



# MLJ

مجله حقوق پزشکی

ویژه نامه نوآوری حقوقی، ۱۴۰۰

Journal Homepage: <http://ijmedicallaw.ir>



انجمن علمی حقوق پزشکی ایران

مقاله پژوهشی

## مبانی تعارض لاضرر (حق حبس زوجه) و لاجرح (عدم تمتع زوج) در روابط زوجین با تأکید بر رویه قضایی

حسین خیرخواه<sup>۱</sup> ID، سید ابوالقاسم نقیبی<sup>۲</sup> ID، سید محمدصادق موسوی<sup>۳</sup>

۱. دانشجوی دکتری، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.
۲. دانشیار، گروه فقه و حقوق، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران.
۳. دانشیار، گروه فقه و حقوق، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران.

### چکیده

**زمینه و هدف:** عقد نکاح دارای ماهیتی خاص در میان عقود است که همین مسأله تفسیر قواعد مربوط به آن را با دشواری خاصی رو به رو ساخته است. حق حبس که معمولاً در عقود معوض کاربرد دارد، در عقد نکاح با تفسیرهای مختلفی رو به رو شده است. از یکسو قلمرو حق حبس در قبال تمکین عام و خاص و از سوی دیگر، وضعیت ایسار یا اعسار زوج و تأثیر آن بر حق حبس محل مناقشه است. نظر به ازدواج مجدد زوج بر مبنای حکم دادگاه، این مسأله مانع اعمال حق طلاق زوجه، مندرج در سند نکاحیه خواهد بود، هرچند نظر مخالفی نیز وجود دارد که در امکان اعمال حق طلاق زوجه، تفاوتی میان ازدواج با حکم دادگاه و بدون آن، قائل نیست. هدف در این مقاله، تحلیل تعارض لاضرر (حق حبس زوجه) و لاجرح (عدم تمتع زوج) در روابط زوجین می‌باشد.

**مواد و روش‌ها:** این مقاله توصیفی - تحلیلی و با بهره‌گیری از روش اسنادی و استفاده از ابزار فیش‌برداری تهیه و تدوین گردیده است.

**یافته‌ها:** یافته‌ها حاکی از این است که در تعارض دو قاعده لاجرح و یا یک لاجرح و یک لاضرر، نظر مشهور بر تساقط هر دو و رجوع به ادله اولیه است که ابقای حق حبس زوجه است.

**ملاحظات اخلاقی:** در این مقاله در تمام مراحل نگارش، با پایبندی به اصول صداقت و امانتداری تهیه و تدوین شده است.

**نتیجه‌گیری:** فقها، تمکین در بحث حق حبس را ناظر به تمکین خاص دانسته‌اند. زمانی که مهریه مؤجل به اجل معین باشد، بی‌تردید حق حبس زن از بین می‌رود، ولی در فرضی که پرداختن مهر منوط به استطاعت مالی شوهر شده است، دو اثر مهم در پی دارد. یکی اسقاط حق حبس موضوع ماده ۱۰۸۵ ق.م. به دلیل اقرار ضمنی زوجه به اعسار شوهر در حال عقد و دیگری عدم امکان حبس شوهر. این مسأله با تفسیر نظریه فقها بر موجب بودن مهر عندالاستطاعه نیز مطابقت خواهد داشت و به نحوی مرتفع‌کننده تعارض لاضرر (حق حبس زوجه) و لاجرح (عدم تمتع زوج) در روابط زوجین می‌باشد و رویه قضایی نیز با پیروی از نظر فقهای امامیه مؤید همین شیوه می‌باشد.

### اطلاعات مقاله

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۴/۲۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۹/۰۷

تاریخ انتشار: ۱۴۰۰/۱۲/۱۸

### واژگان کلیدی:

حق حبس زوجه  
قاعده لاضرر  
قاعده لاجرح  
رویه قضایی

### \* نویسنده مسؤول:

سید ابوالقاسم نقیبی

آدرس پستی: ایران، تهران، دانشگاه

شهید مطهری، گروه فقه و حقوق.

کد پستی: ۱۱۵۷۶-۱۳۱۱۷

تلفن: ۲۱-۳۳۵۶۱۶۶

پست الکترونیک:

[da.naghibi@yahoo.com](mailto:da.naghibi@yahoo.com)

**۱. مقدمه**

به ادله اولیه است که ابقای حق حبس زوجه است. در زمینه رویه قضایی نیز با وجود صدور رأی وحدت رویه ۷۱۸ مورخ ۱۳۹۰/۲/۱۳ که معتقد است، مستفاد از ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی این است که زن در صورت حال بودن مهر می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفای مطلق وظایفی که شرعاً و قانوناً در برابر شوهر دارد، امتناع نماید، همچنان موضوع در آرای قضایی محل اختلاف است و رأی مزبور نتوانسته به اختلافات موجود خاتمه دهد. با وجود اختلاف نظر در دکتترین، به موجب رأی وحدت رویه شماره ۷۱۸ مورخ ۱۳۹۰/۲/۱۳ منظور از ایفای وظایف را ایفای مطلق وظایف است که زن شرعاً و قانوناً در برابر شوهر دارد، به عبارتی شامل هم تمکین خاص و عام هر دو می‌شود.

**۵. بحث****۵-۱. پیشینه پژوهش**

فرحناز افضلی قادری (۱۳۷۹ ش.) در مقاله‌ای تحت عنوان «بررسی قاعده لاضرر و لاجرح در طلاق به درخواست زوجه» در مجله راهبردی زنان به این نتیجه رسیده است که «در این مقاله به دو قاعده «لاضرر و لاجرح» و کاربرد آن در احکام شریعت پرداخته شده است و سپس به بیان برخی از مصادیق عسر و حرج و مشکلات موجود در این زمینه پرداخته شده است و در این مقاله قاعده لاضرر، مستند فقهی و دلیل مشروع بودن ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی می‌باشد که خود نیز توسط آیاتی از قرآن کریم و روایات و ادله عقلی مورد تأیید قرار می‌گیرد که به طور اجمال به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود.»

اکبر پروین (۱۳۹۱ ش.) در مقاله‌ای تحت عنوان «نقش قاعده لاضرر در تعارض با انحصاری بودن حق طلاق زوج» به این نتیجه رسیده است که «هرچند که وفق موازین قانونی و شرعی حق طلاق از حقوق قانونی شوهر است، ولی از آیات قرآنی استنباط می‌شود که شوهر در ارتباط با همسر خود باید یکی از دو روش را در پیش گیرد یا حقوق او را به طور کامل ادا کند (تسریح به احسان) و از آیه ۲۳۱ سوره بقره «ولاتمسکوهن ضراراً لتعتدوا» استنباط می‌شود که نگهداری همسر به گونه‌ای که باعث ضرر و زیان زوجه شود، مشروع

در روابط زوجین ملاک‌هایی برای اثبات قواعد لاضرر و لاجرح وجود دارد که یکی از آن‌ها نظر پزشکی قانونی می‌باشد، وقتی به یکی از این دو قاعده استناد می‌شود، این نظر پزشکی قانونی است که تعیین می‌نماید که زوجین می‌توانند به آن‌ها استناد کنند یا خیر، در واقع امروزه برخی از این بیماری‌ها قابلیت درمان یافته‌اند و با توجه به فلسفه و مبانی فسخ ازدواج، دلیلی بر آن به سبب این عیوب موجود نیست، اما به رغم پیشرفت‌هایی که در علم پزشکی حاصل شده است، هر روز شاهد بیماری‌های مسری و خطرناک‌تر از عیوب مصرح در قانون مانند ایدز، هپاتیت B و سیفلیس هستیم که بنا بر نظر متخصصان این حرفه درمان قطعی برای این بیماری‌ها یافت نشده است. حال با این سؤال مواجهه هستیم که چنانچه احدی از زوجین به یکی از بیماری‌های مصری مبتلا شد، فلسفه فسخ ازدواج از منظر فقهی - حقوق کدام است؟ به نظر می‌رسد مهم‌ترین فلسفه فسخ ازدواج مشروع به سبب بیماری، جلوگیری از ضرر و حرج است که مطابق قواعد فقهی «لاضرر» و «لاجرح»، نباید هیچ‌گونه ضرر و حرجی به کسی وارد آید.

**۲. ملاحظات اخلاقی**

در نگارش این مقاله به اصول اخلاقی و حرفه‌ای پایبند بوده‌ایم و از ابتدا تا انتهای مقاله با پایبندی به اصول صداقت و امانتداری این مقاله تهیه و تدوین گردیده است.

**۳. مواد و روش‌ها**

این مقاله توصیفی - تحلیلی و با بهره‌گیری از روش اسنادی و استفاده از ابزار فیش‌برداری تهیه و تدوین گردیده است. زمانی که منبعی با عنوان کتب یا مقاله، را به عنوان مرجع مطالعه شده است، از قسمت‌های لازم فیش تهیه گردیده است و به این روش اقدام به نگارش و تدوین مقاله نموده‌ایم.

**۴. یافته‌ها**

یافته‌ها حاکی از این است که در تعارض دو قاعده لاجرح و یا یک لاجرح و یک لاضرر، نظر مشهور بر تساقط هر دو و رجوع

### ۵-۳. اهمیت و ضرورت انجام تحقیق

قاعده نفی عسر و حرج هم در بحث‌های فقهی و هم در حقوق و قوانین در بسیاری از موارد به کار رفته است و من جمله حقوق و قوانینی که در آن تجلی بیشتری داشته است، حقوق خانواده است که بسیار در این مورد مساعدت و کمک می‌نماید خصوصاً در بحث متارکه. برخی باور دارند چون قانون مدنی اختیار طلاق را به مرد داده است و هر وقت مرد در زندگی به همسر خود در تنگنا باشد، می‌تواند وی را طلاق دهد، پس هنگامی که زن هم این شرایط را داشته باشد، مجبور است از طریق قانون اقدام نماید، چون در درخواست متارکه برای زنان یکسری موانع وجود دارد، می‌توان در این خصوص از حق انفاق زن نام برد که چه متمکن باشد چه خیر بسته به وضعیت مالی همسر وی بر عهده مرد است.

### ۵-۴. محدودیت‌های پژوهش

محدودیت‌هایی که ما در این تحقیق با آن رو به رو بودیم، این بود که جهت نگارش مقاله، با عدم دسترسی سریع و آسان به منابع دسته اول مواجهه بودیم و به جای اینکه بتوانیم از راه‌های گوناگون من جمله خریداری تعداد صفحات یا کل کتاب از طریق دسترسی به کتب الکترونیک به منابع دسته اول دسترسی نداشتیم و به ناچار برای نگارش این مقاله اقدام به خرید کتبی نمودیم.

### ۵-۵. نظریات و مفاهیم

در این قسمت سعی شده است که به اصطلاحات فنی و تخصصی، از منظر اصطلاحی تعریف گردند. در واقع سعی شده است نظریات و مفاهیم در این مبحث مورد بررسی قرار گیرند.

### ۵-۵-۱. مفاهیم

ما در این مقاله با دو مفهوم لاجرح و لاضرر در روابط زوجین مواجهه هستیم که به شرح ذیل از لحاظ مفهومی بررسی می‌گردند.

نیست خواه این ضرر ناشی از تقصیر اختیاری شوهر باشد، از قبیل ترک انفاق، عدم حسن معاشرت و یا ورود ضرر غیر اختیاری باشد، مانند عدم قدرت بر انفاق، از جمله دلایلی که برای اثبات نظریه طلاق اجباری حاکم استناد شده است، قاعده لاضرر است» مصادیقی که در تبصره ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی بیان شده، موارد عسر و حرج است.

سیاوش اسماعیلی و همکاران (۱۳۹۸ ش.) در مقاله‌ای تحت عنوان «بررسی تأثیر عسر و حرج بر حقوق زوجه در نظام حقوق مدنی ایران» به این نتیجه رسیده است که «قاعده عسر و حرج برگرفته از آیات قرآن و احادیث معصومین است که به عنوان یک اصل حاکم بر قواعد دیگر راهگشای بسیاری از مشکلات موجود خصوصاً در حیطه مسائل خانواده می‌باشد. مسأله که در این پژوهش در پی آنیم، این است که در صورت اثبات عسر و حرج برای زوج، چه تأثیری بر حقوق زوجه از جمله نفقه، مهریه، حق دریافت اجرت‌المثل، دریافت نخله و اینکه عسر و حرج ناشی از رفتار زوجه در صورتی که منجر به وقوع طلاق شود، چه تأثیری بر شرط انتقال نصف دارایی بر جای می‌گذارد. این مسأله امروزه در بسیاری از خانواده‌ها رواج یافته است و تاکنون توسط حقوقدانان مورد بررسی قرار نگرفته است، به همین دلیل پژوهش در این باب ضرورت دارد و در نهایت خواهیم گفت که همانطور که عسر و حرج ناشی از رفتار زوج دارای آثار حقوقی است، عسر و حرج ناشی از رفتار زوجه هم دارای آثار حقوقی خواهد بود.»

### ۵-۲. نوآوری تحقیق با عنایت به تحقیقات مشابه

با عنایت به پیشینه‌ای که ذکر گردید، با توجه به اینکه در تحقیقات انجام‌گرفته صرفاً به ارائه کلیاتی نسبت به موضع پرداخته شده است و تحقیقی که به صورت جامع به مباحث مطروحه با امعان نظر به رویه قضایی باشد یافت نشد، لذا این تحقیق با عنایت به پیوندی که بین فقه امامیه، حقوق مدنی و رویه قضایی برقرار نموده است، نسبت به تحقیقات مشابه دارای نوآوری می‌باشد.

**۵-۱-۱-۵. لاجرح**

آن ضرری است بر صاحب آنکه باید جبران شود؛ ۳- مقصود نفی حکم ضرری است، بدین معنا که هیچ حکمی در اسلام وضع نشده است که موجب زیان افراد گردد.

به نظر مرحوم شیخ انصاری، قول سوم، برترین اقوال بوده و مقصود از حدیث شریف را همین قول می‌دانند. در عین حال، نظر اول و دوم نیز در میان گروهی از فقیهان بزرگ طرفدارانی دارد و از این قاعده برای اثبات مسؤولیت کسی که عامل ورود زیان بوده است، استفاده می‌کنند. از آن جمله می‌توان به نظر یکی از فقیهان معاصر اشاره کرد که معتقدند مقصود از قاعده لاضرر این است که اگر از حکم یا امری، ضرر متوجه کسی شود آن حکم را شارع امضا نمی‌کند. به عبارت دیگر لاضرر نمی‌گوید خداوند عالم حکم ضرری جعل نمی‌کند، بلکه مراد آن است که هرگاه از کار مکلف، ضرری متوجه دیگری شود آن کار امضا شده نیست. فرق این قول با قول مشهور آن است که مشهور، فاعل ضرر را شارع مقدس می‌دانند و لاضرر را تفسیر می‌کنند، به اینکه خداوند سبحان حکم ضرری جعل نمی‌کند، ولی این قول می‌گوید: فاعل ضرر، شخص است و هرگاه از فعل شخص، ضرری متوجه دیگری شود، خداوند سبحان آن را امضا نمی‌کند (۴).

به نظر می‌رسد که مفاد قاعده لاضرر و حدیث معروف لاضرر و لاضرار آن است که ضرر در اسلام مشروعیت ندارد و مرحله تشریح و اجرای قواعد و قوانین را شامل می‌گردد (۵)، فلذا در این صورت از آنجا که هر نوع ضرری در اسلام نفی شده است، فلذا چنانچه قراردادی توسط یکی از طرفین نقض گردد، ضرری به شخص غیر ناقض وارد می‌شود که مطابق قاعده لاضرر چنین ضرری نفی می‌شود و باید توسط شخص ناقض قرارداد چنین ضرری جبران شود.

**۵-۶. نظریات موجود در تعارض لاضرر و لاجرح**

در مواردی که اعمال قاعده نفی حرج موجب ضرری برای طرف دیگر شود و یا برعکس، جاری شدن قاعده لاضرر نسبت به موردی سبب ایجاد حرج و مشقت برای دیگری شود، بین قاعده نفی عسر و حرج و قاعده لاضرر، در ظاهر تعارض به وجود می‌آید و نظریات فقها در این زمینه متفاوت است.

قاعده نفی عسر و حرج، از قواعد فقهی بوده و به این معنا است که هرگاه تکلیفی دارای مشقت و دشواری شدیدی باشد که تحمل آن عادتاً برای مکلف سخت است، آن تکلیف ساقط می‌گردد. گفته‌اند حرج در اصل به معنی اجتماع و انبوهی شیء است، به گونه‌ای که موجب حصول تصور ضیق و تنگی میان آن اشیا شود (۱).

**۵-۱-۲-۵. لاضرر**

یکی از مشهورترین قواعد فقهی که در کتب قواعد فقه مورد بحث قرار گرفته است، قاعده لاضرر است. این قاعده با متن «لاضرر ولاضرار فی الاسلام» بیانگر نفی حکم ضرری و زبانی در شریعت اسلام است که در بیشتر ابواب فقه مورد استفاده احکام فقهی قرار گرفته است (۲). شایان ذکر است که لزوم تمکین زن که اعم از تمکین عام و تمکین خاص است حکم اولی است و این حکم نیز مانند سایر احکام در شرایطی تحت تأثیر حکم ثانوی تغییر می‌یابد که از جمله در مواردی می‌توان به استناد قاعده لاضرر این حکم به لزوم تمکین را نقض کرد. عالمان فقه و اصول برای تبیین معنا و حدود این قاعده به تفسیر واژگان این حدیث پرداخته‌اند و درباره معنای سه کلمه «لا» و «ضرار» و «ضرر» سخن بسیار گفته شده و معانی متفاوتی احتمال داده شده است، منشأ تمام اختلاف‌ها، این است که ظاهر عبارت «لاضرر و لاضرار» دلالت بر نفی هرگونه ضرر در اسلام دارد و این در حالی است که شاهد هستیم در عالم واقع، نمی‌توان منکر وجود ضرر شد. به همین دلیل، در معناکردن این جمله، میان فقها اختلاف است که صحبت در مورد آن در این مقاله نمی‌گنجد (۳).

مرحوم شیخ انصاری در مقاله «قاعده نفی ضرر» بعد از ذکر این نکته که مقصود از عبارت «لاضرر» معنای حقیقی آن بدین معنا که هیچ ضرری در اسلام وجود ندارد، نیست، سه قول را در تبیین قاعده نقل فرموده‌اند:

۱- مقصود، نهی از ضررزدن به دیگران است، بنابراین معنای آن تحریم فعل زیان‌بار است؛ ۲- مراد نفی وجود ضرر جبران نشده است، بنابراین اتلاف مال دیگران، بدون جبران خسارت

**۵-۶-۱. نظریه تقدم قاعده نفي عسر و حرج بر قاعده****لاضرر**

برخی قائل به تقدم قاعده نفي عسر و حرج بر قاعده لاضرر بوده، آن را حاکم بر لاضرر می‌دانند (۶)، اما در اینکه این تقدم به چه دلیل است اختلاف نظر وجود دارد، برخی از اقوال در جهت تقدم عبارتند از:

- امتنان: قاعده لاضرر در مقام امتنان است، پس مقدم بر عمومات است مرحوم شیخ انصاری در کتاب رسائل این جهت را بیان داشته است و مرحوم آخوند نیز در تعلیقه خود، کلام شیخ را پذیرفته‌اند، البته با قیدی که اضافه نموده و می‌فرماید: مگر اینکه عمومات دارای مرجح در جهت اقوالی باشد (۷).

- تخصیص: عده‌ای معتقدند که قاعده لاضرر نسبت به مجموع ادله عامه و مطلقه، نسبت خاص به عام است، لذا در مقام اجتماع بر همه مقدم خواهد بود، زیرا طبق قاعده اصولی در تعارض عام و خاص، خاص را بر عام مقدم می‌دارند و عام را تخصیص می‌زنند (۷).

**۵-۶-۲. نظریه عدم تقدم قاعده نفي عسر و حرج بر****قاعده لاضرر**

یکسری دلایل وجود دارد که نشان‌دهنده عدم برتری قاعده لاضرر بر لاضرر است: اول عده‌ای که قائل به این عدم برتری هستند، می‌گویند هر دو قاعده از حکم‌های امتنایی هستند و اگر جایی دستوری متضاد آن‌ها وجود داشته باشد، اجرا نمی‌گردند، پس دلیلی بر برتری هیچ کدام بر دیگری نیست؛ دوم هر دو شامل نفي هستند و اراده آن‌ها بر حکم‌های اولیه حاکم است و آن‌ها را محدود می‌کند و اگر تعارضی به وجود آید، هر دو از بین می‌روند و نهایتاً به همان احکام اولیه مراجعه می‌شود؛ سوم این اراده منوط به این است که لاضرر حالت نظارتی بر لاضرر داشته باشد، چونکه در زمانی که دلایل در کنار هم باشند و در طول هم نباشند و برای محقق شدن یکی بر دیگری برتری نباشد، پس اراده آن یکی بر دیگری مفهومی ندارد.

**۵-۶-۳. نظریه تساقت لاضرر و لاضرر**

طرفداران نظریه تساقت بیان داشته‌اند: «برخی گفته‌اند که لاضرر مقدم بر لاضرر است و وجه تقدیم را این ذکر کردند که موارد ضرر اقل است از موارد حرج، چون موارد ضرر اقل است، لذا در تعارض بیاییم این اقل را ترجیح بدهیم، موارد ضرری موارد کمی است، اگر بخواهیم در موارد تعارض هم لاضرر را مقدم بر لاضرر کنیم، مواردش کمتر می‌شود، برای اینکه خیلی مورد لاضرر کم نشود، در موارد تعارض هم بیاییم لاضرر را بر لاضرر مقدم کنیم، این مطلب هم مطلب درست نیست، برای اینکه اولاً موارد ضرر کمتر از موارد حرج نیست، اینطور نیست که ما بگوییم اگر ده مورد باشد یک مورد ضرر باشد، نه مورد حرج باشد، موارد ضرر اقل از موارد حرج نیست؛ ثانیاً اقلیت ملاک برای ترجیح نیست. حالا اگر در یک جایی ما دو دلیل داشتیم و یکی اقل مورداً بود از دلیل دیگری، این سبب ترجیح بر دلیل دیگری نیست، آنچه که ملاک برای ترجیح است اقواییت از حیث دلالت است، تصرف در موضوع است، این‌گونه امور سبب برای تقدیم است، این سببیت برای تقدیم نیست. نتیجه این می‌شود که هیچ کدام بر دیگری مقدم نمی‌شود و اگر هیچ یک بر دیگری مقدم نشد، بعد از تساقت ما باید رجوع کنیم به آن ادله عامه ضمان» (۸).

**۵-۷-۱. مبانی لاضرر و لاضرر**

در این قسمت سعی شده است مبانی که بر اساس آن دو قاعده لاضرر و لاضرر در روابط زوجین توجیه می‌گردند را تشریح نماییم.

**۵-۷-۱-۱. مبانی لاضرر**

در این قسمت مبانی لاضرر به شرح ذیل تشریح می‌گردند.

**۵-۷-۱-۱-۱. مبانی لاضرر در قرآن کریم**

در قرآن کریم آیات متعددی در خصوص عسر و حرج نازل شده است که از آن جمله‌اند:

- «وَ مَا يَرِيْدُ اللّٰهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ...»

- «وَ مَا يَرِيْدُ اللّٰهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَ لَا يُرِيْدُ بِكُمْ الْعُسْرَ...»

«و لا یُکَلِّفُ اللهُ نَفْساً اِلَّا وُسْعَهَا...»

«وَجَاهِدُوا فِي اللهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَ اجْعَلْ عَلَیْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرْجٍ...»

«لَا یُكَلِّفُ نَفْسًا اِلَّا وُسْعَهَا...»

«لَا یُكَلِّفُ نَفْسَهَا اِلَّا وُسْعَهَا...»

«وَالَّذِینَ اٰمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ لَا تُكَلِّفُ نَفْسًا اِلَّا وُسْعَهَا...»

«لَا تُكَلِّفُ نَفْسًا اِلَّا وُسْعَهَا وَ لَدِینَا كِتَابٌ یَنْطِقُ بِالْحَقِّ وَ هُمْ لَا یظلمون...»

با دقت در آیات و روایات می توان دریافت، اسلام برخلاف آنچه به عنوان دین سخت گیری معرفی شده است، دین رحمت و مهربانی می باشد. در تمامی آیات فوق الذکر خداوند رحمان می فرماید: هیچ حکمی در اسلام نیست که موجب عسر و حرج اشخاص باشد و کلیه احکامی که چنین خاصیتی دارند، نفی شده است. علامه طباطبایی در تفسیر آیه ۱۸۵ سوره بقره می فرماید: تمام حق خدا بر بنده این است که سمع و طاعت داشته باشد و معلوم است که انسان تنها در پاسخ فرمانی می گوید طاعه که اعضا و جوارحش بتوانند آن را انجام دهند. بنابراین شرع نیز بر این مسأله تأکید دارد که تکلیف انسان ها باید در حدود توانایی آن ها باشد (۵).

در مذهب شیعه اجماع مکرر بر اساس آیه «ما جعل علیکم فی الدین من حرج» وارد شده است که بر اساس آن هر حرجی که برای روزه گزار در هنگام استنشاق وارد شود، غیر قابل اعتماد بوده و روزه گزار نباید به آن اعتنا کند و حکم لاجرح، حتی در مواردی که در روزه حکم به «کراهت» است، وارد می شود و بنابراین قاعده لاجرح متضمن برداشتن سختی و مشقت از روزه گزار است (۹).

این تفسیر از آیه شریفه مورد قبول اکثر فقها است و در این خصوص آورده شده است که «مدلول قاعده لاجرح که مستند اصلی آن آیه ۷۸ سوره حج می باشد، آن است که هرگاه حکمی از احکام اولیه شرع مقدس برای فردی ایجاد مشقت شدید و سخت و غیر قابل تحمل نماید، آن حکم رفع می گردد» (۱۰)، بدین ترتیب حکم لاجرح در تعیین اعتبار و حدود اجرای سایر تکالیف دخالت می نماید و ارزش عمل به تکلیف صرفاً محدود به نصوص وارده در خصوص تکالیف

نمی باشد و از عنصر وسع و توانایی، مکلف تبعیت می کند، لذا این آیات که جزء مبانی قاعده عسر و حرج می باشند، بر موضوع بحث، یعنی عسر و حرج در طلاق نیز دلالت می نمایند. آیه ۷ سوره طلاق به این معنی اشاره دارد که می فرماید: «خدا هیچ کس را جز آنچه توانایی داده تکلیف نمی کند و خداوند به زودی بعد هر سختی آسانی قرار می دهد»، پس خداوند هیچ کس را تکلیف مالا یطاق نمی کند، هر کسی را به قدر تواناییش تکلیف می فرماید، پس زمانی که زن در زندگی زناشویی دچار عسر و حرج و مشقت گردد، هیچ تکلیفی ندارد که این زندگی را ادامه دهد و برای رهایی و بیرون آمدن از سختی و تنگنا، حق طلاق بر مبنای قاعده عسر و حرج برای وی در نظر گرفته شده است.

#### ۵-۷-۱-۲. مبانی در سنت

روایات فراوانی وجود دارد که مبنای قاعده عسر و حرج قرار گرفته است که احادیث و روایات موجود به ترتیب ذکر خواهد شد.

- روایت عبدالعلی مولی آل سام که در این روایت از امام صادق (ع) پرسیده می شود: «که کسی به زمین خورد و ناخن جدا شده و انگشت خود را با پارچه بسته، حال چگونه باید وضو بگیرد؟ امام (ع) می فرماید: حکم این قضیه و نظایر از کتاب خدا روشن می شود، زیرا خداوند فرمود که در دین بر شما حرجی قرار داده نشده، پس بر آن مسح کن.» از این پاسخ امام نکات زیر استنتاج می شود (۱۱):

مطابق روایت «العسر یفسد الأخلاق، سهل یدرالأرزاق؛ سخت گیری خصلت ها را فاسد می کند و سهل گرفتن روزی ها را روان می کند»، یعنی سخت گیری بر اهل و عیال و یا کسی که طلبی از او باشد یا معامله ای با او کند، اخلاق را فاسد می کند، پس باید از آن احتراز کرد و قدری تساهل و تسامح در آن ها نمود. روایات و احادیث ذکر شده، از جمله مشهورین روایات و احادیث در مورد قاعده نفی عسر و حرج می باشد و روایات دیگری مبنی بر این قاعده وجود دارد (۱۲).

**۵-۷-۱-۳. اجماع**

اجماع فقهای امامیه که برگرفته از سنت معصومان نیز بر نفی احکامی قرار گرفته که موجب عسر و حرج مکلف می‌شوند، اما نظر به اینکه به اعتقاد امامیه، اجماع فقط در صورتی از ادله اربعه و ردیف کتاب سنت و عقل به عنوان مبنای احکام شرعی به شمار می‌رود و واجد حجیت است که کاشف از رأی معصوم باشد (۱۳).

**۵-۷-۱-۴. عقل**

اگر تکلیفی خارج از طاقت انسان باشد و یا موجب برهم خوردن نظام زندگی فرد و جامعه گردد، عقل چنین حکمی را نفی می‌کند، اما در بحث از مبنای عقلی قاعده عسر و حرج، بحث از عسر و حرجی که از طاقت بشر بیرون باشد و باعث اختلال نظام زندگی شود به هیچ وجه مطرح نیست، زیرا منظور از عسر و حرج در این قاعده، عسر و حرجی است که در محدوده طاقت بشر است، اما عادتاً تحمل آن سخت است و موجب قرار گرفتن مکلف در تنگنا و مضیقه می‌باشد، بدین ترتیب در این موارد، دلیل عقل باید به بیان قبح چنین تکلیفی بپردازد، نه اینکه مثبت نفی احکام خارج از طاقت انسان باشد. گروهی معتقدند قاعده نفی عسر و حرج قاعده‌ای عقلی است و بنای عقلا موید آن است (۱۴).

**۵-۷-۲. مبانی لاضرر**

بعد از بیان مصادیق لاجرح در گفتار قبلی در این قسمت به بیان مبانی لاضرر پرداخته شده است.

**۵-۷-۲-۱. عقل**

پشتوانه قاعده لاضرر ادله چهارگانه است. قاعده مزبور علاوه بر مستندات شرعی دارای دلایل عقلی محکم نیز هست. به بیان دیگر مدلول این قاعده جزء مستقلات عقلی است، زیرا عقل و منطق زندگی اجتماعی حکم می‌کند اگر قانونی از اضرار به غیر و ضرر به خویشتن جلوگیری نکند، زندگی اجتماعی امکان‌ناپذیر خواهد بود (۱۵).

**۵-۷-۲-۲. قرآن**

در قرآن آیاتی وجود دارد که به واژه ضرر و مشتقاتش احکامی را ارئه کرده که لاضرر را به صورت یک قاعده می‌تواند تثبیت کند، «لا تضار والدۀ بولدها و لا مولود له بولده» به عنوان مثال مادر با شیرندادن به کودکش موجبات اضرار به پدر را فراهم نکند و پدر نیز فرزند را در دوران شیردهی کودک از مادرش جدا نکند که موجبات ناراحتی مادر را فراهم نماید. نه مادر به خاطر اختلاف با پدر حق دارد به کودک ضرر زند و نه پدر به خاطر اختلاف با مادر، یعنی پدر و مادر به خاطر اختلاف نباید سرنوشت کودک را وجه المصلحه قرار داده و به او ضرر وارد کند (۱۵).

**۵-۷-۲-۳. روایات**

یکی از مشهورترین قضایای قاعده لاضرر قضیه سمره بن جندب با مرد انصاری است (۱۶). این حدیث به سه نحو خوانده شده است: «لاضرر و لاضرار»، «لاضرر و لاضرار فی الاسلام» و «لاضرر و لاضرار علی مؤمن» آنچه مسلم و متواتر و در سه نوع قرائت مشترک است، نحوه اول است و دو نحوه دیگر به حد تواتر نرسیده، بنابراین بهتر است همان قرائت نوع اول نقل و از انتساب آنچه مورد تردید است، خودداری شود، لذا عمده در مقام این قاعده تتبع در معانی و مفاد کلمات «ضرر و ضرار» در حدیث است، چراکه ذکر معانی «علی مؤمن» و «فی الاسلام» - بنا بر فرض ثبوت هر یک - تأثیری در بحث اصلی قاعده، یعنی نفی ضرر و ضرار ندارد و معانی آن‌ها واضح است (۱۳).

**۵-۷-۲-۴. اجماع**

از جمله ادله‌ای که برای قاعده لاضرر اقامه شده اجماع فقهای امامیه، بلکه اجماع فقهای اسلام بر حجیت قاعده است (۱۳).

**۵-۸. تعارض لاضرر (حق حبس زوجه) و لاجرح (عدم****تمتع زوج)**

اگر زوجه قادر به اعمال حق حبس خود نباشد، ضرری ناروا بر وی تحمیل خواهد شد، در مقابل، در صورتی که زوج نیز پس



دارد، مثلاً از نظر شیخ انصاری در معنای نفی است، یعنی دین اسلام احکامی که به ضرر اشخاص باشد، صادر ننموده است، می‌توان به عنوان مثال از معامله غبنی اسم برد که چون به ضرر شخصی است که فریب خورده است، نفی شده یا مثلاً در خصوص وضو اگر برای کسی که می‌خواهد وضو بگیرد، ضرر داشته باشد، نیازی به وضو گرفتن نیست، آخوند خراسانی نیز معتقد است که مفهوم حدیث لاضرر و لاضرار نفی حکم است به لسان نفی موضوع، یعنی مثلاً در معامله غبنی، خود معامله، زیان‌آور نیست، بلکه اعتقاد به در بیع ضرری، لزوم آن زیان‌آور خواهد بود. از دیدگاه آخوند خراسانی ضرر از بیع ناشی نمی‌شود، بلکه ضرر از اعتقاد به صفت لزوم بیع ناشی می‌شود، زیرا حکم به لزوم بیع غری است که موجب ضرر است، بنابراین طبق قاعده لاضرر برداشته می‌شود (۱۷).

- نفی ضرر غیر متدارک: مفهوم نظریه ضرر غیر متدارک یا لاضرر این است که هر شخصی به دیگری خسارت ضرری زد، باید جبران ضرر و زیان نماید و اگر شخصی مالی از دید دیگری به هر نحو خارج نمود و عوض آن مال را برنگرداند و خسارت را جبران ننماید، این خسارت و ضرر به حساب می‌آید و چون دین اسلام نافی این خسارت‌ها است، پس حتماً باید راهی برای جبران خسارت باشد، لذا اگر کسی علم به فریب در معامله ندارد و مبیع را با عوض خیلی کمتری از میزان ارزش واقعی خود به خریدار بفروشد، پس در اینجا متحمل ضرر شده و از طریق یکی از اختیارات قانونی به نام خیار غبن می‌تواند معامله را بر هم زند (۱۷).

- نهی حکومتی: عده‌ای عنوان نموده‌اند که هر چند این قاعده لاضرر مانند احکام قضایی است، اما نبی مکرم اسلام صرفاً برای حل اختلاف این حکم را نداده، چراکه مبنای این حکم همان قضیه سمره بن جندب بوده که همسایه بابت رفتار سمره شاکی شده و درخت متعلق به یکی و زمین مال دیگری بوده و در آن‌ها اختلافی وجود نداشته است، پس پیامبر (ص) با یک حکم حکومتی اشخاص را از ضرر و زیان و خسارت بر دیگران منع کرده است (۴).

- عدم امضای شارع در اضرار به غیر: عده‌ای اصولاً ضرر و حکم ضرری در اسلام را سالبه به انتفاع موضوع می‌دانند و آن را

از اثبات اعسار همچنان قادر به تمتع از زوجه نباشد، ممکن است دچار عسر و حرج شود، لذا این مورد از موارد تعارض لاضرر و لاجرح است، اما در ابتدا باید دید که لاضرر و لاجرح چه نوع قاعده‌ای هستند، سپس نظریات موجود در تعارض آن‌ها را مورد بررسی قرار داد و سپس به بررسی وضعیت در اعمال حق حبس، تمکین و... پرداخت.

### ۵-۸-۱. محل اعمال لاضرر و لاجرح

در این قسمت سعی شده است که محل اعمال دو قاعده لاضرر و لاجرح را مورد مطالعه قرار دهیم که به شرح ذیل تشریح می‌نماییم.

### ۵-۸-۱-۱. لاضرر

شیخ انصاری، در مورد قاعده لاضرر (حدیث لاضرر و لاضرار) معتقد است که هر حکمی که از سوی شارع وضع گردد و مستلزم ضرر باشد، چه ضرر بر شخص مکلف باشد یا بر دیگری، در اسلام نفی شده است. لا در لاضرر در معنای نفی جنس به صورت حقیقی به کار رفته است. این دیدگاه که در عالم بیرون در اسلام ضرری وجود ندارد، فقط بر این اساس که قاعده لاضرر از قواعد اسلام است صحیح نیست، یقیناً ضرر واقعیت دارد و انسان‌ها همیشه به روش‌های مختلف به یکدیگر خسارت وارد کرده‌اند فقیهان سعی نموده‌اند به گونه‌ای که به نظر خداوند نزدیک باشد حدیث لاضرر را تفسیر و تبیین نمایند. در اینکه آیا کلمه «لا» در قاعده لاضرر نافیه است یا ناهیه، در بین فقها مورد بحث و گفتگو است. برای روشن شدن معنای حدیث بهتر است اقوال مختلف اصولیین و فقها را در مورد مفاد حدیث بیان نماییم. در معنای حدیث «لاضرر» چند احتمال و به عبارتی چند قول وجود دارد:

- نفی حکم ضرری: بر اساس این دیدگاه، معنای حدیث «لاضرر و لاضرار» این است هیچ حکمی از طرف شارع وضع نشده است که متضمن ضرر باشد، اگر مضر باشد، مانند از دست‌دادن زندگی یا عدم آن حکم آن بر اساس قانون عدم ضرر حذف خواهد شد، البته در خصوص مفهوم لا در ابتدای حدیث که نفی‌کننده است یا نهی‌کننده اختلاف نظر وجود



منوط به این است که وظایف شارع کان لم یکن گردد و این قاعده یک نشانه و برهان برای فقیه به حساب نمی‌آید که بتواند آن را در موارد حرجی تعمیم دهد و ارزش آن در اندازه اصول عملیه است و اگر برهان و وظیفه‌ای از طرف شارع وجود نداشته باشد، اصل برائت حاکم می‌گردد.

از نظر دانشمندان امامیه، اشکال مختلفی در اعمال وجود دارد: ۱- وظایفی که متعهد تحمل آن را ندارد؛ ۲- وظایفی که تحمل آن‌ها باعث اختلال در سیستم می‌شود؛ ۳- وظایفی که به خسارت به مال، جان و شهرت نیاز دارد؛ ۴- وظایفی که باعث سختی می‌شود و متعهد را در تنگنا قرار می‌دهد. قسم اول که به حد فوق می‌رسد، بحثی نیست و قول مساعد و انکار مسأله حسن را می‌دهد و زشتی فکری سرچشمه می‌گیرد که مورد حمایت علمای اشعری است؛ نوع دوم نیز به این دلیل است که وظایفی که سیستم را مختل می‌کنند، نیازی به استدلال ندارند، چون خلاف شرع است، از بحث ما خارج است؛ نوع سوم مربوط به قانون عدم آسیب است که در آنجا بحث شده است؛ آنچه در این قانون بحث شده است، این سوگند چهارم است (۱۹).

فلذا چنانچه شخصی به قرارداد پایبند نباشد، نباید قائل به عدم پذیرش جبران خسارت باشیم، چراکه برای شخصی که با احتساب منافع خود اقدام به قرارداد با شخصی می‌نماید، عملاً با عدم پذیرش مطالبه منافع ناشی از نقض قرارداد تنگی و سختی مشقت‌آوری بر وی حاکم می‌شود که چنین حالتی را می‌توان در حقوق ایران مطابق قاعده نفی عسر و حرج منتفی دانست.

### ۵-۸-۱-۳. تعارض دو لاضرر

در تعارض دو لاضرر، عمده نظریات بر تساقط هر دو لاضرر است. برای مثال یکی از فقهای معاصر در این خصوص و در تعارض دو لاضرر میان حفر چاه که موجب ضرر دیگری شود و عدم حفر آن که موجب ضرر مالک می‌شود، بیان داشته:

سه تن از فقهای امامیه در این زمینه اجماع نموده‌اند به این شکل که: چنانچه صاحب ملکی در ملک متعلق به خویش چیزی بنا نماید که سبب ضرر به غیر باشد، طوری نیست، یا

فاقد مشروعیت می‌دانند و اصولاً چه در زمان تقنین چه در اجرا برای آن مشروعیت قائل نیستند، دلیلشان این است که شارع آن را تأیید نکرده است، در خصوص این موضوع باید گفت که قانون دین اسلام دارای دو پروسه است: اول تقنین؛ دوم اجرا و حدیث فوق شامل این مطلب است اگر در زمان تقنین یک قانون هم هیچ ضرری وجود نداشته باشد، ولی در هنگام اجرا باعث زیان گردد این حدیث وارد شده و مصداقی آن را نفی می‌کند، مثل وضوگرفتن که به طور کلی فاقد ضرر است، اما اگر هنگام وضو شخصی متحمل ضرر شود، واجب بودن وضو منتفی است. به نظر می‌رسد که مفاد قاعده لاضرر و حدیث معروف لاضرر و لاضرار آن است که ضرر در اسلام مشروعیت ندارد و مرحله تشریح و اجرای قواعد و قوانین را شامل می‌گردد. به عبارت دیگر، پیامبر (ص) ضرر را در مرحله قانونگذاری منتفی دانسته و در مرحله روابط بین اعضای جامعه، اگر شخصی به دیگری آسیب برساند، توسط شرع امضا نمی‌شود. به گفته یکی از حقوقدانان اولاً، کلمه «لا» در عبارت «بی‌ضرر» و «بی‌ضرر» قابل اغماض است، نه ناحیه؛ ثانیاً مختص آسیب شخصی نیست، بلکه نوعی آسیب کلی است و شامل انکار ضرر عمومی و مهربانی. در قوانین اساسی اسلام، این اصل عدم آسیب‌رساندن به طور کلی و همچنین در روابط رعایت می‌شود. از نظر اجتماعی، هیچ عمل مضری توسط شرع مقدس امضا نشده است (۱۸).

### ۵-۸-۱-۲. لاجرح

در خصوص قاعده لاجرح فقیهان شیعه در چهار دسته تقسیم می‌شوند: اول عده‌ای این قاعده را جز قواعدی به شمار می‌آورند که عقل آن‌ها را پذیرفته و در خصوص آن حکم کرده و غیر قابل تخصیص است صاحب فصول از جمله این دسته است؛ دوم عده‌ای برعکس می‌گویند که خیلی از موردها با تخصیص شدن از شمول آن خروج پیدا می‌کند و این فراوانی باعث بی‌اعتباری قاعده شده و نمی‌شود آن را مستدل به حساب آورد، مثل بعضی از بزرگان که می‌گویند قاعده قرعه بدین صورت است؛ دسته سوم نیز کلاً منکر وجود این قاعده شده و لفظ حرج را اجمال می‌دانند، از طرفی این قاعده هم

وی، حبس زوجین موجب سقوط حق می‌شود (۲۴)؛ نظریه دوم اما معتقد است که در صورت اعسار زوج، تکلیفی بر عهده وی نبوده، لذا حبس زن بی‌معنا خواهد بود. در این خصوص بیان شده: «استنباط اینکه مهریه نیز بر کل مهریه اطلاق می‌شود و ادعای اینکه پرداخت قسمتی نمی‌تواند نافی حق حبس زوجه گردد، اول الکلام است، بلکه ادعای بدون دلیل است. اینکه گفته تصمیم دادگاه مبنی بر تقسیط مهریه وصف حال بودن مهریه که در زمان عقد نکاح طرفین بر آن توافق دارند، نمی‌تواند تبدیل به مؤجل نماید، این هم صحیح نیست، چون وصف حال بودن مهریه و توافق طرفین بر آن شامل صورت اعسار نمی‌شود و مهریه‌هایی که در دهه‌های اخیر در دفترچه‌ها ذکر می‌شود نوعاً امکان پرداخت به صورت حال را ندارند و توافق نیز معلوم نیست، بلکه عندالقدره و الاستطاعه است. اینکه انتشار قانون دلیل بر علم به قانون است و یا حق مکتسب است، تردیدی در حق مکتسب بودن نیست، بلکه فرض تقسیط توسط مرجع ذی‌صلاح است و حقی نیز ضایع نمی‌شود. چطور عدم بضاعت زوج موجب می‌شود تا زوجه فرد غیر ملئی را زندانی کند. زندان کردن فردی که ملاتذات ندارد، خود خلاف شرع است و فرض این است که زوج از اول نیز واجد نبوده و یا دچار سانحه و حادثه شده، آیا باز حکم به محبوس کردن زوج می‌نماییم. این با سیاست‌های حبس‌زدایی نیز منافات دارد. در هر صورت نظر به جهات یادشده، نظر شعبه ششم دادگاه تجدید نظر استان اصفهان مورد تأیید است، سایر مسائل باید بر اساس مقررات دیگر پیگیری شود» (۲۵).

#### ۵-۹. رویه قضایی

در این محث به بررسی رویه قضایی در خصوص رابطه تمکین و حق حبس خواهیم پرداخت.

#### ۵-۹-۱. رابطه تمکین و حق حبس

در این خصوص رأی وحدت رویه ۷۰۸ دیوان عالی کشور را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

اگر چاه را بکند و موجب ضرر باشد، طوری نیست، ولی علت این نظریه را بیان نکرده‌اند (۲۰)، اما آن‌ها گفته‌اند که چون اسراف است، حرام است. ممکن است شخصی در اینجا بگوید که هیچ ضرری برای خود ندارد، این جریان نیست، مربوط به غیر جریان است، بنابراین نباید چاهی را برای فاضلاب حفر کند، حتی اگر برای خودش مضر باشد، اما گروهی که ادعای اجماع مانند مرحوم شیخ طوسی، ابن زهرا و صاحب سرایر را دارند و سپس پیشروی آن‌ها مانند علما، علامه و شهید، این یک واقعیت مشهور است که اگر به دو نفر آسیب برسد، آسیب رساندن به آن مجاز است که همسایه ضربه بزند. بنابراین او باید طبقه دوم ساختمان را بسازد تا خسارت را برطرف کند، حتی اگر این آسیب به همسایه باشد. این چیست و چه کاری باید انجام دهیم؟

برخی مانند مرحوم نائینی، مرحوم آقازاده عراقی، مرحوم کمپانی و امثال آن‌ها قاعده «مردم حاکم هستند» می‌گویند. «ما دارایی آن‌ها را داریم» (۲۱). این می‌تواند ثروت آن را تصاحب کند، حتی اگر به ضرر دیگری بخورد. بنابراین اجماع شیخ طوسی به این ترتیب اصلاح می‌شود، البته پس از شکست دو بی‌ضرر، گفته می‌شود که با ضرر و زیان خود ضرری از دست نمی‌دهد، وقتی سقوط می‌کند، تصرف در هیچ دارایی مجاز نیست. ما هیچ کس دیگری نداریم و مردم می‌توانند اموالشان را کنترل کنند (۲۲).

حال در خصوص بحث حق حبس، نظریه اول معتقد است که حق حبس تا پایان پرداخت اقساط از سوی زوج باقی است و با اثبات اعسار و یا آگاهی زن از آن از بین نمی‌رود.

دیوان عالی کشور، در رأی شماره ۷۰۸ مورخ ۱۳۸۶/۵/۲۲، حق همسر را در حبس تا زمان پرداخت کامل مهریه با این استدلال که در تصمیم دادگاه وضعیت مهریه را توافق کرده است، تأیید کرد. طرفین در زمان ازدواج به تعویق نمی‌افتد و همچنین تصمیم بعدی دادگاه در مورد اقساط نمی‌تواند حق تصرف زن را باطل کند. وی حقی را که شوهر با دانش و اطلاعات برای زن ایجاد کرده است، پذیرفته است (۲۳). اکثر اندیشمندان نیز بر این عقیده‌اند که زن حق حبس دارد، حتی با فرض اینکه شوهر در اسارت است. به عبارت دیگر از نظر

## ۵-۹-۱- رأی وحدت رویه

بررسی رأی وحدت رویه شماره ۷۰۸ دیوان عالی کشور در این خصوص به خوبی نشان‌دهنده اختلاف‌های موجود و نظریات مطرح است:

- گزارش پرونده‌ها: طبق محتویات پرونده کلاسه ۸۶-۱۲۲۰ شعبه ششم دادگاه تجدید نظر استان اصفهان، آقای بهنام توسلی فرزند عباس به طرفیت خانم الهه بابایی دارگانی فرزند نورالله به خواسته الزام به تمکین و ادامه زندگی مشترک اقامه دعوی نموده که موضوع در شعبه بیستم دادگاه عمومی حقوقی اصفهان به شرح ذیل به صدور دادنامه ۸۶۰۹۹۷۰۳۵۲۰۰۲۱ مورخ ۱۳۸۶/۵/۲۷ منتهی گردیده است: با عنایت به اینکه زوجه صراحتاً تمکین خود را منوط به دریافت کل مهریه نموده و به حق حبس استناد نموده است، نظر به اینکه نامبرده مهریه را مطالبه نموده و با احراز اعسار خواهان از پرداخت یک جای مهریه، حکم به تقسیط صادر شده و خواهان در حال پرداخت اقساط است و حسب استعلام از اجرای احکام، خوانده نسبت به وصول اقساط اقدام نموده است، لذا تمسک به حق حبس و اناطه تمکین به دریافت کل مهریه با وضعیت اعسار خواهان از پرداخت یک جای مهریه، که مدت‌ها طول خواهد کشید، عملاً موجب حرج برای زوج خواهد بود. نظر به اینکه حکم موضوع منوط‌نمودن تمکین، وصول مهریه در چنین حالتی اعسار خواهان و صدور حکم تقسیط به وسیله دادگاه در قانون مدنی مبهم است، لذا به استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی و با توجه به فتاوی مراجع عظام تقلید از جمله حضرات آیات محمدتقی بهجت، ناصر مکارم شیرازی، سیدعبدالکریم موسوی اردبیلی، حسین نوری همدانی، در این مورد حق حبس ساقط می‌گردد، لذا دادگاه دعوی خواهان را وارد دانسته، حکم به الزام خوانده به تمکین از زوج صادر و اعلام می‌گردد، این رأی در شعبه ششم تجدید نظر استان به موجب دادنامه ۱۳۷۰ مورخ ۱۳۸۶/۸/۱۳ به لحاظ اینکه با صدور حکم اعسار و تعیین اقساط برای پرداخت مهریه، زوج باید فقط اقساط معینه را پرداخت نماید و مهریه صرفاً نسبت به همان مقدار حال و مابقی مؤجل است و با وصف تقسیط مهریه شرط مذکور در قسمت اخیر ماده ۱۰۸۵ محقق نمی‌شود و زوجه نمی‌تواند از

حق حبس موضوع ماده مذکور استفاده نماید، مورد تأیید قرار گرفته است (۲۵).

به حکایت محتویات پرونده کلاسه ۸۶-۱۰۵ شعبه نوزدهم دادگاه تجدید نظر استان اصفهان، شعبه بیستم دادگاه عمومی و حقوقی، در مورد دعوی آقای سعید نفری فرزند کریم به طرفیت خانم بهناز الصاق شهرضا فرزند فضل‌الله، به خواسته الزام خوانده به تمکین، طی دادنامه ۸۶۰۹۹۷۰۳۵۲۰۰۷۰۹ مورخ ۱۳۸۶/۵/۲۵ عیناً با استدلالی که در دادنامه مذکور در بند اول این گزارش معروض گردیده است، حکم به الزام خوانده به تمکین از زوج و ایفای وظایف زوجیت، صادر نموده است که شعبه ۱۹ دادگاه تجدید نظر در مقام رسیدگی به تجدید نظرخواهی محکوم علیها، طی دادنامه ۷۵ مورخ ۱۳۸۶/۹/۴ به شرح ذیل اتخاذ تصمیم نموده است: با عنایت به اینکه در ابتدا مقنن در کنار ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی به صورت صریح به موضوع رسیدگی و تعیین تکلیف نموده است، لذا در مواردی که مهریه به صورت حال در سند نکاحیه قید شده باشد، به زن این اختیار داده می‌شود تا از ایفانمودن وظایفی که در برار همسر خود دارد امتناع نماید. بنابراین موضوع از شمول اصل ۱۶۷ قانون اساسی خارج بوده و به راحتی نمی‌توان با توجه به صریح‌بودن قانون و فتاوی که در این زمینه وجود دارد، غیر از حکمی که مقنن در این زمینه در نظر گرفته است، در نظر بگیریم؛ ثانیاً در ماده ۱۰۸۵ پرداخت‌نمودن مهریه مطلقاً عنوان گردیده است و پرداخت‌نمودن مقداری از آن نمی‌تواند حق بر حبس را نفی کند؛ ثالثاً تصمیمی که محکمه در این خصوص تقسیط‌نمودن مهریه اخذ می‌نماید وصف حال‌بودن مهریه را که در زمان منعقدشدن نکاح بر طرفین آن توافق نموده‌اند، به موجب تبدیل نمی‌شود؛ رابعاً با نشر قانون عالم‌بودن اکثریت جامعه نسبت به آن قانون فرض می‌گردد و با آگاه‌شدن به حق، زوجین عقد نکاح را امنعقد نموده‌اند و به عنوان یک حق مکتسبه برای زوجه، تصمیم بعدی محکمه مبنی بر اقساطی‌نمودن مهریه نمی‌تواند حق ذکرشده را تضییع نماید، علاوه بر این، زوج با علم و اطلاع از چنین حقوقی اقدام به تعیین مهریه نموده است و عدم بضاعت وی نمی‌تواند حق زوجه را در این خصوص ساقط نماید، لذا

ضمن نقض دادنامه معترض عنه حکم به رد دعوی صادر و اعلام می‌نماید (۲۵).

همانطور که ملاحظه می‌فرمایند، با استنباط از ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی از دو شعبه تجدید نظر استان اصفهان به شرح مرقوم آرای مختلف صادر گردیده که به استناد ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، تقاضای طرح موضوع را جهت بررسی و صدور رأی وحدت رویه قضایی دارد.

### ۵-۹-۱. رأی شماره ۷۰۸ مورخ ۱۳۸۷/۵/۲۲ وحدت

#### رویه هیأت عمومی

به موجب ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی 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. ضمناً در صورت احراز عسرت زوج، وی می‌تواند که مهر را به نحو اقساط پرداخت کند. با توجه به حکم قانونی ماده مذکور که مطلق مهر مورد نظر بوده و با عنایت به میزان مهر که با توافق طرفین تعیین گردیده، صدور حکم تقسیط که صرفاً ناشی از عسر و حرج زوج در پرداخت یک جای مهر بوده، مسقط حق حبس زوجه نیست و حق او را مخدوش و حاکمیت اراده وی را متزلزل نمی‌سازد، مگر به رضای مشارالیها، زیرا اولاً حق حبس و حرج دو مقوله جداگانه است که یکی در دیگری مؤثر نیست (۲۴)؛ ثانیاً موضوع مهر در ماده مزبور دلالت صریح به دریافت کل مهر داشته و اخذ 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 ۱۹ دادگاه تجدید نظر استان اصفهان که موافق با این نظر است منطبق با قانون تشخیص می‌شود. این رأی بر 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.

#### ۶. نتیجه‌گیری

در صورت پذیرش بقای حق حبس زوجه با صدور حکم تقسیط توسط دادگاه زوج در حرج واقع می‌شود. توضیح

مطلب اینکه فرض کنید مهریه تقسیط شده و ماهی یک سکه باید پرداخت گردد. برای مهریه هزار سکه‌ای هزار ماه طول می‌کشد حال آیا زوج باید صبر کند تا هزار ماه دیگر که زوجه تمام سکه‌هایش را گرفت تمکین کند؟ آیا این امر باعث حرج زوج نمی‌گردد؟ پس قاعده لاجرح نباید نادیده گرفته شود و در صورت قائل بودن به حرج زوجه این مسأله در تعارض با حرج زوج واقع شده و حاصل آن جز تساقط نخواهد بود و در نتیجه اصل تمکین زن نسبت به شوهر حاکم می‌شود. مضافاً اینکه ممکن است استدلال شود که آیا حرج زوج، باید موجب ضایع شدن حقوق زن گردد؟ در پاسخ باید گفت زوجه هر موقع بخواهد می‌تواند مهریه را مطالبه کند، پس حقی از زوجه ضایع نمی‌شود، وانگهی زنی که یکی از اهدافش در ازدواج تحصیل مال بوده، باید به خواستگاری جواب مثبت می‌داد که توانایی پرداخت مهریه به صورت یک جا را داشته باشد و اینک که بر علیه منافع و اهداف خود اقدام کرده، کسی در قبال او مسئولیت ندارد. به نظر می‌رسد که چاره کار در دست قانونگذار و اصلاح مقررات مربوط به مهریه به نحوی است که نخست: حق حبس مطابق نظریات فقهی که شرح آن گذشت محدود به تمکین خاص باشد تا این طریق اعمال حق حبس اساس زندگی مشترک را زیر سؤال نبرد؛ دوم: در مواردی که زوج دچار ایسار است، با پرداخت اقساط مهریه زوجه نیز مکلف به تمکین باشد و در مواردی که زوج از پرداخت اقساط خودداری نمود، زوجه نیز با استناد به حق حبس خود از حقوق خویش محافظت نماید. زمانی که مهریه مؤجل به اجل معین باشد بی‌تردید حق حبس زن از بین می‌رود، ولی در فرضی که پرداختن مهر منوط به استطاعت مالی شوهر شده است، دو اثر مهم در پی دارد: یکی اسقاط حق حبس موضوع ماده ۱۰۸۵ ق.م. به دلیل اقرار ضمنی زوجه به اعسار شوهر در حال عقد و دیگری عدم امکان حبس شوهر، این مسأله با تفسیر نظریه فقها بر موجد بودن مهر عندالاستطاعه نیز مطابقت خواهد داشت. در واقع عسر و حرج زوج حکم ثانویه بوده و از این حیث بر احکام اولیه حاکم خواهد بود.

اما در خصوص رویه قضایی یافته جدیدی که وجو دارد، بدین شرح است که در رویه قضایی نه تنها محدوده حق حبس را به

تمکین عام و خاص توسعه داده است، بلکه عدم استطاعت شوهر را نیز ساقط‌کننده حق حبس زن نمی‌داند، این در حالی است که امروزه سوءاستفاده‌های بعضی از زنان از حق حبس آشکار است. در این خصوص چنانچه، نکاح را عقدی معاوضی بدانیم و مهر را در آن عوض محسوب نماییم، با این ایراد رو به رو می‌شویم که زوج بدون دریافت هیچ‌گونه عوضی اقدام به اجرای تعهدات خود نموده است و اگر بپذیریم که مهریه عوض در عقد نکاح نیست، آنگاه چگونه است که زوجه می‌تواند با اعمال حق خود مانع تشکیل زندگی شده و در عین حال زوج را با ضمانت اجرای کیفری مهریه و... مواجه کند؟ آیا این برخلاف انصاف عدالت و ماهیت فقهی حقوقی عقد نکاح نیست که زوجه مهریه، نفقه و... را دریافت نماید و برای سال‌ها از هرگونه تمکینی خودداری نماید؟ قطعاً این مسأله برخلاف روح مقررات عقد نکاح است و رفع عسر و حرج یا ضرر از زوجه نباید منجر به ایجاد ضرر یا حرج برای زوج شود. بنابراین مشخص است که امروزه مهریه از ابعاد سنتی خود خارج شده و در بسیاری از موارد به ابزاری برای سوءاستفاده و فشار بر زوج تبدیل شده است که اتخاذ چنین رویکردی برخلاف مقررات موجود در خصوص مبانی خانوادگی و همچنین غیر مالی بودن عقد نکاح است. همین مسأله باعث شده تا برخلاف آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور، رویه قضایی به هر نحو تلاش کند تا از سوءاستفاده‌های مزبور پیشگیری نماید. بنابراین فرضیه‌ای که در ابتدا مطرح گردید، اثبات می‌گردد.

#### ۷. تقدیر و تشکر

از تمام عزیزانی که در تهیه و تدوین این مقاله مساعدت و همکاری نمودند، تقدیر و تشکر می‌کنم.

#### ۸. سهم نویسندگان

نویسنده دوم به عنوان نویسنده مسؤول و بقیه مؤلفین، به عنوان همکار در تدوین مقاله ایفای نقش نموده‌اند.

#### ۹. تضاد منافع

در این مقاله هیچ‌گونه تضاد منافی وجود ندارد.

**References:**

1. Safi Puri AR. Muntaha al-Arb in the language of the Arabs. Tehran: Chap Institute and Daneshgah Publications; 2010. (Arabic).
2. Naraqı A. Awad Al-Ayam in Explanation of the Rules of Provisions and the Tasks of Halal and Haram Issues. Qom: Islamic Media Bureau; 1994. (Arabic).
3. Mohaghegh Damad S. Family rights. 3rd ed. Tehran: Islamic Sciences Publishing; 2014. (Persian).
4. Makarem Shirazi N. Rules of Jurisprudence. Qom: Imam Ali School; 1991.
5. Tabatabai MH. Al-Mizan Fi Tafsir Al-Quran. 5th ed. Qom: Islamic Publishing Institute; 1997. (Arabic).
6. Ansari M. Fara'id Al-Osoul (Rasa'il), part 2. Isfahan: Seal of the Prophets; 2003. (Arabic).
7. Akhund Khorasani M. Kifayat al-Osoul. Qom: Masharegh; 1998. (Arabic).
8. Abolghasem SM. Al-Antisar. Qom: Islamic Publishing Institute; 1988. (Arabic).
9. Mohaghegh Damad SM. Rules of Jurisprudence. Tehran: Islamic Sciences Publishing Center; 2016. (Persian).
10. Kolini M. Al-Kafi by Mohammad Hussein Drayati. Qom: Dar al-Hadith Research Center; 2009. (Arabic).
11. Amadi A. Sharh Gharrahakum wa Daralkalam. Tehran: Islamic Farhang Publication Book; 2008. (Arabic).
12. Mousavi Bojnord M. Rules of Jurisprudence. Tehran: Majd; 2006. (Arabic).
13. Azimzadeh Ardabili F. Scope of application of the rule of hardship in the family legal system. *Jurisprudence and Family Law*. 2008;12(49):5-25. (Persian).
14. Wallaiy E. Jurisprudence Bases. Qom: Dar Al-Fikr, Chap Awal; 2008. (Arabic).
15. Maraghi Hosseini M. For titles of jurisprudence. Qom: Islamic Publication Institution; 1997. (Arabic).
16. Tabatabayi Yazdi SMK. Summil Al-Urwah Al-Wathqa. Qom: Al-Dauri Library; 1994. (Arabic).
17. Mashaikhi Q. Qaida Hai Fiqhi. Tehran: Samt publications; 2008. (Persian).
18. Fazel Lankarani MJ. Qaida Lahraj. Qom: Imam Athar Center; 2006. (Arabic).
19. Toosi A. Al-Mabsout fi Fiqh al-Imamiyya. Qom: Kitab Khana Mortazavi; 2008. (Arabic).
20. Ehsa'i I. Awali al-Laali al-Azizi fi al-Hadith al-Diniyyah. Qom: Sayyid al-Shuhada; 1983. (Arabic).
21. Khansari Najafi M. Moniyat Al-Talib fi Sharh Al-Makasib, Ayatollah Naini Lesson Reports. Qom: Bina; 1998. (Arabic).
22. Haghpanah R, Razavi SM, Razavi SA. Jurisprudential-legal study of the effect of husband's bondage on wife's imprisonment. *Journal of Legal Studies, Shiraz University*. 2017;9(2):117-46. (Persian).
23. Katozian N. Family Law. 1st ed. Tehran: Publishing Company; 2016. (Persian).
24. Zahedi A. Complete Collection of Unanimous Opinions of the Supreme Court. Tehran: Jangal Publications; 2015. (Persian).
25. Erfani T, Emami A. Asar in Judicial Procedure. Tehran Jangal Publications; 2013. (Persian).



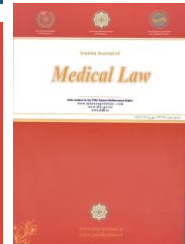


The Iranian Association  
of Medical Law

MLJ

Medical Law Journal  
2021; Legal Innovation

Journal Homepage: <http://ijmedicallaw.ir>



## ORIGINAL ARTICLE

# Basics of Conflict between Rule of Prohibition of Detriment (Right of Lien of Wife) and Prohibition of Constriction (Lack of Enjoyment of Husband) in Couples Relationships with an Emphasis on Jurisprudence

Hossein Khairkhan<sup>1</sup>, Seyed Abolghasem Naghibi<sup>2\*</sup>, Mohammad Sadegh Mosavi<sup>3</sup>

1. PhD Student, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

2. Associate Professor, Department of Jurisprudence and Law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran.

3. Associate Professor, Department of Jurisprudence and Law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran.

### ARTICLE INFORMATION

**Received:** 19 July 2021

**Accepted:** 28 November 2021

**Published online:** 9 March 2022

### Keywords:

Wife's Right to Imprisonment  
Harmless Rule  
Imminent Rule  
Judicial Procedure

### ABSTRACT

**Background and Aim:** Marriage has a special nature among contracts, which has made it very difficult to interpret the rules related to it. The right to imprisonment, which is commonly used in exchange contracts, has been interpreted differently in marriage. On the one hand, the realm of the right to imprisonment in relation to general and specific obedience, and on the other hand, the status of the couple's bondage and its effect on the right to imprisonment is a point of contention. Given the couple's remarriage based on a court order, this would preclude the wife from exercising her right to divorce, as stated in the marriage certificate, although there is disagreement as to the possibility of exercising the wife's right to divorce, with or without a court order. The purpose of this article is to analyze the conflict between harmless (wife's right to imprisonment) and harmless (husband's lack of pleasure) in the couple's relationship.

**Materials and Methods:** This descriptive-analytical article has been prepared using documentary method and filing tool.

**Results:** The findings indicate that, in the conflict between two unruly or one unruly and one harmless rules, the well-known view is that both are abrogated and refer to the basic arguments that the wife's right to imprisonment is maintained.

**Ethical considerations:** This article has been prepared and compiled in all stages of writing, adhering to the principles of honesty and trustworthiness.

**Conclusion:** The jurists have considered obedience in the discussion of the right to imprisonment as a special obedience. When the dowry is due, the wife's right to imprisonment will undoubtedly be lost, but if the payment of the dowry is subject to the husband's financial means, it will have two important effects. One is the abolition of the right to imprisonment, the subject of Article 1085 AH. M due to the implicit confession of the wife to the husband's marriage and the impossibility of imprisoning the husband. This issue will be consistent with the interpretation of the jurists' theory that the dowry is valid whenever possible and in a way removes the harmless conflict (wife's right to imprisonment) and no embarrassment (husband's lack of pleasure) in the couple's relationship. Imamiyya confirms this method.

### \* Corresponding Author:

Seyed Abolghasem Naghibi

**Address:** Department of Jurisprudence and Law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran.

**Postal Code:** 11576-13117

**Telephone:** 21-33566166

**Email:** da.naghibi@yahoo.com

© Copyright (2018) Iranian Association of Medical law, Tehran, Iran.

Cite this article as:

Khairkhan H, Naghibi SA, Mosavi MS. Basics of Conflict between Rule of Prohibition of Detriment (Right of Lien of Wife) and Prohibition of Constriction (Lack of Enjoyment of Husband) in Couples Relationships with an Emphasis on Jurisprudence. *Medical Law Journal* 2021; Legal Innovation.