۱۳۸۴ ش. مصطلحات الفقه، قم، جامعه مدرسین.
- ◀ موسوی خمینی، سید روح‌الله. کتاب البیع (للامام خمینی)، تهران، مؤسسه تنظیم دفتر آثار امام خمینی (قدس سره).
- ◀ ———، ۱۳۷۸ ش. مناهج الاصول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- ◀ ———، ۱۳۸۲ ه.ق. القواعد الفقهية و الاجتهاد و التقليد (تهذيب الأصول)، قم، دارالفکر.
- ◀ نائینی، محمد حسن، فوائد الاصول، تهران، مؤسسه نصر.
- ◀ ———، ۱۴۱۸ ق. منیه الطالب، قم، نشر اسلامی.
- ◀ نجفی خوانساری، موسی ۱۴۱۸ ق. منیه الطالب فی شرح مکاسب، تقریرات ابیات نائینی، قم، نشر اسلامی.

- ◀ هاشمی شاهرودی، سید محمود ۱۴۱۹ ه.ق. *بایسته‌های فقه جزا*، تهران، میزان.
- ◀ هاشمی خویی، میرزا حبیب الله، حسن حسن زاده آملی و محمدباقر کمره‌ای ۱۴۰۰ ه.ق. *منهاج البراعة فی شرح نهج البلاغه و تکملة منهاج البراعة* (خوئی)، مکتبة الإسلامية.