



پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی



مقدمه

مبثتی بر یک نظریه سیاسی-اجتماعی، جامعه انسانی از سه بخش سپهر خصوصی، سپهر عمومی و دولت تشکیل شده است. سپهر خصوصی، در تقابل با سپهر عمومی و در تمایز با حریم خصوصی، تعریف می شود. سپهر عمومی، فضای گفت و گو و تصمیم گیری راجع به مسائل همگانی است. حریم خصوصی، به عنوان نقطه مقابل امر اجتماعی، به معنای حق/توانایی مصون نگه داشتن ابعادی از زندگی فردی، اعم از اطلاعات، ارتباطات، خانه و تن، از دید اغیار، اعم از دولت و غیر آن، است. سپهر خصوصی ساحتی از زندگی جمعی انسانی است که در آن افراد در قالب گروه هایی مانند خانواده و نهادهای مدنی، و رای مداخله دولت، اراده خود را اعمال می کنند. سپهر خصوصی، ویژگی سلبی دارد و تنها وصف ایجابی آن اموری است که باید نهان داشت (Arendt, 1998: 58). برجستگی و محوریت خانواده در سپهر خصوصی به قدری است، که می توان گفت در کنار جامعه مدنی، سپهر خصوصی را می سازد.

دولت های پیشامدرن، انگیزه و امکان مداخله در سپهر خصوصی را نداشتند و نتیجتاً سپهر خصوصی به عنوان حوزه خودمختاری انسان محترم بود. دولت مدرن با داشتن صلاحیت انحصاری وضع قانون، قضاوت بر مبنای قانون و اعمال زور برای اجرای قانون، این امکان را پیدا کرد که در خانواده مداخله کند. پیش از آن، مداخله دولت در خانواده، محدود به قواعد حاکم بر ازدواج خانواده های سلطنتی و اشراف بود (جاوید، مهاجری، ۱۳۹۷: ۹ - ۸). پس از پیدایش دولت مدرن تمامت خواه، کارکرد و وظایف خانواده موضوع سیاست گذاری توسط دولت شد و تدریجاً جزئیات مربوط به انعقاد و انحلال ازدواج و مناسبات زوجین، به نظم و منفعت عمومی مرتبط جلوه داده شد و به این ترتیب دولت جواز مداخله در حوزه خانواده را برای خود صادر کرد. انگیزه های دولت برای





مداخله در امور خانواده عبارت بودند از ارتباط خانواده با جمعیت به عنوان یکی از عناصر سه گانه کشور، ارتباط میان وضعیت اقتصادی خانواده با وظایف و سیاست های حمایتی و رفاهی دولت و تأثیر خانواده بر انواع توسعه، به ویژه توسعه فرهنگی. در دهه های اخیر، باغلبه بین المللی شدن، جهانی شدن، خصوصی سازی و نظایر این ها بر مناسبات دولت ها و افراد، اقتدار دولت در حوزه هایی مانند آموزش، اقتصاد و مذهب کم رنگ شد؛ آیا خانواده را می توان به این فهرست افزود؟ برای یافتن پاسخ، باید وضع موجود نظام های حقوق خانواده را مورد بررسی قرار داد.

در میان شاخه ها و مقوله های حقوق ایران، حقوق خانواده، به واسطه گره خوردن با احوال شخصیه، که ریشه در نظام ارزش ها دارد، بیش ترین ارتباط را با قواعد فقهی دارد؛ باعنایت به این واقعیت، هدف اصلی پژوهش سنجش منزلت حقوقی سپهر خصوصی در حقوق ایران است. اهداف فرعی، عبارتند از مقایسه نظام حقوقی ایران و آلمان در انعقاد ازدواج، طول دوران زوجیت، در طلاق و پس از آن و تبیین میزان مداخله دولت در هریک از این مراحل. پرسش اصلی این که آیا در ایران سپهر خصوصی وجود دارد؟

فرضیه این است که در آلمان، بر خلاف ایران، خانواده یک نهاد سپهر خصوصی و مشمول قواعد تکمیلی حقوق خصوصی است. این فرضیه در صورتی ثابت می شود که بر خانواده اصل آزادی قرارداد و در فرض بروز اختلاف بر سر قرارداد، قاعده انصاف حاکم باشد و قوانین امری فقط برای تضمین نظام حقوق بشر (به ویژه آزادی و برابری و مبارزه با خشونت خانگی) و قواعد آمره بین المللی (مانند منع شکنجه و منع برده داری) به آن راه یابد؛ بنابراین در حقوق آلمان، سپهر خصوصی به صورت ریشه دار وجود دارد و به افراد در برابر مداخله ناروای دولت پناه می دهد؛ در حالی که در ایران، با وجود یک حکومت اسلامی و حقوق خانواده ای که ریشه در سنت های دیرین اجتماعی دارد، قلمرو آزادی قرارداد در ازدواج بسیار محدود است و بر جزئیات عقد، قوانین امری حاکم است و در نتیجه خانواده یک نهاد خصوصی محسوب نمی شود و این به معنای ضعف یا نبود سپهر خصوصی است.





روش پژوهش، مقایسه تطبیقی بارویکرد استنتاجی است؛ باین استدلال که مداخله گسترده دولت در سپهر خصوصی، از جمله از طریق وضع قوانین اساسی و عادی، وجود سپهر خصوصی را زیر سؤال می‌برد؛ خانواده مهم‌ترین نهاد سپهر خصوصی است؛ مداخله دولت در خانواده وجود سپهر خصوصی را زیر سؤال می‌برد. بنابراین چنانچه اثبات شود در ایران دولت در حوزه خانواده، جز برای تضمین حقوق بشر، مداخله می‌کند، می‌توان نتیجه گرفت که در ایران سپهر خصوصی، حداقل در نظام حقوقی، وجود ندارد. آلمان به چند دلیل به عنوان طرف و مبنای مقایسه انتخاب شده است: اولاً به لحاظ ساختاری هر دو نظام حقوقی از خانواده رومی-ژرمنی و نظامات حقوقی نوشته و غیرعرفی محسوب می‌شوند و از این حیث بستر ساختاری مقایسه فراهم است؛ ثانیاً تا کنون حقوق خانواده این دو کشور موضوع مقایسه نبوده است و کلاً حقوق آلمان برای مخاطب ایرانی چندان شناخته شده نیست؛ ثالثاً نظریه پردازان معاصر سپهر خصوصی، هانا آرنست و یورگن هابرماس، آلمانی هستند که حکایت از منزلت سپهر خصوصی در آن جامعه دارد.

در پایان لازم به تأکید است که مسأله محوری پژوهش حاضر بررسی سرنوشت سپهر خصوصی، متأثر از تنظیم روابط حاکم بر خانواده توسط دولت است و گرنه پیامدهای مثبت ورود دولت به عرصه خانواده و تصویب قوانین تفصیلی، به‌ویژه از منظر تضمین حقوق زنان و کودکان، قابل نفی و انکار نیست. به عبارت دیگر پژوهش ماهیت نظری دارد و در مقام ارزش گذاری نیست.

۱. تاریخچه مداخلات دولت در خانواده

به لحاظ تاریخی در آلمان دولت پس از رواج ازدواج‌های بین‌دینی، بین‌اثادی و بین‌افرهنگی، به حوزه خانواده وارد شده است. تا اواخر قرن نوزدهم، ازدواج و همسرگزینی، به عنوان تجسد فرهنگ یک فرد، تنها در درون زیرگروه‌های اجتماعی انجام می‌شد و در نتیجه اختلافات ناشی از آن توسط مراجع اجتماعی، مانند کلیسا، قابل حل بود ولی گسترش مهاجرت و سکولاریسم، این سازوکارها را بی‌کارکرد و ورود دولت را موجه کرد (Moses, 2019: 466)؛ به عبارت دیگر افراد مداخله دولت را مطالبه کردند.



در ایران تا پیش از دوران پهلوی اول افراد با قراردادهای غیررسمی و در چارچوب موازین دینی و عرفی اقدام به ازدواج می کردند و اختلافات ناشی از آن را از طریق مراجع دینی، خویشاوندی و نظایر آن حل و فصل می کردند. به لحاظ تاریخی اولین بار در ۱۳۱۰ قانون راجع به ازدواج به تصویب رسید و دولت به امر خانواده وارد شد (مجلس، ۱۳۱۰). هدف از تصویب این قانون عرفی سازی ازدواج از طریق ثبت رسمی ازدواج، طلاق و رجوع، تعیین موانع و آثار ازدواج و تعیین دادگاه به عنوان مرجع رسیدگی به اختلافات بود (مجلس، ۱۳۱۰: ۲). بعدتر در اصلاحیه همین قانون، انعقاد ازدواج توسط عاقدی که بدون داشتن دفتر رسمی اقدام به اجراء صیغه ازدواج یا طلاق یا ثبت رجوع کند جرم انگاری شد (مجلس، ۱۳۱۶: ۱) و به این شکل دولت دست رقبای خود را از این حوزه کوتاه کرد؛ این رویه پس از انقلاب هم ادامه یافت با این توضیح که مراجع دینی و رسمی درهم تنید و درواقع مرز میان نهادهای عرفی و دینی مرتبط با خانواده حذف شد.

در حال حاضر در ایران چند نهاد موازی در تصمیم گیری و اجراء، متولی امور خانواده هستند؛ از جمله معاونت امور زنان و خانواده ریاست جمهوری، سازمان بهزیستی به عنوان زیرمجموعه وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی، ادارات کل امور بانوان و خانواده در زیرمجموعه وزارت کشور، مشاوران امور بانوان در وزارت خانه ها و دستگاه های اجرایی، شورای فرهنگی اجتماعی زنان و خانواده در زیرمجموعه شورای عالی انقلاب فرهنگی (مهدوی زاهد، ۱۳۹۷: ۲۹۲-۲۹۴). تعدد نهادها، خود به خود بر میزان مداخله دولت می افزاید درحالی که در آلمان وزارت خانه امور خانواده، شهروندان بزرگسال، زنان و جوانان متولی اصلی امور خانواده است. (عبداللهی، رستمی، ۱۳۹۵: ۴۲)

۲. تطبیق قواعد اساسی

از منظر اسلامی، مادری و همسری وظایف و ارزش های ذاتی زن است و هر وصف دیگری، از جمله اشتغال زنان را باید با لحاظ این دو کارکرد سنجید (کهریزی، مرادی، ۱۳۹۴: ۲۸-۲۷)؛ تاجایی که مادری زن را با مقاصد کلان، میانی و ابتدایی شریعت پیوند می زنند (رک. میرخانی و همکاران، ۱۳۹۰: ۱۴۰-۱۳۹). این دیدگاه در مقدمه قانون





اساسی ایران بروز یافته است که در مقام تبیین وظیفه مادری زن، دولت را موظف به فراهم کردن امکانات برای برقراری توافق عقیدتی و آرمانی در تشکیل خانواده، می کند؛ اصل ده در توضیح مقدمه می گوید روابط خانوادگی باید بر قواعد و اخلاق اسلامی مبتنی باشد و به علاوه در همین اصل و اصل بیست و یکم بر لزوم حفظ کیان و بقای خانواده تأکید شده است که از این جا می توان موضع حقوق ایران به مقوله طلاق را استنباط کرد. ماده شش قانون اساسی آلمان، ازدواج و خانواده را تحت حمایت دولت قرار می دهد. هردو قانون اساسی جواز مداخله دولت در امر خانواده را صادر کرده اند؛ یکی از منظر عقیدتی و دیگری ورای آن.

هردو کشور به میثاق حقوق مدنی و سیاسی^۱ پیوسته اند که به موجب آن خانواده مصون از تعرض اغیار، مشخصاً دولت است و دولت موظف به تضمین آزادی و برابری در خانواده است (UN General Assembly, 1966: art.17, 23/4). دولت آلمان به کنوانسیون اروپایی حقوق بشر^۲ نیز متعهد است که طبق آن همسران باید از حیث حقوق و وظایف هنگام ازدواج، در دروان ازدواج و در زمان انحلال آن، از برابری، با ماهیت حقوق خصوصی، بهره مند باشند (Council of Europe 1950: 5). به علاوه از منظر کنوانسیون، یکی از حقوق بشر، حق احترام به زندگی خصوصی و خانوادگی است. در اجرای این حق هیچ مداخله ای نباید از سوی هیچ یک از مقامات دولتی صورت گیرد مگر مداخلاتی که کنوانسیون جواز آن را صادر کرده است (Council of Europe 1950: 8).

بنا بر این از منظر حقوق بشری، خانواده ماهیتاً خصوصی است و در عین حال دولت وظیفه به تضمین آزادی و برابری در آن دارد. در خصوص برابری، در آلمان قواعد ازدواج به زنانه-مردانه تفکیک نمی شود و برای همسران نوشته شده اند. اگرچه به رغم تعهد قانونگذار به رعایت برابری جنسیتی، نتیجه تحقیقات میدانی نشان می دهد که در این کشور، تبعات منفی ازدواج، به ویژه تبعات طلاق، عمدتاً متوجه زنان است (Leopold, 2018).



1 International Covenant on Civil and Political Rights.

2 European Convention on Human Rights.



771). در مقابل قانون ایران، بدون اتخاذ رویکرد برابری خواهانه، با استفاده از دو گانه‌هایی مانند زوج-زوجه و زن-مرد، قواعد متفاوتی را برای زنان و مردان ایجاد کرده‌است. در مورد آزادی، همان‌طور که در ادامه بررسی خواهد شد، به‌رغم این که حقوق آلمان، فضای بیشتری را به آزادی قرارداد داده، در مواردی دادگاه قانون اساسی فدرال به موضوع ورود کرده و قراردادهایی را به دلیل نقض روح قانون اساسی باطل اعلام کرده‌است (Zumbansen, 2001: para. 1) که البته این قبیل تصمیم‌ها با انتقادهای جدی از حیث نقض حقوق خصوصی مواجه است (Zumbansen, 2001: para2). دادگاه قانون اساسی با مجوز قانون اساسی و قواعد اساسی برخاسته از حقوق بشر بین الملل به این موضوع ورود می‌کند؛ وقتی ازدواج و خانواده موضوع قواعد اساسی شود، ایجاد هر تغییری توسط افراد در سنت نهادی آن می‌تواند با مانع پاسداری از قانون اساسی مواجه شود. از همین رو است که در آلمان یکی از دلایل تأخیر در به رسمیت شناخته شدن ازدواج هم جنس گرایان، مخالفت دادگاه قانون اساسی بود، باین استدلال که ازدواج ماهیتاً دوجنس گرا است (Markard, 2016: 523).

میزان مداخلات دولت آلمان در حوزه خانواده به حدی است که در پرونده‌ای دادگاه، مستند به بند سه ماده شش قانون اساسی، حق حضانت والدین طبیعی دو کودک را سلب و سرپرستی آن‌ها را به خانواده جدید واگذار کرد، تصمیمی که مورد تأیید دادگاه فدرال قانون اساسی هم قرار گرفت و البته نهایتاً با مداخله دیوان اروپایی حقوق بشر با استناد به ماده هشت کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، این رأی نقض شد و کودکان به خانواده طبیعی خود بازگشتند (Hoss, 2002: 1-5).

به وجود این‌ها، دادگاه قانون اساسی آلمان، همواره به عنوان سدی در برابر تغییرات عمل نکرده و در مواردی ذات خصوصی خانواده را دیده‌است. برای مثال پیش از ۱۹۸۶، زوج تنها در صورتی از حقوق بازنشستگی همسر متوفای خود بهره‌مند می‌شد که زوج در طول حیاتش، نقش مهمی در تأمین نفقه خانوار می‌داشت ولی عکس این قاعده صادق نبود. در ۱۹۶۳ دادگاه قانون اساسی، مجدداً به ضرر زوج حکم داد؛ دوازده سال بعد هم دادگاه نظر پیشین خود را تکرار کرد ولی این بار در حکم خود بر لزوم بازنگری پارلمان در





قانون باتوجه به چهار برابر شدن آمار اشتغال زنان اشاره کرد (Op. Cit. 225). به این ترتیب دادگاه، به سمت برداشتی منطبق با روح زمانه از ماده سه قانون اساسی، راجع به برابری حقوق زن و مرد، گام برداشت.

۳. تطبیق قوانین عادی

در هردو نظام حقوقی، منبع اصلی حقوق خانواده، قانون مدنی است. قانون مدنی ایران (از این پس ق.م)، کتاب‌های هفتم، هشتم و نهم را به ترتیب به نکاح و طلاق، اولاد و خانواده اختصاص داده و قانون مدنی آلمان (از این پس BGB) ذیل کتاب خانواده به ازدواج مدنی، خویشاوندی و قیمومت، سرپرستی و حضانت پرداخته است.

۳-۱. تطبیق انواع ازدواج

در آلمان، تا پیش از رسمیت یافتن ازدواج هم‌جنس‌گرایان در ۲۰۱۷، ازدواج بر دو نوع پیوند مدنی (مختص هم‌جنس‌گرایان) و ازدواج مدنی (مختص دگرجنس‌گرایان) بود (BGB: 1306). قانون راجع به پیوند مدنی^۱، در حال حاضر تنها برای مواردی که پیش از یک اکتبر ۲۰۱۷ به ثبت رسیده و روابطی که خارج از سرزمین دولت آلمان ایجاد شده قابل اعمال است (German Bundestag, 2001: 1) و از ۲۰۱۷، ازدواج هم‌جنس‌گرایان از حیث حقوقی کاملاً مانند ازدواج دگرجنس‌گرایان شده است. علاوه بر این، قانون‌گذار به وظایف کلیسا در رابطه با ازدواج ورود نمی‌کند (BGB: 1588)؛ یعنی ازدواج مذهبی، به عنوان یک امر دینی و مستقل از حقوق می‌تواند وجود داشته باشد. ازدواج سفید (از این پس هم‌باشی) در آلمان به عنوان یک انتخاب فردی، ممنوع نیست، ولی دولت با اهرم‌هایی مانند اعطای امتیازهای مالیاتی، از ازدواج مدنی حمایت می‌کند.

در آن کشور، میزان مالیات همسران با روش تقسیم درآمد^۲ محاسبه می‌شود؛ به این ترتیب که به میانگین درآمد زوجین، برای هر کدام، مالیات تعلق می‌گیرد؛ حتی اگر یکی از زوجین شاغل نباشد و نتیجتاً در بیشتر موارد، مجموع مالیات پرداختی خانوار از روش

پیش‌رویش تطبیق حقوق نظام و غرب نظام‌دینی - سال نهم - شماره دوم - تابستان ۱۳۹۱



1 Act on Registered Life Partnerships
2 Income Splitting



محاسبه فردی، کمتر می شود (Fink, 2020: 478). در آن جا مشوق های مالیاتی به حدی کارآمد است که بر انتخاب زمان، ازدواج، در طول سال هم تأثیر می گذارد (Fink, 2020: 488). به این نظام مالیاتی انتقاداتی وارد است؛ از جمله این که از خانواده های دارای فرزند حمایت نمی شود؛ خانواده های تک ناکه آور که درآمد ماهیانه بالایی دارند عملاً از یارانه بهره مند می شوند؛ انگیزه اشتغال زنان متأهل پایین می آید و کسانی که ازدواج مدنی نکرده اند، نادیده گرفته می شوند (Hans et al, 2015: 54). منتقدان، معتقدند این امتیازات باید به هم باشی های نسبتاً پایدار هم تسری یابد (Ostner, 2001: 94). دولت آلمان، علاوه بر امتیازهای مالیاتی، حدود صد و پنجاه مزیت برای ازدواج و خانواده در نظر گرفته است و آن ها را از طریق وزارت خانه ها و نهادهای ایالتی ارائه می دهد (عبداللهی، رستمی، ۱۳۹۵: ۴۲).

در ایران هر رابطه تنانه-صمیمانه میان افراد هم جنس ممنوع است و می تواند جرائم مستوجب حد یا رابطه نامشروع یا عمل منافی عفت را بسازد (مجلس، ۱۳۷۵: ۶۳۷). ازدواج میان غیرهم جنسان بر دو نوع دائم و موقت است (ق.م: ۹۹۳). در ازدواج موقت، تعیین مدت و مهریه از ارکان عقد است؛ الزامی به ثبت آن نیست مگر در فرض باردارشدن زوجه، توافق یا شرط ضمن عقد (مجلس، ۱۳۹۱: ۲۱)؛ قواعد ارث میان طرفین برقرار نیست و قواعد نفقه منوط به تصریح در عقد است. ازدواج موقت با انقضای مدت یا بذل آن از جانب زوج پایان می یابد (ق.م: ۱۱۳۹) و عده برای زوجه برقرار است. ازدواج مدنی، منطبق بر قواعد فقه شیعه است و در مورد همه شهروندان، غیر از اقلیت های دینی (ق.ا: ۱۱-۱۳) اعمال می شود. ازدواج دائم دینی محض، به معنای عدم ثبت ازدواج مدنی، برای زوج جرم-انگاری شده، اگرچه روابط متکی بر آن مورد احترام نظام حقوقی است (مجلس، ۱۳۹۱: ۴۹).

بنابراین در آلمان ازدواج مدنی طبق قانون یک نوع و در ایران دو نوع است و تعریف هر کدام را قانون گذاران مشخص کرده اند و به افراد امکان برقراری رابطه زناشویی خارج از این محدوده را نمی دهد؛ از این حیث مداخله دولت ایران شدیدتر است.





۳-۲. تطبیق انعقاد ازدواج

از آن جاکه در آلمان دائمی بودن از ارکان ازدواج است و ازدواج موقت مصداق ندارد، در ادامه تنها ازدواج دائم مبنای مقایسه قرار می گیرد.

۳-۲-۱. تطبیق نامزدی

قانون مدنی آلمان بحث از ازدواج را با نامزدی آغاز می کند، آن را به رسمیت می شناسد ولی وادار کردن افراد به ازدواج بر مبنای آن را نمی پذیرد و به علاوه توافق بر پرداخت جریمه یا وجه التزام در فرض برهم خوردن نامزدی را باطل می داند (BGB: 1297). طرفی که از تداوم نامزدی منصرف می شود باید در فرض نداشتن دلایل کافی، از عهده خسارت های ناشی از تصمیم خود برآید (BGB: 1298, 1299). به علاوه طرفین باید هدایای نامزدی را مسترد نمایند (BGB: 1300) قانون مدنی ایران پس از اصلاحات ۱۳۶۱، به تبع ممنوعیت رابطه زناشویی خارج از ازدواج، نامزدی را تلویحاً و در حد بازگرداندن هدایا (ق.م: ۱۰۳۵ و ۱۰۳۷) و جبران خسارت های ناشی از برهم زدن آن (مجلس، ۱۳۹۱: ۴-۱) به رسمیت می شناسد. در هردو نظام، آزادی افراد در تعریف نامزدی و تعیین شرایط حاکم بر آن تحدید شده است.

۳-۲-۲. تطبیق شرایط ازدواج

اهلیت: در آلمان برای ازدواج اهلیت معامله لازم است (BGB: 1304) و فقدان آن در یکی از زوجین هنگام عقد، مبطل است (BGB: 1314-1). حداقل سن ازدواج هجده و در شرایطی شانزده سال است (BGB: 1303)؛ در ایران قانون گذار با تفکیک رابطه عینی و حقوقی ازدواج، اولی را پیش از بلوغ جسمانی ممنوع کرده (ق.م: ۱۰۴۱) و در مورد دومی، برای دختران سن سیزده و برای پسران پانزده سال را شرط کرده که با اذن ولی و رعایت مصلحت، به تشخیص دادگاه، کم تر از این هم ممکن است (مجمع، ۱۳۸۱: ماده واحده). برای ازدواج اول دختر، اذن ولی لازم است (ق.م: ۱۰۴۳)؛ چنین شرطی در قانون آلمان وجود ندارد. در مورد اهلیت، قانون مدنی ایران میان زوجین و عاقد، قائل به تفکیک شده است. عاقد باید عاقل، بالغ و قاصد باشد (ق.م: ۱۰۶۴). پس اولاً حداقل در امور غیرمالی ازدواج، رشد، نه در طرفین و نه در عاقد، شرط نشده است و ثانیاً چنانچه عاقد، خود

پیش نویس تحقیق حقوقی نظام ویرایش سال نهم - شماره دوم - تابستان ۱۳۹۱





زوجین نباشد و نماینده آن‌ها باشد، می‌تواند غیربالغ و غیرعادل را مزدوج نماید. در فرض عادل نبودن زوجین، قواعد فسخ جاری می‌شود (ق.م: ۱۱۲۱).

تمامت اراده: یکی از شرایط صحت هر عمل حقوقی، از جمله عقد ازدواج، قصد است و خلل به آن، به واسطه عدم هوشیاری، تهدید، فریب و ... در هردو کشور منجر به بطلان مطلق یا نسبی (قابل تنفیذ) می‌شود.

حضور شخصی: از حیث شکلی در حقوق آلمان ازدواج با اظهارنامه شخصی^۱، انجام می‌شود و طرفین باید در هنگام ارائه آن شخصاً حضور داشته باشند (BGB: 1311) عدم رعایت این شرط ازدواج را باطل می‌کند (BGB: 1314-1)؛ به علاوه ازدواج اجباری به موجب بخش (۲۳۷) قانون مجازات آلمان، جرم‌انگاری شده است. ازدواج اجباری از اوایل دهه دوم قرن بیست و یکم، متأثر از مهاجرت، در جامعه آلمانی به یک معضل جدی‌تر تبدیل شد و مداخله قانون‌گذار را ناگزیر کرد (Braun, 2015: 869). منظور از ازدواج اجباری این است که کسی با زور یا تهدید وادار به ازدواج شود (Braun, 2015: 846).

در ایران، حضور فیزیکی ضروری نیست و شناسایی بدون شبهه توسط عاقد، شرط صحت عقد است (ق.م: ۱۰۶۷). امکان توکیل (ق.م: ۱۰۷۱-۱۰۷۴) و انعقاد ازدواج توسط افراد قانوناً محق، وجود دارد (ق.م: ۱۰۴۱ و ۱۰۶۳). به این ترتیب قانون‌گذار زمینه ازدواج اجباری را از بین نبرده است؛^۲ اگرچه قانون مدنی رضایت را شرط نفوذ عقد و امکان تنفیذ پس از رفع اکراه را پیش‌بینی کرده است (ق.م: ۱۰۷۰).

در این خصوص دو نکته در نظام حقوقی ایران قابل توجه است: نخست این که قوانین ازدواج اجباری را جرم‌انگاری نکرده‌اند و دوم این که در میان اقوام ایرانی سنت‌هایی مانند نافبر، ضرورت ازدواج دختر عمو با پسر عمو و خون‌بس وجود دارد (مقدسی، عامری، ۱۳۹۵: ۱۹۱ - ۱۹۰) که به لحاظ فرهنگی، ازدواج اجباری را تجویز و روا می‌کند و این عزم

1 Personal Declaration

۲ منظور این نیست که عقد و کالتی مساوی است با ازدواج اجباری و جاری شدن ایجاب و قبول توسط خود زوجین مساوی است با ازدواج غیراجباری، مسأله افزایش احتمال وقوع اجبار و تعذر مبارزه با آن است و حتی در وضعیت‌های استثنایی، مانند زمانی که مرجع رسمی در دسترس نیست، آزادی عمل بیش‌تری به افراد می‌دهد.





مضاعف دولت برای تضمین آزادی ازدواج را می‌طلبد و بی‌کنشی دولت، مغایر قرارداد تکمیلی منع بردگی و برده فروشی و عملیات و دستگاه‌های مشابه بردگی که ایران در ۱۳۳۷ به آن پیوسته، است. این تعهد بین‌المللی، یکی از مصادیق بردگی را چنین تعریف می‌کند: «ابوین یا قیم یا کسان و یا شخص یا عده‌ای اشخاص دیگر زنی را بدون این که وی حق استنکاف داشته‌باشد به شخص دیگری وعده دهند یا به زوجیت او درآورند ...» (مجلس، ۱۳۳۷: ۱).

باتوجه به ماهیت رابطه زوجیت، سازوکار قانون آلمان، یعنی حضور شخصی، که بدون درافتادن به دام پیچیدگی‌های حقوقی، از احتمال وقوع ازدواج اجباری می‌کاهد، به اصل آزادی اراده و رعایت حقوق بشر نزدیک‌تر است.

در مجموع از شرایط حاکم بر ازدواج در دو کشور می‌توان نتیجه گرفت آلمان، اصل آزادی، به عنوان یکی از اصول مبنایی حقوق بشر را تأمین می‌کند و در قوانین ایران توجه ویژه‌ای به آزادی به نظر نمی‌رسد و مسأله محوری، رعایت ضوابط فنی و فقهی ازدواج به - عنوان یک عمل حقوقی است.

۳-۲-۳. تطبیق موانع ازدواج

در آلمان دو مانع برای ازدواج وجود دارد، ازدواج موجود و خویشاوندی؛ در ایران عوامل متعدد دیگری نیز مانع ازدواج است.

مزدوج بودن: مزدوج بودن یکی از طرفین با ثالث مانع ازدواج بعدی می‌شود (BGB: 1306) و اثبات آن، مبطل عقد متأخر است. چنانچه ازدواجی بر مبنای گواهی فوت یکی از همسران سابق واقع شود، در شرایطی ازدواج اول پایان می‌یابد و در شرایطی دومی باطل می‌شود (BGB: 1320, 1321). این ممنوعیت، در حقوق ایران، منحصر به زنان است؛ به - این ترتیب که زن شوهردار یا زنی که در دوران عده به سر می‌برد، نمی‌تواند ازدواج کند (ق.م: ۱۰۵۰) و چنین ازدواجی، عقد را باطل می‌کند و تحت شرایطی موجب حرمت ابدی است (ق.م: ۱۱۵۰ و ۱۱۵۱). در ایران، باتوجه به حق طلاق زوج، قانون‌گذار در موردی که زن، غایب مفقودالاثر باشد ساکت است و اگر مرد غایب مفقودالاثر باشد، زن می‌تواند پس از حداقل چهار سال تقاضای طلاق دهد (ق.م: ۱۰۲۹). در رابطه زوجیت بودن مرد از





موجبات بطلان نیست و تنها در فرضی که عقد بر آن مبتنی شده باشد برای زن حق فسخ ایجاد می کند (ق.م: ۱۱۲۸). قانون متفاوت برای زنان و مردان، در تعارض با برابری مورد نظر حقوق بشر بین الملل است

خویشاوندی: مانع دیگر وجود رابطه خویشاوندی میان طرفین است که در آلمان شامل بستگان در خط مستقیم و خواهران و برادران خون کامل یا نیمه خون^۱ می شود (BGB: 1307). تفاوت مهم حقوق ایران و آلمان در خصوص موانع ازدواج، در فرزندخواندگی است. در آلمان، از آنجا که فرزندخواندگی منجر به تشکیل خط نسب می شود، اصولاً مانند خط ژنتیک، ممنوعیت ازدواج ایجاد می کند؛ مگر این که فرزندخواندگی منحل شود (BGB: 1308). در ایران امکان ازدواج سرپرست و فرزندخوانده (مجلس، ۱۳۹۲: ۲۶) و به طریق اولی سایر بستگان وجود دارد.

در قانون مدنی ایران مصادیق متعدد دیگری نیز به عنوان موانع ازدواج پیش بینی شده است مانند حرمت حاصل از احرام، لعان، طلاق های متعدد، خویشاوندی رضاعی و مذهب. به این ترتیب هر دو دولت، محدودیت هایی از حیث انتخاب همسر ایجاد کرده اند که صرف نظر از تبعات مثبت پزشکی و اخلاقی، عمدتاً از ضروریات تضمین آزادی و رعایت حقوق بشر نیستند و مصداق مداخله دولت در ازدواج است.

۴. تطبیق آثار ازدواج

قانون مدنی آلمان، زندگی مشترک، اختیار نام خانوادگی متأهلی، تعیین تکلیف خانه - داری و اشتغال، معامله برای تأمین نیازهای زندگی، وظیفه مراقبت، نفقه و اموال و دارایی های مشترک را از آثار ازدواج قرار داده است. در ایران آثار ازدواج نفقه، حسن معاشرت زوجین، معاضدت در تشدید مبانی خانواده، ریاست مرد و مهریه است که چون دو مورد اخیر در آلمان مصداق ندارد و بررسی نمی شود.

به تعبیر حقوق ایران ابوبنی، امی و Brothers and Sisters of the Whole Blood and of the Half Blood 1





۴-۱. زندگی مشترک

در آلمان داشتن زندگی مشترک، نتیجه مستقیم یا حتی اقتضای ذات عقد ازدواج است و اشتراط بر خلاف آن، عقد را باطل می‌کند. منظور از زندگی مشترک، دائم بودن ازدواج، باهم زندگی کردن و مسئولیت متقابل زوجین است (BGB: 1353). در ایران، در خصوص مقتضای ذات عقد ازدواج، نظرات مختلفی، از بهره‌مندی جنسی تا علقه زوجیت و تشکیل خانواده، وجود دارد (دهقان نژاد و همکاران، ۱۳۹۷: ۱۲۱ - ۱۲۰) که البته باتوجه به وجود ازدواج موقت در قانون و نیز حق تعدد زوجات برای مردان، نظر اول قابل دفاع تر می‌نماید.

در مورد باهم (به تعبیر عرفی زیر یک سقف) زندگی کردن، مقرره مستقیمی در قوانین ایران نیست که بتوان آن را از اقتضائات ازدواج دانست، مگر ماده (۱۱۰۳) قانون مدنی که زوجین را مکلف به حسن معاشرت بایکدیگر کرده است. قانون حسن معاشرت را تعریف نکرده است و از این رو محل اختلاف دکترین است. یک نظر این است که از لوازم حسن معاشرت، سکونت در منزل مشترک است (کائوزیان، ۱۳۸۸: ش. ۱۳۷). در مقابل می‌توان گفت قانون مدنی ایران به محل سکونت، صرفاً به عنوان یکی از اقلام نفقه زن نگاه می‌کند، نه محل زندگی مشترک؛ یعنی زوج موظف به تأمین مسکن برای زوجه است، صرف- نظراً این که خودش آن‌جا زندگی کند یا نه. به علاوه که در فرض تعدد زوجات، داشتن سکونت مشترک باییش از یک همسر در زمان واحد، ممکن نیست.

دو نظام حقوقی باجزئیات مقتضای ذات عقد ازدواج را تعیین کرده‌اند؛ منظور از مقتضای ذات عقد، اثری است که طرفین به قصد حصول آن، عقد را منعقد کرده‌اند (دهقان نژاد و همکاران، ۱۳۹۷: ۱۰۶). تعیین آن توسط قانون‌گذار دو کارکرد دارد: اول توافق بر خلافش، عقد را باطل می‌کند؛ دوم چنانچه تحت عنوان عقدی، مقتضای عقد دیگر شرط شود، فرض بر این قرار می‌گیرد که منظور طرفین از ابتدا عقد دوم بوده است. تعیین مقتضای ذات برای ازدواج متفاوت از بیع و اجاره و دیگر معاملات است؛ چون بطلان ازدواج مغایر اخلاق عمومی است؛ عمل حقوقی ازدواج زیر نظر یک مقام رسمی، شهرداری یا دفتر رسمی ازدواج، انجام و ثبت می‌شود؛ هیچ‌یک از عقود شبیه ازدواج





نیست که افراد این دو را باهم خلط کنند. بااین توضیحات تعیین مقتضای ذات برای عقد ازدواج، فایده‌ای غیر از مداخله دولت در خصوصی‌ترین مناسبات افراد ندارد و در این جا رویکرد آلمان مداخله جویانه تر است.

۴-۲. نام خانوادگی متأهلی

در آلمان زوجین مختار هستند بین انتخاب نام خانوادگی یکی از همسران یا نام جدید یا حفظ نام خانوادگی زمان تولد (BGB: 1355). بهرغم این که در ایران تغییر نام خانوادگی از آثار اصلی و عرفی ازدواج محسوب نمی‌شود، قانون، امکان اختیار نام خانوادگی زوج توسط زوجه را به رسمیت شناخته است (مجلس، ۱۳۵۵: ۴۳). جالب این که قانون مقدم، امکان اختیار نام هریک از زوجین برای دیگری را ممکن کرده بود (مجلس، ۱۳۱۹: ۴۲). در حال حاضر باتوجه به سکوت قانون گذار در مورد امکان انتخاب نام-خانوادگی زوجه توسط زوج، موضوع مشمول قواعد کلی تغییر نام خانوادگی می‌شود و در این خصوص زوج حق تقدم ندارد (میرشکاری، فراهانی، ۱۳۹۴: ۸۸). باتوجه به اجباری نبودن تغییر نام پس از ازدواج، هیچ یک از دو دولت از این منظر در امور خانواده مداخله نمی‌کنند.

۴-۳. خانه‌داری و اشتغال

در آلمان مدیریت امور منزل باتوافق همسران است و هریک حق اشتغال دارند ولی در انتخاب شغل و در دوران اشتغال، باید منافع طرف دیگر و خانواده را در نظر بگیرند (BGB: 1356). قانون اشاره‌ای به تقسیم کار جنسیتی میان زوجین ندارد و دوگانه مرد-نان-آور-زن خانه‌دار را به عنوان عامل تحکیم خانواده شناسایی نکرده بلکه همکاری مبتنی بر برابری را رمز بقای خانواده دانسته است. نتایج مطالعات میدانی در جامعه آلمانی هم این ادعا را تأیید می‌کند؛ به این ترتیب که آمار طلاق میان همسرانی که در اشتغال و خانه‌داری همکاری می‌کنند، از همسرانی که وظایف را تفکیک کرده‌اند، پایین تر است (Kraft and Neimann, 2009: 26).

در ایران ریاست خانواده صفت مرد است (ق.م: ۱۱۰۵) و از جمله تبعاتش این است که مرد می‌تواند مصلحت خانواده و حتی حیثیت زن را تشخیص دهد و او را از شغل نامناسب





منع کند (ق.م: ۱۱۱۷). در مورد خانه‌داری، قانون ایران به آن ورود کرده ولی موضع شفافی ندارد. از یک طرف در فرضِ عادت زن، تأمینِ خادم، یعنی کارگری که در برابر دریافت مزد، کارهایِ خانه را انجام می‌دهد، به یکی از اقلام نفقه زن تبدیل می‌شود (ق.م: ۱۱۰۷) یا به موجب تبصره ماده (۳۳۶)، خانه‌داری از وظایف زوجه نیست و او تحت شرایطی بابت انجام آن مستحق دریافت اجرت‌المثل در هنگام طلاق است (مجلس، ۱۳۹۱: ۲۹)؛ از طرف دیگر عرفاً و قانوناً این وظیفه بر عهده زوج هم نیست و در نتیجه تکلیف انجام خانه‌داری از این حیث مبهم مانده است.

روشن می‌شود که در هردو نظام، اولاً خانه‌داری امری حقوقی و تبعاً مصداق مداخله دولت در سپهر خصوصی است و ثانیاً دولت‌ها به بهانه وجود پیوند میان اشتغال و خانواده، از این منظر هم به مناسبات خصوصی ورود می‌کنند.

۴-۴. معامله برای تأمین نیازهای زندگی

در آلمان اگر همسران باهم زندگی کنند، هریک می‌توانند برای تأمین نیازهای خانواده، معاملاتی انجام دهند که طرف دیگر را متعهد سازد و البته این حق تحت شرایطی قابل تحدید یا سلب است ولی تحدید حق معامله، در مقابل ثالث قابل استناد نیست (BGB: 1357) از این منظر این قاعده امری محسوب می‌شود. در ایران تنها در صورت وجود نوعی نمایندگی، در قالب وکالت، قیمومت، ولایت و نظایر آن کسی می‌تواند دیگری را متعهد سازد و ازدواج به خودی خود چنین اثری ندارند.

از این اثر چنین برمی‌آید که در آلمان خانواده به نوعی تشخص حقوقی دارد؛ یعنی بعضاً به عنوان یک کل واحد موضوع قواعد حقوقی است. اگرچه این تشخص در حدی نیست که بتوان گفت قانون‌گذار به خانواده شخصیت حقوقی اعطا کرده است؛ چرا که اعطای شخصیت حقوقی مستلزم تصریح قانون است؛ با این وجود به معنای نفوذ گسترده قوانین امری به سپهر خصوصی است.

۴-۵. وظیفه مراقبت

در آلمان همسران در حد متعارف وظیفه مراقبت از یکدیگر دارند؛ این وظیفه در حد متعارف و محدود به امور متقابل آنهاست (BGB: 1359). قانون آلمان با جزئیات مصادیق



مراقبت را مشخص کرده است، از جمله دادن رضایت برای معاینات و مداخلات پزشکی، ارسال و دریافت قراردادهای درمانی، انعقاد قراردادهای پرستاری و توان بخشی، تصمیم گیری در مورد محرمانگی اطلاعات پزشکی (1: Bundestag, 2002). قانون گذار ایران، بایبانی توصیه ای، زوجین را به همکاری برای تشدید مبانی خانواده دعوت کرده است (ق.م: ۱۱۰۴). به رغم ظاهر صرفاً اخلاقی این مقرر، دکتین آن را به همراهی در مراکز پزشکی، پرستاری هنگام بیماری و سایر کمک های بدون دست مزد به یکدیگر تفسیر می کند (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ش. ۱۳۸). آموزه های اسلامی، علاوه بر دعوت به مراقبت از یکدیگر به عنوان یک وظیفه اجتماعی، بر ضرورت مراقبت از کودکان و سالمندان توسط خانواده (زوج و زوجه) تأکید ویژه دارند؛ احتمالاً مهم ترین تفاوت رویکرد دینی و حقوقی، در مراقبت معنوی است که در دومی مورد توجه قرار نگرفته است (چراغی کوتیانی، ۱۳۸۸: ۴۲).

قانونگذار آلمان به مسأله مراقبت، از منظر تعیین تکلیف نهادهای خارج از سپهر خصوصی، مانند مراکز درمانی، ورود کرده نه رابطه خصوصی زوجین؛ ولی حقوق ایران، به تبع فقه، به پرستاری زوجین از یکدیگر به عنوان یک امر کاملاً شخصی می پردازد و کماکان در ایران روشن نیست که آیا مثلاً زوجه حق رضایت دادن برای انجام جراحی روی زوج بی هوش را دارد یا خیر و در چنین وضعیتی وظیفه مراکز درمانی مبهم مانده است.

۴-۶. نفقه

در آلمان اصولاً همسران از طریق کار و ثروت خود موظف به تأمین مالی خانواده هستند، مگر به ضمن عقد، وظیفه تأمین مخارج بر عهده یکی از آن ها گذاشته شده باشد (BGB: 1360). در حقوق ایران تأمین مخارج زن و خانواده بر عهده مرد است و قانون گذار اقلام نفقه و موارد عدم استحقاق زوجه به دریافت آن را تدقیق کرده است (ق.م: ۱۱۱۳-۱۱۰۶). قانون گذار آلمانی اقلام نفقه را قدر متعارف تأمین نیازهای همسر و فرزندان تعریف کرده و از جمله هزینه دادرسی دعاوی کیفری هریک از همسران را که خود ناتوان از پرداخت آن باشد، در قالب نفقه بر عهده دیگری قرار داده است (BGB: 1360-a). چنان-





چه یکی از همسران مبلغی بیش از تعهد خود برای خانواده هزینه کند، فرض بر این است که قصد دریافت آن از همسر دیگر را نداشته است. (BGB: 1360-b). در ایران، حق استرداد، تحت شرایطی برای زوجه پیش‌بینی شده است (مجلس، ۱۳۹۱: ۳۰).

در آلمان اگر همسران جدا از یکدیگر زندگی کنند، یکی می‌تواند از دیگری نفقه‌ای متناسب با استاندارد زندگی، درآمد و اموالشان مطالبه کند؛ اگر فرایند طلاق به جریان افتاده باشد و زوجین جدا از یکدیگر زندگی کنند، به ارقام نفقه، مبلغی برای هزینه‌های دوران پیری و کاهش ظرفیت کسب درآمد افزوده می‌شود. در صورتی که در دوران تفریق یکی از همسران، شغل منجر به درآمد نداشته باشد، می‌تواند از همسر دیگر نفقه‌ای متناسب با درآمد شغل قبلی‌اش، طول مدت ازدواج و وضعیت اقتصادی طرفین مطالبه کند. نفقه به صورت روزبه‌روز محاسبه و به صورت ماهانه پیش‌پرداخت می‌شود (BGB: 1361). در ایران شرط اصلی تعلق گرفتن نفقه به زوجه، تمکین است؛ اگرچه می‌توان با تفسیر آزاد قانون، تمکین را به نفیس زندگی در منزل مشترک تلقی کرد ولی نظر غالب حقوق‌دانان و رویه عملی این است که تمکین یعنی آمادگی برای رابطه زناشویی (کاتوزیان، ۱۳۹۸: ۶۷۸).

در ایران تنها در دوره کوتاه میان جاری شدن صیغه طلاق رجعی، تا پایان دوره عده و ثبت رسمی طلاق و در صورت حاملگی تا زمان زایمان، قواعد انفاق میان زوجین برقرار است (ق.م: ۱۱۰۹). در آلمان نهاد انفاق در شرایطی به پس از طلاق نیز تسری می‌یابد. به این ترتیب که پس از طلاق هریک از همسران سابق باید از عهده هزینه‌های زندگی خود برآیند ولی اگر یکی از آن‌ها در وضعیتی باشد که نتواند هزینه‌های خود را تأمین کند، می‌تواند علیه طرف دیگر دعوی نفقه طرح کند (BGB: 1369). از جمله دلایل و وضعیت‌ها می‌توان به تأمین هزینه‌های فرزند مشترک، پیری، بی‌کاری، بیماری، ناتوانی و جا ماندن از آموزش اشاره کرد (BGB: 1570-1577). همسران مطلقه وظیفه دارند، در صورت درخواست طرف مقابل، اطلاعات راجع به درآمد و دارایی‌های خود را در اختیار او بگذارند (BGB: 1580). پس از انحلال ازدواج دوم، تحت شرایطی نفقه سابق قابل احیا





است (BGB: 1586-a). در واقع عامل قطعی پایان رابطه انفاق، فقط مرگ ذی نفع است (BGB: 1586).

به این ترتیب در هردو نظام حقوقی، قانون‌گذار جزئیات تأمین مالی خانواده را با قوانین امری روشن کرده است و جایی برای اعمال آزادانه اراده باقی نگذاشته است. از این حیث رویکرد نظام حقوقی ایران که نفقه را، به عنوان یک نهاد حقوقی، به خصوصی‌ترین ابعاد روابط انسانی گره زده، جالب توجه‌تر است.

۴-۷. اموال و دارایی مشترک

در قانون مدنی آلمان بحث مفصل دویست ماده‌ای پیرامون نظام حقوقی حاکم بر مالکیت همسران وجود دارد. قانونگذار این موضوع را به نظام قانونی و قراردادی حاکم بر خانواده تقسیم کرده است. اصل بر این است در صورت نبود توافق دیگر، همسران تحت نظام دارایی اشتراکی^{۲۱} قرار می‌گیرند؛ به این معنا که همه دارایی زوجین (مگر اقلام استثنایی که عبارتند از اموال و دارایی‌هایی که به موجب قرارداد از مالکیت اشتراکی خارج شده و در مالکیت اختصاصی یکی از همسران می‌ماند و عواید آن؛ باقدری تسامح، تملکات ناشی از ارث و هدیه و عواید از آن‌ها (BGB: 1418)، چه پیش از ازدواج به دست آمده باشد و چه پس از آن، مشترک فرض می‌شود؛ البته اگر نظام اشتراکی منحل شود، دارایی زوجین تعدیل خواهد شد (BGB: 1363). همسران می‌توانند به موجب قرارداد، قواعد دیگری را بر روابط راجع به مالکیتشان حاکم کنند، این قرارداد حتی به نحوه تعدیل مستمری بازنشستگی نیز قابل تسری است و نمی‌تواند در این خصوص به قوانین خارجی یا قانون منسوخ ارجاع دهد (BGB: 1408). در حقوق ایران به تصریح قانون‌گذار، زن (ق.م: ۱۱۱۸) و باقیاس اولویت مرد، مستقلاً حق هرگونه تصرف مالکانه در اموال خود را دارند و خانواده از این حیث منشاء تغییر نیست.





نتیجه کلی این که در هردو نظام حقوقی، آثار ازدواج باجزئیات در قالب قوانین امری روشن شده است. این رویکرد مداخله جویانه، نه تنها ازدواج که ازدواج خوب را هم تعریف و تعیین می کند؛ برای مثال در آلمان از مؤلفه های ازدواج خوب این است که همسر به لحاظ مالی آن قدر ضعیف نباشد که فرد، موظف به پرداخت نفقه در طول دوران زوجیت یا پس از طلاق شود و به لحاظ جسمانی، تعهد سنگینی از حیث مراقبت ایجاد کند؛ در ایران، برای مرد ازدواجی خوب است که توأم با مهریه سنگین نباشد و برای زن برعکس. به این ترتیب، حقوق، فضا را بر عشق که به قول هگل روح حاکم بر خانواده است، تنگ می کند.

۵. تطبیق انحلال ازدواج

ازدواج در آلمان با طلاق و در ایران با طلاق و فسخ منحل می شود. قانون مدنی ایران به تفکیک زن و مرد فهرست مفصلی از انواع اختلال های موجب فسخ ارائه می دهد که عمدتاً مستقیم یا غیرمستقیم بر رابطه زناشویی تأثیر می گذارند؛ این بحث در حقوق آلمان غایب است. به علاوه قانون مدنی ایران دو موردی را که به زن حق طلاق داده (خودداری زوج از پرداخت نفقه و عسر و حرج) زیر عنوان فسخ آورده است که البته به موجب قانون مؤخر حمایت خانواده، به مصادیق طلاق منتقل شده است. از آن جا که فصل مشترک این دو نظم حقوقی، طلاق است، در ادامه به تطبیق قواعد طلاق پرداخته می شود.

در آلمان طلاق با تصمیم دادگاه واقع می شود (BGB: 1564) و مقدمه آن احراز شکست ازدواج است. اصل بر این است که پیش از صدور حکم طلاق، مگر در صورت وجود سختی غیرعقلانی برای یکی از طرفین، آن ها باید یک سال جدا از یکدیگر زندگی کنند (BGB: 1565). این مدت به دوران تفریق معروف است. اگر در پایان تفریق زوجین باهم درخواست طلاق ندهند یا یکی به طلاق راضی نشود، این مدت به سه سال افزایش می یابد (BGB: 1566). به دوران تفریق عرفاً جدایی میز و تخت^۱ گفته می شود؛ به این وسیله





برای همسران و دادگاه ثابت می‌شود که آن‌ها از عهده زندگی بدون یکدیگر برمی‌آیند (Statsky, 2012: 150).

در ایران نیز ثبت طلاق بدون مجوز دادگاه ممکن نیست. دادگاه در مورد طلاق دو نوع تصمیم می‌گیرد؛ در صورتی که طلاق به درخواست زوج یا طرفین باشد، گواهی عدم سازش صادر می‌کند و در صورتی که به درخواست زوجه باشد، حکم الزام زوج به طلاق یا احراز شرایط اعمال وکالت در طلاق صادر می‌شود (مجلس، ۱۳۹۱: ۲۶). مهم‌ترین تفاوت دو نظام حقوقی در دوران تفریق است. در ایران طلاق مستلزم طی این دوره نیست؛ در عوض با تفکیک طلاق به دو نوع بائن (غیرقابل رجوع از جانب زوج) و رجعی (قابل رجوع از جانب زوج)، دوره کوتاه‌عده پیش‌بینی شده که فلسفه ایجاد و قواعد حاکم بر آن کاملاً متفاوت از تفریق است. در دوران عده، زوجه حق دارد در منزل مشترک با زوج زندگی کند تا زمینه رجوع فراهم شود ولی در آلمان، تفریق، فرصتی برای شبیه‌سازی زندگی پس از طلاق است.

مهم‌ترین مصداق غیرخصوصی شدن طلاق در هردو نظام حقوقی، ناممکن بودن ثبت آن بدون حکم قضایی/صلاح‌دید دولت است. گویا افراد نمی‌توانند شکست خوردن ازدواج خود را تشخیص دهند. ممکن است مداخله دولت، به رعایت مصلحت کودک نسبت داده شود که البته این ادعا قابل رد است؛ چون در هیچ‌یک از دو نظام حقوقی، وجود فرزند یا جنین تغییر معناداری از حیث فرایند طلاق ایجاد نمی‌کند. قانون‌گذاران دو کشور، در مورد تشریفات طلاق، رویکرد سخت‌گیرانه‌ای دارند، به‌ویژه در آلمان که این تشریفات حداقل یک سال طول می‌کشد. افراد فرایند قضایی طلاق را گام به گام طی می‌کنند، بدون این که امکان ایجاد تغییری در آن داشته باشند. از این حیث نهاد فسخ نکاح در ایران، که عملاً به مثابه میان‌بری در روند طلاق عمل می‌کند، به آزادی اراده، به عنوان یک اصل حقوق خصوصی نزدیک‌تر است.





نتیجه

با تحکیم جایگاه دولت مدرن در مناسبات انسانی، به عنوان نهاد صالح در اعمال انحصاری زور، عرصه بر سپهر خصوصی تنگ شده است و دولت در هر امری که مصداق حریم خصوصی نباشد، مداخله می کند. اگرچه عملاً با دست آویزی هایی مانند مبارزه با تروریسم یا تأمین امنیت، دولت در حریم خصوصی افراد را هم به روی خود می گشاید و به این ترتیب برای فرد انسانی در برابر دولت منطقه ایمنی باقی نمی ماند. راه پاسداری از فرد در برابر دولت احیا یا تقویت سپهر خصوصی و تحکیم جایگاه خانواده در آن است.

در جدال میان دولت و سپهر خصوصی، انتقاد فمینیست ها به نظریه سپهر خصوصی را باید در نظر داشت که معتقدند حذف مداخله دولت از مناسبات حاکم بر خانواده، بدون جایگزین کردن نهادی مشابه، خانواده را به محمل مناسبی برای نقض حقوق زنان و کودکان و اعمال خشونت علیه آنان بدل می کند. نظام حقوق بشر، در سطح بین المللی و منطقه ای با ارائه معیاری برای کمینه سازی مداخله دولت در خانواده، به این انتقاد پاسخ داده و میان حقوق زنان و کودکان و خصوصی بودن خانواده را جمع کرده است. به این ترتیب که از یک طرف خانواده را کلاً مصداق حریم خصوصی می داند و از طرف دیگر دولت را موظف به تضمین آزادی و برابری در چارچوب خانواده می کند اگرچه قوانین داخلی، به این میزان از مداخله بسنده نکرده اند.

مقایسه تطبیقی میان حقوق خانواده در ایران و آلمان نشان داد که به رغم ابزارها و ضمانت اجرای قاهرانه تر حقوق ایران، در هر دو نظام حقوقی، میزان مداخله دولت در امر خانواده بیش از رعایت تعهدات حقوق بشری دولت ها است و ازدواج و خانواده و حتی ازدواج خوب، همان است که دولت می گوید، نه آن چه افراد اراده می کنند و این یعنی خانواده مشمول قواعد حقوق عمومی است. به این ترتیب فرضیه پژوهش مبنی بر این که در آلمان، بر خلاف ایران، خانواده یک نهاد سپهر خصوصی و مشمول قواعد تکمیلی حقوق خصوصی است به این ترتیب اصلاح می شود که در آلمان هم دولت بیش از توصیه حقوق بشر و حوصله سپهر خصوصی در حوزه خانواده مداخله می کند.





در پاسخ پرسش پژوهش که آیا خانواده در سپهر خصوصی جای دارد باید گفت در این دو نظام حقوقی، دولت مدرن از طریق قانون و قضاوت در بسیاری از مسائل خانواده مداخله می‌جوید و این مغایر تعریف سپهر خصوصی است؛ پس خانواده مصداق یک نهاد سپهر خصوصی نیست. فراتر از این می‌توان نتیجه گرفت که سپهر خصوصی، به نفع دولت تضعیف یا حتی مضمحل شده است. اصلاحات حقوقی در آلمان حکایت از حرکت تدریجی به سمت خصوصی تلقی کردن خانواده و ازدواج دارد که این احیای سپهر خصوصی را نوید می‌دهد.

منابع

۱. جاوید، محمدجواد، مهاجری، مریم، ۱۳۹۷ش، «مبانی مداخله دولت در نهاد خانواده در نظام حقوقی ایران»، مطالعات راهبردی زنان، ش ۸۲.
۲. چراغی کوتیانی، اسماعیل، ۱۳۸۸ش، «رویکرد اسلام به چهار کارکرد مهم خانواده»، معرفت، ش ۱۳۹.
۳. دهقان نژاد، رضا، محمدی، سجاد، حسن‌پور، لطف‌الله، ۱۳۹۷ش، «بازپژوهی مقتضای ذات عقد نکاح از منظر فقه فریقین و حقوق مدنی ایران»، فقه، ش ۹۴.
۴. عبداللهی، حامد، رستمی، ولی، ۱۳۹۵ش، «عملکرد دولت‌های جمهوری اسلامی ایران و جمهوری فدرال آلمان در حمایت از خانواده»، اندیشه‌های حقوق عمومی، ش ۹.
۵. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۸ش، دوره حقوق مدنی، خانواده، نکاح و طلاق، روابط زن و شوهر، تهران، شرکت انتشار، ج ۸، ج ۱.
۶. کهریزی، مهوش، مرادی، علی، ۱۳۹۴ش، «چالش‌های اخلاقی اشتغال زنان برای خانواده (بررسی تطبیقی اسلام و فمینیسم و ارائه راهکارها)»، پژوهش‌نامه اخلاق، ش ۲۸.
۷. مجلس شورای اسلامی، (۱۳۹۱/۱۲/۱ش)، قانون حمایت خانواده.





۸. -----، (۱۳۷۵/۳/۲ش)، قانون مجازات اسلامی (کتاب پنجم، تعزیرات و مجازات‌ها بازدارنده).

۹. -----، (۱۳۹۲/۶/۳۱ش)، قانون حمایت از اطفال و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست.

۱۰. مجلس شورای ملی (۱۳۵۵/۴/۱۵ش)، قانون ثبت احوال.

۱۱. -----، (۱۳۱۹/۲/۲۲ش)، قانون ثبت احوال.

۱۲. -----، (۱۳۱۰/۵/۲۳ش)، قانون راجع به ازدواج.

۱۳. -----، (۱۳۱۶/۲/۲۹ش)، قانون اصلاح مواد ۱ و ۳ قانون ازدواج.

۱۴. -----، (۱۳۳۷/۱۲/۳ش)، قانون مربوط به الحاق دولت ایران به

قرارداد تکمیلی منع بردگی و برده فروشی و عملیات و دستگاه‌های مشابه بردگی.

۱۵. مجمع تشخیص مصلحت نظام (۱۳۸۱/۴/۱ش)، ماده واحده قانون اصلاح ماده

(۱۰۴۱) قانون مدنی موضوع ماده (۲۴) قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب

۱۳۷۰.

۱۶. مقدسی، محمدباقر، عامری، زهرا، ۱۳۹۵ش، «ازدواج اجباری؛ از ممنوعیت‌انگاری

تا جرم‌انگاری»، آموزه‌های حقوق کیفری، ش ۱۲.

۱۷. مهدوی زاهد، مهدی، ۱۳۹۷ش، «واکاوی رویکرد دولت جمهوری اسلامی در

تنظیم‌گری حقوقی خانواده»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، ش ۶۰.

۱۸. میرشکاری، عباس، فراهانی، جواد، ۱۳۹۴ش، «مطالعه تغییر نام‌خانوادگی زنان

پس از ازدواج در حقوق ایران و امریکا»، فقه و حقوق خانواده، ش ۶۲.

۱۹. میرخانی، عزت‌السادات، غروی‌نایینی، نهله، همدانیان، فاطمه، ۱۳۹۰ش، «نگره

مقاصد شرعی و رسالت مادری»، پژوهش‌نامه زنان، ش ۳.

20. Arendt, Hannah (1998). Human Condition, 2nd Ed. Chicago: University of Chicago Press.





21. Basic Law for the Federal Republic of Germany (23.May.1949), (Federal Republic of Germany)
22. Braun, Kerstin (2015). "I Don't Take This Man to Be My Lawfully Wedded Husband: Considering the Criminal Offense of "Forced Marriage" and Its Potential Impact on the Lives of Girls and Young Women with Migrant Backgrounds in Germany", German Law Journal, Vol. 16, Iss. 4, 2015, 845-869.
23. Council of Europe (4.Nov.1950). The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.
24. Fehr, Hans & Kallweit, Manuel & Kindermann, Fabian (2015). "Reforming Family Taxation in Germany - Labor Supply vs. Insurance Effects", Public Finance Analysis, Vol. 71, Iss. 1, 53-81.
25. Fink, Alexander (2020). "German Income Taxation and the Timing of Marriage", Applied Economics, Vol. 52, Iss. 5, 475-489.
26. German Bundestag (16.Feb.2001). Act on Registered Life Partnerships, (Federal Republic of Germany).
27. German Bundestag (18.Aug.1896). German Civil Code (BGB), (Federal Republic of Germany).
28. _____ (2.Jan.2002). Amendment to the Civil Code, (Federal Republic of Germany).
29. Hoss, Cristina (2002). "Family Matters: European Court of Human Rights Finds German Parenting Rights Decisions to be in Violation of Article 8 of the Convention", German Law Journal, Vol. 3, Iss. 4, 1-5.
30. Kraft, Kornelius & Neimann, Stefanie (2009). "Effect of Labor Division Between Wife and Husband on the Risk of Divorce: Evidence from German Data", DIW Berlin SOEPpapers, No. 223, 1-31.
31. Leopold, Thomas (2018). "Gender Differences in the Consequences of Divorce: A Study of Multiple Outcomes", Demography, Vol. 55, 769-797.
32. Markard, Nora (2016). "Dropping the Other Shoe: Obergefell and the Inevitability of the Constitutional Right to Equal Marriage", German Law Journal, Vol. 17, No. 03, 509-542.
33. Moses, Julia. (2019) "from Faith to Race? 'Mixed Marriage' and the Politics of Difference in Imperial Germany", the History of the Family, Vol. 24, Iss. 3, 466-493.
34. Ostner, Ilona (2001). "Cohabitation in Germany - Rules, Reality and Public Discourses", International Journal of Law, Policy and the Family, Vol. 15, Iss. 1, 88-101.

35. Statsky, William (2012). Family Law, 6th Ed. Boston: Cengage Learning.
36. UN General Assembly (16.Dec.1966). International Covenant on Civil and Political Rights.
37. Zumbansen, Peer (2001). "Constitutional Control Of Marital Agreements II: The FCC Affirms Its Path- Breaking Decision", German Law Journal, Vol. 2, No. 15. 1-3.



فصلنامه پژوهش حقوق اسلام و غرب - مقاله پژوهشی - سال نهم - شماره دوم - تابستان ۱۴۰۱

