

# حق حبس زوجه با تکیه بر فقه امامیه

تاریخ دریافت: ۸۷/۱۱/۱۷

تاریخ تأیید: ۸۷/۱/۲۶

سیدمهدی میرداداشی\*

## چکیده

نوشته حاضر در سه زمینه تشکیک در اصل حق حبس در نکاح، اثر اعسار زوج بر حق حبس و با محوریت اثر تقسیت مهر از سوی دادگاه بر حق حبس زوجه به نگارش درآمده است. با توجه به اینکه یکی از شرایط تحقق حق حبس، حال بودن مهر است، این پرسش مطرح می‌شود که در چنین شرایطی اگر دادگاه نظر به دادخواست اعسار زوج از پرداخت دفعی مهر، حکم به تقسیت داده باشد، آیا حق حبس زوجه ساقط خواهد شد یا کماکان باقی است؟ از ظاهر ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی و تصریح نظریه اداره حقوقی قوه قضائیه و رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور و فتاوی برخی از فقهای معاصر استنباط می‌شود که حق حبس، حتی با حکم به تقسیت باقی خواهد بود، در حالی که به نظر می‌رسد سقوط حق زوجه در فرض تقسیت مهر از سوی دادگاه با قواعد انصاف و عدل، و مذاق شریعت بیشتر سازگار است. علاوه بر اینکه با نظر فقهی برخی از فقهای معاصر نیز موافق است.

**واژگان کلیدی:** حق حبس، فقه امامیه، اعسار زوج، تقسیت مهر.

\* عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی قم (mtahghihat@yahoo.com).

## مقدمه

خانواده به عنوان کوچک‌ترین واحد اجتماعی، همواره کانون توجه مکاتب حقوقی بوده و هر نظام حقوقی سعی وافر داشته و دارد تا بهترین مقررات و قوانین را برای سروسامان دادن به روابط اعضای خانواده وضع و به جامعه ارائه کند. روشن است که وضع و تصویب مقررات به‌ویژه در حوزه خانواده، برگرفته از نوع نگرش یک مکتب به انسان، خانواده و اجتماع است. در واقع حتی اگر تأثیر مستقیم مبانی‌ای چون «عدالت» را بر نظام‌سازی را منکر شویم، نمی‌توانیم از تأثیرات غیرمستقیم آن بر حوزه اندیشه و بالطبع بر حوزه تقنین و نظام‌سازی غافل باشیم. نظام حقوقی اسلام نیز از این قاعده مستثنا نیست.

به دلیل اهمیت کارکردهای گوناگون خانواده و نیز به منظور استحکام آن و تبیین روابط اعضای آن، اصل دهم قانون اساسی ضمن تأیید نقش مهم خانواده مقرر می‌دارد: «از آنجا که خانواده واحد بنیادی جامعه اسلامی است، همه قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی‌های مربوط باید به منظور آسان‌کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست و استواری روابط خانوادگی بر پایه حقوق و اخلاق اسلامی باشد».

قانون مدنی با اختصاص فقط دو ماده ۱۰۸۵ و ۱۰۸۶ به حق حبس زوجه برای دریافت مهر، ابهاماتی را در این باره ایجاد کرده است.

گفتنی است «حق حبس» اساساً در حوزه قراردادهای معوض مطرح است و قانون مدنی ایران هرچند در ماده ۳۷۷ ذیل عقد بیع از آن یاد کرده است، اما می‌توان گفت این حق، اختصاصی به عقد بیع ندارد و در همه عقود معوض قابل اعمال است.

از نظر تاریخی «حق حبس» ریشه در حقوق قدیم روم دارد (سنهوری، ۱۳۷۸، ج ۲: ۱۱۲۴). قاعده «ایراد عدم اجرا» در حقوق فرانسه را می‌توان ناظر به حق حبس دانست که مبنای آن نظریه علت یا جهت تعهد (cause) در عقود معوض است؛ به این معنا که در قراردادها، تعهد هریک، علت تعهد دیگری است (صفایی، ۱۳۸۴: ۳۳۸).

بند اول ماده ۲۹ قانون بیع کالای (SGA) انگلیس نیز حق حبس را برای فروشنده پیش‌بینی کرده است. در مقررات متحدالشکل تجاری امریکا (UCC) نیز حق حبس

برای خریدار در نظر گرفته شده است (همان: ۳۴۱). در ماده ۲۴۶ قانون مدنی مصر، ۲۴۷ قانون مدنی سوریه، مواد ۲۸۰-۲۸۲ قانون مدنی عراق، ماده ۲۴۹ قانون مدنی لیبی و مواد ۲۷۱-۲۷۲ قانون تعهدات و قراردادهای لبنان نیز به حق حبس در عقود معوض اشاره شده است. مواد ۷۱ و ۵۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ وین نیز به‌صراحت به وجود این حق برای طرفین قرارداد بیع اشاره کرده است.

حال آیا می‌توان قاعده‌ای را که اساساً در قراردادهای معاوضی جاری می‌شود، دربارهٔ قرارداد نکاح که اصولاً قراردادی غیرمالی است، جاری دانست؟! بی‌شک جنبه‌های شخصی و معنوی قرارداد ازدواج قابل انکار نیست.

نکاح نوعی عقد است و طبعاً شرایط اساسی و قواعد عمومی معاملات (موضوع ماده ۱۹۰ قانون مدنی) باید در آن رعایت شود. یکی از قواعد عمومی معاملات، شناختن حق حبس است، ولی شکی نیست که قواعد عمومی معاملات تا جایی در نکاح می‌آیند که با طبیعت اولیهٔ نکاح سازگار باشند. حال دوباره به پرسش قبلی برمی‌گردیم؛ آیا شناختن حق حبس در نکاح با طبیعت نکاح سازگار است؟!

برخی اساساً به حق حبس در نکاح معتقد نیستند؛ از جمله فقیه معاصر آیت‌الله مکارم شیرازی که در نامهٔ خویش به آیت‌الله شاهرودی - رئیس وقت قوهٔ قضائیه - در مقام اعتراض به رویهٔ قضایی محاکم خانواده می‌نویسند: «اصل حق حبس [در نکاح] دلیل روشنی ندارد و مقایسهٔ ازدواج با خرید و فروش و مهر و بضع با ثمن و مثن، مقایسه‌ای صوری است، وگرنه به‌طور قطع، ازدواج ماهیت بیع ندارد» (روابط عمومی مرکز تحقیقات فقهی قوهٔ قضائیه: ۱۳۸۵).

## ۱. تشکیک در اصل حق حبس در نکاح

مشهور فقهای امامیه و چه‌بسا اجماع ایشان بر وجود حق حبس در نکاح چنین حکایت می‌کند: «زن می‌تواند از تمکین خودداری کند تا مهریه‌اش را دریافت کند» (محقق حلّی، ۱۴۰۹، ج ۲: ۲۶۹).

مرحوم نجفی - صاحب کتاب جواهرالکلام - در شرح عبارت شرایع‌الاسلام، ضمن اشاره به یکی از شرایط اعمال حق حبس (عدم دخول)، بر آن ادعای اتفاق کرده‌اند:

«زن می‌تواند از تمکین خودداری کند تا مهریه‌اش را دریافت کند» (نجفی، ۱۳۶۳، ج ۳۱: ۴۲؛ فاضل هندی، ۱۴۰۵، ج ۷: ۴۱۰؛ خوانساری، ۱۳۶۴، ج ۴: ۴۲۴؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۶: ۱۵۸؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۶۵؛ طباطبایی، ۱۳۶۳، ج ۲: ۱۴۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸: ۱۹۱؛ ابن‌فهد حلی، ۱۴۱۳، ج ۳: ۴۱۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۳: ۷۴؛ سیستانی، ۱۴۱۶، ج ۳: ۹۵ و امام خمینی، ۱۳۶۳، ج ۲: ۲۹۸).

شرط دیگری که در کلام فقها آمده است، حال‌بودن مهر است؛ بنابراین اگر مهر تماماً مؤجل باشد، حق حبس برای زوجه وجود نخواهد داشت: «... لو كان المهر كله مؤجلاً فانه ليس لها الامتناع قطعاً...» (نجفی، ۱۳۶۳، ج ۳۱: ۴۳). بر این اساس، اگر همه مهریه باید به صورت مدت‌دار پرداخت شود، در این حال زن اصلاً نمی‌تواند از وظایفش امتناع کند.

بنابراین آنچه از کلام فقها فهمیده می‌شود اینکه برای ایجاد حق حبس زوجه، دو شرط نیاز است: ۱. حال‌بودن مهر؛ ۲. عدم دخول.

قانونگذار در ماده ۱۰۸۵ به شرط حال‌بودن مهر اشاره کرده است: «زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده، از ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند، مشروط بر اینکه مهر او حال باشد و این امتناع مسقط حق نفقه نخواهد بود» و در ماده ۱۰۸۶ به شرط عدم دخول اشاره کرده است: «اگر زن قبل از گرفتن مهر به اختیار خود به ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد قیام نمود، دیگر نمی‌تواند از حکم ماده قبل استفاده کند؛ در عین حال حقی که برای مطالبه مهر دارد، ساقط نخواهد شد».

دلایلی که برای وجود حق حبس در نکاح اقامه شده است از قرار ذیل است:

۱. نکاح با مهر شبیه عقود معاوضی است، پس حق حبس عقود معاوضی در نکاح نیز می‌آید (نجفی، ۱۳۶۳، ج ۳۱: ۴۱).
۲. خبر زرعه از سماعه: سماعه می‌گوید: «از امام ع درباره مردی که همسرش پس از عقد، مهرش را بر او حلال کرده است، پرسیدم آیا رواست پیش از اعطای چیزی به او با وی آمیزش نماید؟ امام ع در پاسخ فرمودند: نعم اذا جعلته فی حل فقد قبضته منه؛ آری! وقتی زن مهرش را بر مرد حلال کرده است، مانند آن است که زن مهرش را قبض کرده است» (حرّ عاملی، ۱۳۲۳، ج ۱۵: ۵۱).

تقریب استدلال آن است که امام علیه السلام فرمود: «اگر زن مهرش را بر مرد حلال کرد، به منزله آن است که آن را قبض کرده است؛ بنابراین مرد می‌تواند با وی آمیزش نماید». پس مفهوم بیان امام این خواهد بود که اگر زن مهرش را قبض نکرده باشد، بر مرد روا نیست با وی آمیزش نماید.

۳. در صورتی که برای زن حق حبس قائل نشویم، بر وی عسر و حرج و ضرر و ظلم لازم می‌آید.

مرحوم خوانساری ضمن بیان دو استدلال اول می‌فرماید: «ازدواج دائم به نحو عقد معاوضی نمی‌باشد؛ چرا که نکاح دائم بدون ذکر مهر صحیح است. همچنین در صورت ذکر مهر در آن، مهر عوض آن محسوب نمی‌شود. علاوه بر آن لازمه تقریب مذکور آن است که زن حتی بعد از دخول نیز حق امتناع خواهد داشت، اما کسی ملتزم به این سخن نشده است» (خوانساری، ۱۳۶۴، ج ۴: ۴۲۴).

آیت‌الله مکارم شیرازی در درس خارج در رد این استدلال (معاوضی بودن نکاح) اظهار داشته‌اند:

این استدلال قابل مناقشه است؛ چون اولاً، درست است که نکاح شبیه معاوضه و مهر شبیه اجور است، ولی واقعاً به شواهد زیر معاوضه نیست:

۱. ذکر مهر در عقد واجب نیست [البته در عقد دائم] و اگر معاوضه حقیقیه باشد حتماً باید حد و حدود عوض تعیین شود.

۲. اگر عوض و مهر فاسد باشد؛ مثل اینکه شراب و خوک را مهر قرار داده‌اند و یا خانه را که ملک او نبوده، مهر قرار دهد، مهر باطل است، ولی مبطل عقد نیست، در حالی که در معاوضه اگر یکی از عوضین فاسد باشد، معامله باطل است.

۳. در نکاح نمی‌توان با لفظ «آجرتک» و یا الفاظ معاوضه انشای نکاح نمود، در حالی که اگر نکاح حقیقتاً معاوضه بود، انشای نکاح باید با الفاظ معاوضه هم صحیح می‌بود.

۴. در تمام ابواب معاوضات، مغبون خیار فسخ دارد، ولی در باب نکاح اگر کسی مغبون شود، خیار غبن ندارد؛ مثلاً باید صد سکه مهر قرار می‌داد، ولی دویست سکه قرار داده است و یا اینکه در معاوضه هر عیبی خیار عیب می‌آورد، ولی در نکاح، بعضی از عیوب خاص و منصوص، خیار عیب می‌آورد. اینها شواهدی است که نشان می‌دهد نکاح، معاوضه حقیقیه نیست؛ بنابراین کلام صاحب مدارک روشن می‌شود که

مهر و تمکین دو وظیفه مستقل است و ربطی به هم ندارند. از سوی دیگر، این قول لوازمی دارد که پذیرش آن لوازم از مذاق شرع بعید است؛ یعنی اگر مهر سنگین باشد و زوج هم توانایی پرداخت آن را نداشته باشد، شاید حدود چهل سال طول بکشد که تمام مهر را به زوجه بپردازد و این با روح ازدواج نمی‌سازد» (مکارم شیرازی، ۱۳۸۸، ج ۶: ۵۳).

صاحب جامع المدارک درباره روایت زرعه نیز می‌گوید: «منظور از حق حبس، امتناع زوجه برای استمتاع زوج است، حال آنکه آنچه از روایت استفاده می‌شود عدم جواز مقاربت است، نه سایر استمتاعات. علاوه بر آن ممکن است روایت از جهت سند نیز اشکال داشته باشد. همچنین ممکن است به سیاق اخبار دیگر، این روایت نیز حمل بر کراهت شود؛ یعنی قبل از پرداخت مهر، مکروه است زوج از زوجه استمتاع نماید» (خوانساری، ۱۳۶۴، ج ۴: ۴۲۴).

آیت‌الله مکارم شیرازی، روایت زرعه از سماعه را از حیث سند و دلالت بی‌اشکال دانسته است و می‌گوید: «این روایت ظاهراً دلیل خوبی برای مشهور است، اما با دو اشکال مواجه است:

اولاً، صحبت در تمکین و عدم تمکین زوجه نیست؛ بلکه در این است که قبل از عروسی باید مهر را نقد بدهد که وظیفه‌ای از وظایف زوج است و یک حکم استجابی است؛ یعنی مستحب است زوج قبل از عروسی مهر را بدهد. روایات باب هفتم از ابواب مهرها بر این معنا دلالت دارد.

ثانیاً، در ذیل این حدیث حکمی است که نمی‌توان به آن ملتزم شد: ... و ان خلاها قبل ان یدخل بها ردّت المرأة علی الزوج نصف الصداق؛ یعنی اگر زوج قبل از آمیزش اقدام به طلاق زن کند، زوجه باید نصف مهر را به زوج رد کند».

مشهور فقها با ذیل روایت موافقت کرده‌اند؛ چون معتقدند وقتی زوجه تمام مهر را بخشیده است، باید معادل نصف آن را به زوج برگرداند، ولی آیا نمی‌توان گفت بخشش مقید به این بوده که با هم زندگی کنند؟ وقتی با هم زندگی نکرده‌اند، چگونه بخشش این مورد را شامل می‌شود؟ پس بخشش مقید بوده است و ذیل روایت را نمی‌توان پذیرفت؛ چون زن نه تنها چیزی به دست نیاورده، بلکه چیزی هم از دست می‌دهد، در

حالی که طلاق خلعی هم نیست. در بخشش اگر شخص ذی‌رحم نباشد و مهر عین خارجی باشد، عدول جایز است، ولی اگر دین باشد و ابراء کرده است، قابل بازگشت نیست (مکارم شیرازی، ۱۳۸۸، ج ۶: ۵۳).

دلیل سومی که در کلام صاحب جواهر برای اثبات حق حبس زوجه آمده است، توسل به قواعد «لاضرر» و «نفی عسر و حرج» است که می‌توان گفت اساساً ضرری وجود ندارد؛ چون ضرر از راه اجبار حاکم قابل دفع است (روحانی، ۱۳۷۱، ج ۲۲: ۱۵۱).

در عبارت برخی از فقها علاوه بر دلایل مذکور، به اجماع نیز استناد شده است (موسوی سبزواری، ۱۴۱۶، ج ۲۵: ۱۵۹)، ولی به نظر می‌رسد این اجماع مستند به دلایل دیگری است که در مسئله وارد شده است و بر این اساس ارزشی نخواهد داشت. به عبارت دیگر، این اجماع، اجماع مدرکی است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۸، ج ۶: ۵۲).

به هر حال با وجود شهرت نظریه حق حبس زوجه در نکاح میان فقهای امامیه (موسوی عاملی، ۱۳۶۹، ج ۱: ۴۱۴)، می‌توان گفت دلایل ارائه‌شده برای اثبات آن، چندان از قوت و اعتبار برخوردار نیستند؛ بنابراین در مقابل دیدگاه مشهور، تعدادی از فقها منکر اصل حق حبس در نکاح شده‌اند.

مرحوم سیدمحمد عاملی در کتاب *نهایة المرام* می‌نویسد: «و به‌عنوان دلیل در این مسئله به نصی دسترسی پیدا نکردم، اما آنچه در آن می‌توان اظهار نظر نمود این است که تسلیم نمودن زن خودش را برای شوهرش حق است علیه او و تسلیم نمودن مهریه به زن حقی است علیه شوهر. پس بر هر کدام از آنها واجب است که حق دیگری را ادا نمایند و اگر یکی از آنها در این امر اختلال کند، مرتکب معصیت شده است و با این کار (معصیت انجام گرفته) حق دیگری ساقط نمی‌شود؛ بنابراین اگر فرض نماییم که اجماع بر این مطلب (که زن می‌تواند خودش را تسلیم شوهر نکند تا او مهریه را پرداخت کند) کامل و تمام باشد، همان‌طور که اکثر فقها بدان قائل‌اند، باید بگوییم تا زمانی که هر دو طرف حقوق دیگری را ایفا نمایند، زوجه می‌تواند خودش را تسلیم او نکند، و گرنه مقصد به همان راهی ختم می‌شود که ما توضیح دادیم» (موسوی عاملی، ۱۳۶۹، ج ۱: ۴۱۴).

مرحوم صاحب *حدائق* پس از ذکر عبارت پیش‌گفته می‌نویسد: «همان‌طور که بر

شخص آگاه و زیرک پوشیده نیست، این نظر عالی و پسندیده است» (بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲۴: ص ۶۴۱). آنگاه به اعتراض شیخ عبدالله بن صالح بحرانی نسبت به مرحوم عاملی پاسخ می‌گوید. اعتراض ایشان بدین شرح است که علت مخالفت صاحب مدارک (سیدمحمد عاملی) با نظر مشهور، عدم وقوف صاحب مدارک بر نص است؛ پس وجهی برای ترجیح دیدگاه صاحب مدارک بر دیدگاه مشهور وجود ندارد. صاحب حدائق در پاسخ به این اعتراض می‌نویسد: «این اعتراض وارد نیست؛ زیرا آنچه را که سیدمحمد عاملی گفته است، هرچند بدون پشتوانه یک دلیل نصی است، اما موافق قواعد شرعیه و ضوابط مورد رعایت توسط فقهاست. بر خواننده این مطلب مخفی نیست که به واسطه عقد نکاح، شوهر مستحق بهره جنسی از زنش می‌شود و زن مستحق بهره‌مندی از مهریه. پس هیچ‌کدام حق ندارند در آنچه که بر عهده‌شان واجب شده است، در مقابل امتناع دیگری اخلالی وارد کنند» (بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲۴: ۶۴۱).

صاحب جوهر بعد از ذکر قول مشهور، به مخالفت این دو بزرگوار چنین اشاره می‌کند: «هذا ولكن في محكي الحدائق تبعاً لنهاية المرام انه ليس لها ذلك و لاله، بل كل منهما مخاطب باداء ما عليه عصي الآخر او اطاع؛ این مطلب درست است، ولی در مورد آنچه از کتاب حدائق به تبع کتاب نه‌ایة المرام حکایت شده است، می‌توان گفت که زن حق این کار را ندارد و شوهر نیز نمی‌تواند عصیان کند، بلکه برعکس، هریک از ایشان موظف به ادای آن چیزی هستند که دیگری علیه او عصیان نموده یا اطاعت کرده است» (نجفی، ۱۳۶۳، ج ۳۱: ۴۱).

مرحوم خوانساری نیز ضمن اشکال در ادله مشهور، تلویحاً تمایل خود را به دیدگاه خلاف مشهور نشان می‌دهد (خوانساری، ۱۳۶۴، ج ۴: ۴۲۵).

سیدمحمدصادق روحانی نیز ضمن اشکال در ادله مشهور می‌نویسد: «از آنچه که ذکر شد این مطلب به دست می‌آید که امتناع نمودن زن از تسلیم کردن خودش به شوهر، قبل از پرداخت مهریه‌اش جایز نمی‌باشد، هرچند بگوییم که اجماعی بر جواز این کار وجود دارد که ندارد» (روحانی، ۱۳۷۱، ج ۲۲: ۱۵۵).

بنابراین برخلاف آنچه در نگاه نخست به ذهن می‌آید، آیت‌الله مکارم شیرازی در تشکیک نسبت به اصل حق حبس در نکاح، متفرد نیستند؛ بلکه پیش از ایشان، بزرگانی نیز نسبت به اصل حق حبس در نکاح ابراز تردید کرده‌اند.



## ۲. تشکیک در محدوده حق حبس در نکاح

به نظر می‌رسد اگر نتوان سقوط کلی حق حبس زن را ثابت کرد، با توجه به نکات ذیل، در متفی بودن عدم تمکین عام، تردید بسیار جدی وجود دارد.

اولاً، رویه معمول حاکم در دادگاه‌ها تجویز عدم تمکین مطلق زوجه در صورت اعمال حق حبس مذکور در ماده ۱۰۸۵ ق.م.ا.ست. این در حالی است که هم فقها و هم حقوقدانان حق حبس زوجه در قبال اخذ مهریه را به تمکین خاص محدود دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱: ۹۴). هرچند در مقابل رویه معمول احکام صادره از محاکم، برخی قضات نیز بر محدود بودن حق مذکور در ماده ۱۰۸۵ به تمکین خاص معتقدند (مجموعه نشست‌های قضایی، مسائل قانون مدنی (۱)، ۱۳۸۳: ۲۰۲ و نشست قضایی دادگستری زنجان: بهمن ۷۹). با توجه به ظاهر روایت‌ها و نظر فقها، عقد نکاح از عقود معاوضی دانسته شده است و براساس آن، مهریه عوضی در مقابل بضع است «تمکین خاص زوجه یا تمتع جنسی» (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳۱: ۱۹۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱: ۵۱۶)؛ بنابراین هرچند ممکن است از ظاهر مواد ۱۰۸۵ و ۱۰۸۶ قانون مدنی مطلق وظایف زناشویی استنباط شود، اما باید پذیرفت که مقصود قانونگذار از ایفای وظایف زناشویی، تمکین خاص است نه همه تکالیف.

ثانیاً، فلسفه تقنین، نظام بخشیدن به روابط انسان‌ها در محیط مشخصی است که از آن با عنوان جامعه یاد می‌شود. بر این اساس، تحقق بی‌نظمی در به اجرا درآمدن برخی قوانین، نقض غرضی است که از سوی قانونگذار انتظار نمی‌رود. خانواده، اساسی‌ترین عنصر یک نظام اجتماعی است و کوچک‌ترین تصمیمات در نوع موجودیت آن، تأثیر مستقیم بر نظام اجتماعی آن جامعه خواهد گذاشت. متأسفانه در جامعه امروزی شاهدیم که افرادی با انگیزه اغفال دیگری و دسیسه تملک اموال شوهر، تن به ازدواج می‌دهند. چگونه می‌توان قائل شد زوجه در بدو عقد و قبل از ورود به زندگی مشترک، مهریه سینگن خود را به همراه نفقه مطالبه کند و تمکین عام و خاص نداشته باشد.

ثالثاً، از هر دو منظر شرعی و قانونی در نکاح، اصل بر تمکین زوجه از زوج است و عدم تمکین یک استثناست و مستثنا را نباید وسعت داد و آن را به موارد مشکوک تعمیم داد. به عبارت دیگر، درباره استثنا باید به تفسیر مضیق معتقد بود. مفاد ماده

۱۰۸۵ قانون مدنی نیز چون استثنایی بر اصل است باید فقط نسبت به مورد استثنا یعنی «عدم پرداخت مهریه از جانب زوج» حمل شود؛ بنابراین برای زوج نمی‌توان به حق حبس قائل شد، بدین ترتیب که وی حق عدم پرداخت مهریه را در صورت عدم تمکین زوجه داشته باشد و حق حبس زوجه را فقط باید حمل بر تمکین خاص کرد، نه مطلق تمکین (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱: ۹۴).

با اعمال حق حبس و استمرار در این تصمیم یک‌جانبه از سوی زوجه، زندگی زوج در هاله‌ای از ابهام فرو می‌رود و وضعیت مشقت‌باری برای وی ایجاد می‌شود. در صورت تحقق چنین شرایطی، به استناد عسر و حرج به وجود آمده و همچنین بند ۳ ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده و قواعد ثانویه عسر و حرج و لاضرر که برگرفته از آیات قرآنی (حج: ۷۸؛ نور: ۶؛ فتح: ۱۷؛ بقره: ۱۸۵ و مائده: ۱۶) است، زوج می‌تواند از دادگاه درخواست صدور ازدواج مجدد کند (مجموعه نشست‌های قضایی، مسائل قانون مدنی (۱)، ۱۳۸۳: ۲۰۸ و ۲۰۹ و نشست قضایی دادگستری سبزوار: ۱۳۸۰).

زوجه نمی‌تواند به این درخواست معترض شود و با عنوان کردن اینکه زوج چون تمکن پرداخت مهریه وی را ندارد، چگونه می‌تواند همسر دیگری اختیار کند؟ تقاضای رد خواسته وی مبنی بر ازدواج مجدد از دادگاه کند؛ زیرا نکاح اصولاً عقدی است غیرمالی، هرچند ممکن است دارای بار مالی هم باشد، ولی این اثر فرعی ذات عقد نکاح را تغییر نخواهد داد (صفایی و امامی، ۱۳۷۱، ج ۱: ۱۲۰-۱۲۲). در همین جا این نکته را نیز باید اضافه کرد که برخلاف نظر عدله‌ای از قضات که به استناد بند ۱۰ ماده ۸ قانون حمایت خانواده و بند ۱۲ عقدنامه اختیار همسر دوم از سوی زوج در چنین وضعیتی را از موجبات ایجاد حق طلاق برای زوجه دانسته‌اند (نشست قضایی دادگستری سبزوار: اردیبهشت ۱۳۸۰). صدور حکم تجویز اختیار همسر دوم، حق طلاق را برای زوجه ایجاد نمی‌کند؛ زیرا:

اولاً، سیاق نگارش بند ۱۰ ماده ۸ قانون حمایت خانواده، به روشنی حکایت از ازدواجی دارد که زوج با وجود تمکین زوجه انجام داده است.

ثانیاً، بند ۳ ماده ۱۸ قانون حمایت خانواده، در صورت اعمال حق حبس و عدم تمکین زوجه، به طریق اولی به زوج اختیار ازدواج مجدد داده است. با توجه به

اختیارات زوج در منابع فقهی و متأثر بودن قانونگذار از همین طرز تفکر، عمده مباحث مربوط به عسر و حرج در حمایت از زوجه تصویب و اجرا شده است (م ۱۱۳۰ ق.م. و تبصره الحاقی)، ولی امروزه باید این واقعیت را پذیرفت که حمایت‌های انجام شده از حقوق بانوان، برخی از مردان را در زندگی زناشویی دچار عسر و حرج واقعی کرده است، به گونه‌ای که ایشان نیز نیازمند قوانین حمایتی خاص خود هستند.

### ۳. اثر اعسار زوج بر حق حبس

بیشتر فقها معتقدند زوجه حتی با فرض اعسار زوج نیز دارای حق حبس است. در واقع بر این باورند که اعسار زوج باعث سقوط حق حبس زوجه نمی‌شود (موسوی عاملی، ۱۳۶۹: ۱۴۱). علامه حلی در این باره می‌نویسد: «و لها الامتناع من الدخول قبل قبضه و ان كان معسراً؛ برای زن حق امتناع از دخول توسط شوهر قبل از تحویل گرفتن مهریه است، هر چند که شوهر توانایی پرداخت آن را نداشته باشد» (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۳: ۱۱۴). آری! نکته اصلی عدم تفاوت اعسار و ایسار در این است که اعسار زوج فقط حق مطالبه زوجه را ساقط می‌کند و ارتباطی به بحث حق حبس ندارد؛ همان‌گونه که موسوی سبزواری در این باره می‌گوید: «ناتوانی شوهر از پرداخت مهریه فقط حق مطالبه زن را که به‌عنوان حکم تکلیفی است، برمی‌دارد، اما تسلیم نمودن عوض در مقابل مهر توسط زن، حکم دیگری دارد که ربطی به اعسار شوهر ندارد» (موسوی سبزواری، ۱۴۱۶، ج ۲۵: ۱۵۹).  
صاحب‌جوهر نیز ضمن اذعان به عدم تفاوت دارایی و نداری زوج در حق حبس زوجه به این نکته اشاره می‌کند که تفاوت اعسار و ایسار زوج در این است که در صورت دارایی زوج و مطالبه زوجه و عدم پرداخت مهر از سوی زوج، وی معصیت‌کار است و در این فرض، زوجه مستحق نفقه است؛ ولی اگر زوج نادر باشد، در صورت عدم پرداخت مهر، معصیت‌کار نیست و اینکه زوجه مستحق نفقه است یا خیر، دو وجه در مسئله وجود دارد: ممکن است گفته شود چون تمکین زوجه وجود ندارد، پس نفقه نیز منتفی است و یا گفته شود عدم تمکین، طبق قانون و حق زوجه است، پس نباید باعث سقوط نفقه شود. ایشان در مقام رد استدلال ابن‌ادریس مبنی بر سقوط حق حبس

زوجه در صورت اعسار زوج به لحاظ امتناع مطالبه مهر از طرف زوجه می نویسد: «فما عن ابن ادریس - من منعها من الامتناع للاعسار المانع من المطالبه - واضح الضعف، اذ امتناع المطالبه لا یوجب تسلیم المعوض قبل العوض و انما یختلف الحال بالایسار و عدمه بالاثم و استحقاق النفقه؛ ضعف کلام ابن ادریس در ممنوعیت زن از مطالبه نمودن مهریه به خاطر ناتوانی شوهر در پرداخت آن (اعسار)، روشن است؛ زیرا ممنوعیت مطالبه مهریه از طرف زوجه، موجب تسلیم نمودن معوض آن (در اختیار قراردادن زوجه، نفشش را برای شوهر) قبل از پرداخت مهریه نیست و تنها تفاوت آن در زمان استطاعت شوهر از لحاظ مالی و مرتکب گناه نشدن او به سبب امتناع از پرداخت مهریه و مستحق نفقه واقع شدن زن در این زمان است» (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳۱: ۴۳).

با وجود شهرت این نظریه (عدم تفاوت دارایی و نداری زوج در حق حبس زوجه) باید گفت ادعای اجماع مبنی بر وجود حق حبس در عقد نکاح فقط ناظر به فرض دارایی زوج است. به عبارت دیگر، معقد اجماع شامل اعسار زوج نمی شود، بلکه در صورت اعسار زوج، وجود حق حبس برای زوجه مورد اختلاف است (طباطبایی حایری، ۱۳۶۸، ج ۲: ۳۹۲). اما برخی نیز ادعای عدم اختلاف کرده اند: «ظاهراً اختلافی که بین علما در بحث جواز امتناع زوجه غیرمدخوله، از تسلیم خودش به شوهر تا هنگام دریافت مهریه ای که حال بوده و شوهر هم استطاعت مالی داشته باشد، وجود دارد، تنها زمانی بروز می کند که شوهر ناتوان از پرداخت مهریه نباشد» (بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲۴: ۴۵۹).

ابن ادریس حلی معتقد است تنها در صورت یسار زوج، حق حبس وجود دارد: «و للمراه ان تمتنع من زوجها حتی تقبض منه المهر اذا كان غیر مؤجل والزوج مؤسراً به قادراً علی ادائه و طالبته به قبل الدخول بها؛ برای زن حق امتناع نمودن از شوهر تا زمانی که مهریه را از او دریافت کند، هست. البته هنگامی که مهریه مدت دار نباشد و شوهر از لحاظ مالی توانگر و قادر به پرداخت مهریه باشد و مطالبه کل مهریه از طرف زوجه قبل از دخول شوهرش باشد» (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۵۹۱).

بنابراین مرحوم عاملی ضمن بیان عدم تفاوت اعسار و یسار زوج در حق حبس زوجه و نسبت دادن این نظر به اکثر فقها می نویسد: «از کلام ابن ادریس استظهار

می‌شود که در صورت اعسار زوج، زن حق حبس ندارد و این نظر نیکو است؛ زیرا با اعسار چیزی بر زوج واجب نیست و حق او (ضرورت تمکین) بدون هیچ معاوضی بر گردن زن است» (موسوی عاملی، ۱۳۶۹، ج ۱: ۴۱۴).

مرحوم صاحب حدائق نیز رسماً سقوط حق حبس زوجه در صورت اعسار زوج را به ابن‌ادریس نسبت داده، این نظریه را نیکو شمرده است (بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲۴: ۴۷۰). مرحوم سبزواری نیز دیدگاه ابن‌ادریس را اقرب به واقع دانسته است (موسوی سبزواری، ۱۴۱۶، ج ۲: ۲۱۹).

از سیاق عبارت‌ها و دلایل شیخ انصاری نیز سقوط حق حبس زوجه در فرض اعسار زوج استنباط می‌شود. ایشان می‌نویسد: «دلیل سقوط حق حبس زوجه، ممنوعیت مطالبه مهر از معسر است. پس زمانی که زوج حق خود (تمکین) را از وی مطالبه نمود، بر زوجه واجب است حق زوج را به وی تسلیم کند؛ چون امتناع زوجه از ایفای وظایفش در قبال زوج، عرفاً ظلم محسوب شده و طبعاً حرام است، به‌ویژه در صورتی که زوجه به اعسار زوج قبل از عقد واقف بوده باشد» (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۶۵).

از فقهای معاصر، مرحوم اراکی در جواب استفتایی مرقوم فرمودند: «بعید نیست که هرگاه زوجه علم به فقر و عدم تمکن زوج داشته باشد و با این حال اقدام به ازدواج کند، [این اقدام او] به منزله اسقاط حق مطالبه است و در این صورت حق امتناع ندارد» (اراکی، ۱۳۷۳: ۱۹۱). آیت‌الله بهجت نیز معتقدند: «در صورت اعسار که [زوج مهر را] به نحو اقساط می‌دهد، به‌طوری که در عسر و حرج نیفتد، با پرداخت قسط اول، تمکین بر زوجه واجب است» (بهجت، ۱۳۷۸: ۲۵۱). آیت‌الله مکارم شیرازی می‌فرماید: «... [زن] می‌تواند قبل از دریافت مهر تمکین نکند، مشروط بر اینکه قبلاً از اعسار زوج خبر نداشته باشد و در فرض اعسار اگر از سوی حاکم شرع قسط‌بندی شود و [زوج] شروع به پرداخت اقساط کند، زن باید تمکین کند» (مکارم شیرازی، ۱۳۸۶: ۱۴۹).

بنابراین اگر هم نتوانیم به‌طور مطلق بین اعسار و یسار زوج تفاوت قائل شویم، دست کم می‌توان گفت در جایی که زوجه در زمان عقد نسبت به عدم تمکن و ناتوانی زوج در پرداخت مهر علم داشته باشد یا حتی اگر از قراین حالیه و مقامیه بتواند به یک علم نوعی دست یابد، به لحاظ «قاعده اقدام»، حق حبس زوجه ساقط خواهد شد.

#### ۴. اثر تقسیط مهر بر حق حبس

همانطور که اشاره شد، یکی از شرایط حق حبس، حال بودن مهر است. روشن است حال بودن مهر نیاز به تصریح ندارد؛ یعنی اطلاق عقد منصرف به نقد است و چنانچه در اسناد ازدواج، قید عندالمطالبه آمده باشد، ظهور در نقد بودن دارد، هر چند آیت الله مکارم شیرازی به این ظهور اشکال می‌کنند و معتقدند قید عندالمطالبه جدی نیست؛ زیرا اگر در فردای روز عقد، زوجه مهر را مطالبه کند، زوج نمی‌تواند بدهد؛ به‌خصوص در جایی که عموم مردم اصلاً متوجه منظور و معنای عبارت نیستند و یا متوجه معنای عبارت‌اند، ولی زوج در هنگام نوشتن عقدنامه چیزی ندارد. پس این عبارت به عندالقدره و عندالاستطاعه منصرف است. در واقع قراین حالی و مقامیه بر این دلالت می‌کند که قصد جدی بر قید عندالمطالبه وجود ندارد (مکارم شیرازی، ۱۳۸۸: ۵۴).

به هر حال، چنانچه طرفین ازدواج نسبت به تأجیل مهر تراضی و توافق کرده باشند، بی‌شک زن حق حبس نخواهد داشت. مبنای این حکم نیز روشن است؛ چون تا پیش از فرا رسیدن اجل، زن حقی بر مهر ندارد تا آن را مطالبه کند.

حال این پرسش مطرح است که چنانچه توافق اولیه زوجین بر مهر حال بوده است، ولی بعد از عقد و هنگام مطالبه زوجه، زوج قادر به پرداخت دفعی مهر نباشد و دادخواست اعسار از پرداخت دفعی مهر را تقدیم دادگاه کند و دادگاه فارغ از رضایت یا عدم رضایت زوجه، نسبت به تقسیط مهر اقدام کند، آیا این وضعیت که عملاً به مهر مؤجل تبدیل شده است، مانند فرضی است که توافق اولیه زوجین بر مهر مؤجل قرار گرفته بود؟ آیا می‌توان گفت تقسیط مهر چون ناشی از تراضی و توافق طرفین نیست، تأثیری در حق حبس نخواهد داشت و حق حبس زوجه کماکان برقرار است؟ یا با حکم دادگاه مبنی بر اجرای حکم و پرداخت اولین قسط می‌توان حکم به سقوط حق حبس داد؟

اهمیت این بحث از آنجا روشن می‌شود که امروزه متأسفانه عرف بر تعیین مهرهای سنگین قرار گرفته است و عملاً در بیشتر موارد حکم اعسار زوج صادر می‌شود و پرداخت آن تقسیط می‌شود و تسویه آن زمان زیادی را می‌طلبد. پس اگر گفته شود تا زمان تصفیه کامل، زن حق حبس خواهد داشت، جامعه با وضعیتی سخت مواجه می‌شود؛

زیرا مردی که اقدام به ازدواج کرده و بر اثر اعسار در پرداخت مهر به زندان رفته و پس از مدتی که اعسارش ثابت و مهر تقسیط شده است، ملزم می‌شود طی ده‌ها سال مهر را به صورت اقساط بپردازد و طبعاً نفقه زوجه را نیز بدهد؛ تا پایان پرداخت کامل مهر نیز امکان تملک منافع زوجه را نیز ندارد!

از ظاهر عبارت مندرج در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی این‌گونه برمی‌آید که حق حبس زوجه تا پایان تسویه کامل برقرار است؛ زیرا عبارت «تا مهر به او تسلیم نشده» ظهور در تسلیم کامل مهر دارد. بر همین اساس، کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی در این باره اظهار داشته است: «تا وصول مهر، [زن] حق امتناع از تمکین و استحقاق نفقه را با توجه به ماده ۱۰۸۵ ق.م. دارد».

اداره حقوقی قوه قضائیه نیز در نظریه شماره ۷/۱۰۲۰ مورخ ۸۱/۲/۳۱ آورده است: «در مواردی که دادگاه یا اجرای ثبت درخواست شوهر و به دلیل اعسار، مهلت عادلانه می‌دهد یا قرار اقساط می‌گذارد، نباید مهر را مؤجل پنداشت؛ زیرا اجلی که بدین‌گونه بر زن تحمیل می‌شود، حاکی از اراده وی بر سقوط حق حبس نیست؛ بنابراین حق حبس زن محفوظ است» (ایرانی، ۱۳۸۶، ج ۱: ۴۲).

دیوان عالی کشور در رأی شماره ۷۰۸ مورخ ۱۳۸۷/۵/۲۲ نیز به ثبوت حق حبس زوجه تا پرداخت کامل مهر، صحه گذاشته است.

به موجب ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی، زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده است، از ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند، مشروط بر اینکه مهر او حال باشد. ضمناً در صورت احراز عسرت زوج، وی می‌تواند مهر را به‌طور اقساط پرداخت کند. با توجه به حکم قانونی ماده مذکور که مطلق مهر مورد نظر بوده است و با توجه به میزان مهر که با توافق طرفین تعیین شده، صدور حکم تقسیط که فقط ناشی از عسر و حرج زوج در پرداخت یک‌جای مهر است، مسقط حق حبس زوجه نیست و حق او را مخدوش و حاکمیت اراده وی را متزلزل نمی‌سازد، مگر به رضای مشارالیه؛ زیرا اولاً، حق حبس و حرج دو مقوله جداگانه است که یکی در دیگری مؤثر نیست؛ ثانیاً، موضوع مهر در ماده مزبور به دریافت کل مهر دلالت صریح دارد و گرفتن قسط یا اقساطی از آن، دلیل بر دریافت مهر به معنای آنچه مورد نظر زوجه در هنگام عقد

نکاح بوده، نیست. بنا به مراتب رأی شعبه نوزده دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان که موافق با این نظر است، منطبق بر قانون تشخیص می شود.

این رأی طبق ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری در موارد مشابه برای دادگاهها و شعب دیوان عالی کشور لازمالاتباع است. هیئت عمومی دیوان عالی کشور در حالی به صدور چنین رأیی مبادرت ورزید که دادستان کل کشور - آیت الله دری نجف آبادی - نظر به سقوط حق حبس زوجه در صورت تقسیط مهر داشت. دادستان کل در مقام اثبات دیدگاه خویش اظهار داشته است: «پرداخت دین ممکن است نقداً یا به اقساط صورت گیرد و تقسیط دین اعم از مهر یا غیر آن یا با توافق طرفین است و یا طبق قانون اعسار که در این صورت مدیون باید مطابق قانون اعسار عمل کند. ادعای توافق بر حال بودن مهر در زمان عقد، اولاً صحت ندارد و به فرض صحت، شامل اثبات اعسار و تقسیط نمی شود. به علاوه در عرف جامعه نیز اصل بر عدم حال بودن مهر است. مصالح اجتماعی و تحکیم پیوندهای خانوادگی و پرهیز از طلاق و فساد نیز ایجاب می کند که با اثبات اعسار و تقسیط پرداخت مهر، زوجه به تکالیف خود در قبال زوج عمل کند» (ایرانی، ۱۳۸۶، ج ۱: ۴۲). فقهای معاصر نیز در این باره نظرات متفاوتی ابراز کرده اند. آیات عظام: سیستانی، صافی گلپایگانی، فاضل لنکرانی و موسوی اردبیلی بر این باورند که حق حبس زن تا پایان پرداخت کامل مهر برقرار است. در حالی که آیات عظام: بهجت، مکارم شیرازی، نوری همدانی و هاشمی شاهرودی معتقدند با صدور حکم اعسار زوج و تقسیط مهر، حق حبس زوجه با پرداخت اولین قسط ساقط می شود (گنجینه استفتائات قضایی: ۱۳۸۵).

## ۵. نقد و بررسی نظرات

با توجه به مباحث گذشته می توان گفت دیدگاه اخیر - یعنی سقوط حق حبس زوجه - با پرداخت اولین قسط، با قواعد انصاف و عدل و مذاق شریعت بیشتر سازگار است و آنچه این نظر را تقویت می کند، توجه به عوامل ذیل است:

اولاً، هرچند نکاح از دسته ابواب معاملات، به مفهوم عام است، ولی نمی توان واقعاً



قواعد عمومی معاملات معوض را به طور تمام در مورد نکاح جاری و ساری دانست؛ زیرا این امر با قداست خانواده مغایر است و با ماهیت اخلاقی روابط خانوادگی سازگار نیست (حکمت‌نیا و همکاران، ۱۳۸۶، ج ۲: ۱۱۲).

ثانیاً، چنان‌که در نامه آیت‌الله مکارم شیرازی آمده است، الزام شوهر به پرداخت اقساط مهر و نفقه طی سال‌های متمادی به زوجه و عدم تعهد زوجه به تمکین تا پایان پرداخت کامل مهر، از مصادیق بارز ضرر و حرج است که به وسیله لاضرر نفی شده است؛ قاعده‌ای که حاکم بر ادله اولیه است.

ثالثاً، چون حاکم شرع بنا بر ارجحیت مصالح خانوادگی و بدون رضایت زوجه، به پرداخت اقساطی مهریه در موارد عسر و حرج زوج حکم صادر می‌کند، پس در موارد صدور حکم اعسار، منعی ندارد که بگوییم دین حال که یکی از شروط اعمال حق حبس است، به صورت تقسیتی به دین مؤجل تبدیل شده است و اعمال حق حبس را نیز معلق به عدم پرداخت اقساط تعیین شده از سوی حاکم شرع بدانیم؛ زیرا اجرای مشروط به حکم حاکم شرع نیز نوعی پرداخت مهریه است.

در بحث ما مجعول اصلی شارع چه یک حکم وجودی باشد و چه یک حکم عدمی، براساس مبنای پذیرفته شده از سوی برخی فقها - از جمله آیت‌الله مکارم شیرازی - مبنی بر شمول قاعده لاضرر، حتی نسبت به امور عدمی مشکلی وجود نخواهد داشت (نراقی، ۱۴۱۸: ۵۵). آیت‌الله مکارم شیرازی در کتاب قواعد فقهیه سه دلیل بر این امر اقامه کرده است: اول، آنچه به آن حکم عدمی اطلاق می‌شود، در حقیقت حکمی است وجودی در مثال فوات منافع از عمل انسان آزاد، «عدم ضمان» تعبیر دیگری از حکم به «برائت ذمه» است و «برائت ذمه» در احکام و صیغه مانند «اباحه» در احکام تکلیفیه است که تماماً از سنخ امور وجودی‌اند.

دوم، ظاهر قاعده لاضرر آن است که از ناحیه شرع به احدی از مکلفان ضرری وارد نمی‌شود، پس اگر از ناحیه عدم حکمی، لازم بیاید تا ضرری به شارع منسوب شود، باید آن ضرر براساس قاعده لاضرر نفی شود؛ چون محیط تشریح با تمام شئونش محیط حکومت شارع مقدس است. شارع متکفل بیان یک نظام حکومتی

کامل برای جامعه است. بنابراین لازم است مواردی را که عدم وضع حکمی باعث ضرر و حرج می شود، طرد نماید.

سوم، اگر بپذیریم قاعده لاضرر به دلالت لفظیه شامل موارد عدمی نمی شود، لااقل با تنقیح مناط و الغای خصوصیت و مناسبت حکم و موضوع می توان به شمول قاعده لاضرر بر موارد عدمی حکم کرد (مکارم شیرازی، ۱۳۷۹، ج ۱: ۸۴).

رابعاً، به دلیل عقل که یکی از ادله اربعه است، نمی توان پذیرفت که زوج ملزم به پرداخت اقساط مهر و نفقه مثلاً به مدت چهل سال باشد و آنگاه که مهر کاملاً پرداخت شد، زوج ملزم به تمکین شود. اسلام دین عقلانیت است و هیچ عقلی این معنا را نمی پذیرد.

بنابراین زوج باید با دریافت اولین قسط مهر، تمکین کند؛ امری که موافق با فتاوی برخی فقهای معاصر و نظر رئیس پیشین قوه قضائیه - آیت الله هاشمی شاهرودی - است.

همان گونه که اشاره شد، دیوان عالی در مقام ایجاد وحدت رویه، در تاریخ ۸۷/۵/۲۲ مقرر داشته است که حق حبس زوج تا پایان دریافت کامل مهر برقرار است و می دانیم براساس ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری، آرای دیوان در مقام وحدت رویه، در موارد مشابه برای دادگاهها و شعب دیوان عالی کشور لازم الاتباع و ماهیتاً در حکم قانون است. حال این پرسش مطرح می شود که آیا می توان از دیوان عالی کشور درخواست تغییر رأی کرد؟

در پاسخ می توان گفت با توجه به استقلال قضات و محاکم در صدور رأی، نمی توان در حوزه اختیارات آنان دخالت کرد و به نوعی اعمال نفوذ کرد، ولی اگر خود دیوان عالی بخواهد و یا به این نتیجه برسد که رأی پیشین خود را باید تغییر دهد، آیا چنین امری امکان پذیر است؟

باید گفت طبق ماده واحده قانون مربوط به وحدت رویه قضایی مصوب ۱۳۲۸/۴/۷، این اختیار به هیئت عمومی دیوان داده شده بود که در رأی پیشین خود تجدیدنظر کنند؛ چنانچه تغییر رأی پیشین دیوان به موجب قانون نیز ممکن بود. اما با تصویب ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۷۸/۶/۲۸، همه منابع قانونی آرای وحدت رویه قضایی (م ۴۲ و ۴۳ ق.ا.ح. ماده واحده قانون

مربوط به وحدت رویه قضایی، ماده ۳ از مواد اضافه شده به ق.آ.د.ک.)، به طور ضمنی نسخ شده‌اند. این ماده مقرر می‌دارد: «آرای هیئت عمومی فقط به موجب قانون بی‌اثر می‌شود و خود هیئت عمومی، امکان تجدیدنظر در آرای سابقش را ندارد. بنا به مراتب مذکور، پیشنهاد می‌شود ضمن ابقای مواد ۱۰۸۵ و ۱۰۸۶ قانون مدنی، لایحه الحاق یک تبصره به ماده ۱۰۸۵ به شرح ذیل برای تصویب به صورت دو فوریتی به مجلس شورای اسلامی ارائه شود.

متن پیشنهادی تبصره الحاقی به ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی: «چنانچه دادگاه با اجرای ثبت در پرداخت مهر، قرار اقساط صادر نماید، حق حبس ساقط می‌شود و زن مکلف به ایفای وظایف زناشویی است و در صورت تخلف، حق نفقه ساقط می‌شود». از زاویه دیگری نیز می‌توان خواستار نقض رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور شد و آن لزوم نظارت شورای نگهبان بر آرای وحدت رویه از حیث عدم مغایرت با موازین شرعی و اصول قانون اساسی است.

این بحث همواره در محافل حقوقی وجود داشته است که آیا شورای نگهبان این حق را دارد نسبت به آرای صادره از سوی دیوان عالی کشور اظهار نظر کند یا خیر؟ اگرچه اداره حقوقی دادگستری در یک نظریه مشورتی، وظیفه شورای نگهبان را در ارتباط با مصوبات مجلس شورای اسلامی تلقی کرده است، ولی باید گفت: اولاً، این موضوع فقط نظریه‌ای مشورتی درباره اصول ۹۶ و ۹۴ قانون اساسی است که اساساً تفسیر اصول قانون اساسی، طبق اصل ۹۸ قانون اساسی، بر عهده شورای نگهبان است.

ثانیاً، نظر مخالف نیز وجود دارد؛ به‌ویژه اینکه در آخرین مصوبه قانونگذار (م ۲۷۰ ق.آ.د.ک) آمده است: «... رأی اکثریت که مطابق با موازین شرعی باشد، ملاک عمل خواهد بود...». حال اگر فرض شود رأی دیوان عالی خلاف شرع یا قانون اساسی باشد، چه مرجعی اختیار تشخیص این امر را دارد؟ با توجه به عموم و اطلاق اصل چهارم قانون اساسی، آیا می‌توان به مرجعی غیر از شورای نگهبان رسید؟

در بحث ما هرچند نمی‌توان گفت رأی دیوان عالی کشور خلاف موازین شرع است، ولی با توجه به اصل دهم قانون اساسی، آیا نمی‌توان گفت نظریه دیوان عالی

کشور در تقابل با سیاست‌های موجود در آن اصل است؟! این اصل مقرر می‌دارد: «از آنجا که خانواده واحد بنیادی جامعه اسلامی است، همه قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی‌های مربوط باید به‌منظور آسان‌کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی بر پایه حقوق و اخلاق اسلامی باشد».

## نتیجه

قانونگذار باید به‌معنای تام کلمه، قوانینی وضع کند و به‌مورد اجرا گذارد که به‌منظور حمایت واقعی از حقوق «خانواده» باشد. به عبارت دیگر، فراتر از حقوق زن و شوهر به‌عنوان ارکان اساسی تشکیل‌دهنده خانواده، برای مفهوم خانواده و به‌منظور حفاظت از این عنصر حیاتی اجتماع، مقرراتی تصویب شود که به‌نظم عمومی جامعه مربوط باشد و حتی در مواردی حفظ و رعایت حقوق و مصالح آن بر رعایت حقوق زوجین ارجحیت داشته باشد. بنابراین به نظر می‌رسد باید مبانی فقهی، نظرات حقوقی و متون قانونی درباره این مسئله را به‌گونه‌ای تفسیر کنیم که حقوق مشترک زوجینی که صادقانه به این پیوند مقدس احترام می‌گذارند و خواستار دوام نهاد خانواده‌اند، بیشتر مورد توجه قرار گیرد تا در تعارضات و مخاصمات خانوادگی، حتی از کسی ضایع نشود و طرفین، حقوق مسلم خود را تضمین شده ببینند. در این باره، نظر به سقوط حق حبس زوجه با پرداخت اولین قسط، با قواعد انصاف و عدل و مذاق شریعت بیشتر سازگار است و مد نظر برخی از فقها، حقوق‌دانان و مسئولان دستگاه قضایی نیز هست. بدین ترتیب هم حق زوجه و هم حق بهره‌مندی شوهر از آسایش خانواده تأمین می‌شود.

## منابع

۱. قرآن کریم.
۲. ابن‌ادریس حلی، محمد بن منصور؛ السرائر، ج ۲، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰ق.
۳. اراکی، محمد علی؛ توضیح المسائل «بخش استفتائات»، قم: دفتر آیت‌الله اراکی، ۱۳۷۳.
۴. اصفهانی [فاضل هندی]، محمد بن حسن؛ کشف اللثام، ج ۷، قم: نشر اسلامی، ۱۴۰۵ق.
۵. انصاری، مرتضی؛ کتاب النکاح، قم: باقری، ۱۴۱۵ق.
۶. ایرانی ارباطی، بابک؛ مجموعه نظرهای مشورتی حقوقی، ج ۱، تهران: مجلد، ۱۳۸۶.
۷. بحرانی، یوسف؛ الحدائق الناضرة، ج ۲۴، قم: جامعه مدرسین، ۱۳۶۳.
۸. بهجت، محمد تقی؛ توضیح المسائل، قم: دفتر آیت‌الله العظمی محمد تقی بهجت، ۱۳۷۸.
۹. حرّ عاملی، محمد بن حسن؛ وسائل الشیعه، ج ۱۵، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۳۲۳ق.
۱۰. حکمت‌نیا، محمود و همکاران؛ فلسفه حقوق خانواده، ج ۲، تهران: شورای فرهنگی اجتماعی زنان، ۱۳۸۶.
۱۱. حلی [محقق]، جعفر بن محمد؛ شرائع الاسلام، ج ۲، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۹ق.
۱۲. حلی [علامه]، حسن بن یوسف؛ نهاية المرام، ج ۱، تحقیق: محمد موسوی عاملی، قم: نشر اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۱۳. حلی [علامه]، حسن بن یوسف؛ قواعد الاحکام، ج ۳، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
۱۴. حلی، ابن‌فهد؛ المهدب، ج ۳، تحقیق: مجتبی عراقی، قم: جامعه مدرسین، ۱۴۱۳ق.

۱۵. خمینی [امام]، روح‌الله؛ *تحریر الوسیله*، ج ۲، چاپ اول، قم: مؤسسه دارالعلم، ۱۳۶۸.
۱۶. خوانساری، احمد؛ *جامع المدارک*، ج ۴، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۶۴.
۱۷. روحانی، محمدصادق؛ *فقه الصادق*، ج ۲۲، قم: دارالکتاب، ۱۳۷۱.
۱۸. سبزواری [محقق]، محمدباقر؛ *کفایة الاحکام*، ج ۲، چاپ اول، قم: جامعه مدرسین، ۱۴۲۳ق.
۱۹. سنهوری، عبدالرزاق احمد؛ *الوسیط*، ج ۲، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، ۱۳۷۸.
۲۰. سیستانی، علی؛ *منهاج الصالحین*، ج ۳، چاپ اول، قم: مکتبه آیت‌الله سیستانی، ۱۴۱۶ق.
۲۱. صفایی، حسین و اسدالله امامی؛ *مختصر حقوق خانواده*، ج ۱، چاپ هفتم، تهران: کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۱.
۲۲. صفایی، حسین؛ *حقوق بیع بین المللی*، چاپ اول، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.
۲۳. طباطبایی حایری، محمدعلی؛ *الشرح الصغیر*، تحقیق: مهدی رجایی، ج ۲، قم: مکتبه آیت‌الله مرعشی نجفی، ۱۳۶۸.
۲۴. طباطبایی، علی؛ *ریاض المسائل*، ج ۲، چاپ سوم، تهران: مکتبه علمیه اسلامی، ۱۳۶۳.
۲۵. عاملی [شهید ثانی]، زین‌الدین؛ *مسالك الافهام*، ج ۸، چاپ اول، قم: معارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ق.
۲۶. کاتوزیان، ناصر؛ *حقوق مدنی خانواده*، ج ۱، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۸.
۲۷. متین دفتری، احمد؛ *مجموعه رویه قضایی حقوقی*، تهران: انتشارات آثار اندیشه، ۱۳۸۸.
۲۸. مکارم شیرازی، ناصر؛ *رسالة علمیه*، قم: آدینه سبز، ۱۳۸۶.
۲۹. ———، *قواعد فقهیه*، ج ۱، قم: مدرسه امام علی، ۱۳۷۹.
۳۰. ———، *نرم‌افزار انوار الفقاهه فی شرح تحریر الوسیله (کتاب النکاح)*، ج ۶، ۱۳۸۸.
۳۱. منصور، جهانگیر؛ *قانون مدنی با آخرین اصلاحیه‌ها و الحاقات*، تهران: دیدار، ۱۳۷۸.
۳۲. موسوی سبزواری، عبدالاعلی؛ *مهذب الاحکام*، ج ۲ و ۲۵، چاپ چهارم، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۶ق.

۳۳. موسوی عاملی، محمد؛ مدارک الاحکام، قم: آل البيت، ۱۳۶۹.
۳۴. نجفی، محمدحسن؛ جواهر الکلام، ج ۳۱، چاپ ششم، قم: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷.
۳۵. نراقی، احمد؛ مستند الشیعه، ج ۱۴، چاپ اول، قم: مؤسسه اهل البيت، ۱۴۱۸ق.

## قوانین و مقررات

۳۶. رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور به شماره ۷۰۸ مورخ ۱۳۸۷/۵/۲۲.
۳۷. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: دبیرخانه مجلس شورای اسلامی، ۱۳۷۳.
۳۸. قانون امور حسبی مصوب ۱۳۱۹/۴/۲ مجلس شورای اسلامی.
۳۹. قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، تدوین: مجید بنکدار، تهران: اسپادان، ۱۳۸۴.
۴۰. قانون آیین دادرسی کیفری، تدوین: غلامرضا حجتی اشرفی، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸.
۴۱. قانون تعهدات و قراردادهای لبنان.
۴۲. قانون مدنی سوریه.
۴۳. قانون مدنی عراق.
۴۴. قانون مدنی لیبی.
۴۵. قانون مدنی مصر، مترجم: محمدعلی نوری، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸.
۴۶. کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، مصوب ۱۹۸۰ وین.
۴۷. گنجینه استفتائات قضایی، قم: دفتر آموزش و تدوین متون فقهی معاونت آموزش قوة قضائیه، ۱۳۸۵.
۴۸. گنجینه آرای فقهی، قضایی، قم: معاونت آموزش قوة قضائیه قم، ۱۳۸۴.
۴۹. لایحه الحاق یک تبصره به ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی.
۵۰. مجموعه نشست‌های قضایی، مسائل قانون مدنی (۱)، تهران: معاونت آموزش و تحقیقات قوة قضائیه، ۱۳۸۳.