

## بررسی حق و حکم در حضانت، نفقه و رجوع در طلاق

سیدمحمداسماعیل سیدهاشمی\*

زهراالسادات مرتضوی\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۳/۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۱۱/۸

### چکیده

یکی از موضوعاتی که در فقه اسلامی مطرح بوده و به ویژه در قرون اخیر مورد توجه خاص فقها و حقوق دانان اسلامی قرار گرفته، معنا و ماهیت «حق» و «حکم» و نقش کاربردی‌اش در تبیین برخی مسائل فقهی و حقوقی است. به رغم اهمیت این مساله و نقش مهمش در استنباط و تبیین برخی احکام فقهی و حقوقی، به نحو تحلیلی کم‌تر به ابعاد این موضوع و تطبیق آن با مصادیق حقوقی پرداخته شده است؛ لذا در این نوشتار تلاش شده تا در معنا و ماهیت حکم و حق و ویژگی‌ها و ملاک تمایز آن‌ها و ثمرات فقهی و حقوقی مساله تحقیق بیشتری شود و به عنوان نمونه نتیجه‌ی فقهی و حقوقی این بحث در سه موضوع مهم خانوادگی حضانت، نفقه و رجوع در طلاق که آثار اجتماعی و حقوقی مهمی نیز دارد مورد مطالعه قرار گیرد.

**کلیدواژگان:** حق، حکم، اسقاط حکم، انتقال حکم، حضانت، نفقه، رجوع.

### مقدمه

«حق» و «حکم» دو موضوع مرتبط با یکدیگرند که در عبارات فقهی شیعه و سنی و علمای حقوق در برخی مباحث فقهی و حقوقی پیرامون آن‌ها سخن به میان آمده است. هرچند در عبارات و کلمات فقهی پیشین، مطالب ارزنده‌ای در این زمینه وجود دارد ولی به مرور زمان و به لحاظ نقشی که این موضوع در برخی مسائل و مشکلات فقهی داشته، این بحث به ویژه از دوره‌ی مرحوم شیخ انصاری (ره) و شاگردان وی، عمومیت و گسترش قابل توجهی یافته است.

---

\*استادیار دانشکده الهیات و ادیان دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول). M\_hashemy@sbu.ac.ir  
\*\*کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد مشهد.

علاوه بر خود شیخ، شاگردان برجسته‌ی مکتب وی؛ از قبیل سیدمحمد آل بحر العلوم، شیخ محمدهادی تهرانی، آخوند ملامحمد کاظم خراسانی و سیدمحمد کاظم طباطبایی یزدی، بررسی‌های مستقل و جامع‌تری در این زمینه انجام می‌دهند تا بدان جا که شارحان و حاشیه‌نویسان کتاب مکاسب در آغاز مبحث بیع و خیارات به بررسی مفهوم حق و حکم و تفاوت آن دو پرداخته‌اند.

این پژوهش حق و حکم را از ابعاد فقهی مورد مطالعه قرار داده و با توجه به گستردگی و پراکندگی مسائل حق و حکم و دامنه‌دار بودن مباحث مرتبط با آن‌ها، تنها اهم مسائل مطرح شده را تبیین نموده و در نهایت برخی از مصادیق مشتبه بین حق و حکم را در مبحث عقد نکاح و طلاق مورد بررسی قرار می‌دهد.

در گفتار نخست مفهوم حق و تکلیف، ویژگی‌های هر کدام و راه‌حل‌های فقهی و حقوقی در موارد مشتبه به نحو مختصر بررسی شده و در گفتار دوم به نقش این بحث در برخی مصادیق فقهی و حقوقی (حضانت، نفقه و رجوع در طلاق) پرداخته شده است.

## گفتار اول - مباحث مربوط به حق و حکم

### مبحث اول: مفهوم حق و حکم

#### الف - مفهوم حق

بررسی کاربردهای واژه‌ی «حق» در متون عربی نشان می‌دهد این واژه در معانی متعدد و گوناگون استعمال شده است، از جمله اسم‌الله، قرآن، نقیض باطل، اعتقاد یا گفتار مطابق با واقع، امر ثابت و لازم، سزاواری، یقین، نصیب و بهره، ثبوت و وجوب، خصومت و دشمنی، شدت و محکم‌کاری، عدل.<sup>۱</sup> در زبان فارسی واژه‌ی حق، هم با فعل «بودن» به کار می‌رود، هم با فعل «داشتن». «حق بودن» به معنای مطابق با واقع بودن، ثبات و واقعیت داشتن است و «حق داشتن» به معنای برخورداری از یک امتیاز، امکان و قدرت انتخاب است.

<sup>۱</sup> ابن منظور، لسان‌العرب، جلد ۱۰، بی‌جا، ادب‌الحوزه، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق، ص ۴۹.

### حق از منظر فقها

با تتبع در آرای فقها می‌توان گفت چند نظریه‌ی اساسی در این باره مطرح است که در این جا به اختصار بدان‌ها اشاره می‌شود:

#### ۱- نظریه سلطنت

به نظر می‌رسد شیخ انصاری نخستین فقیهی است که تعریفی از حق ارائه داده است. وی حق را «سلطنت فعلی» می‌داند.<sup>۱</sup> محقق ایروانی نیز، حق را نوعی سلطنت یا سلطه می‌داند. وی تفاوت بین ملک و حق را در توسعه و تضییق دایره‌ی سلطنت نسبت به شی می‌داند. به این معنی که اگر شی از جمیع جهات متعلق سلطنت شخص باشد، ملک است و اگر از برخی جهات تحت سلطنت باشد، حق خواهد بود.<sup>۲</sup> امام خمینی نیز این نظر را به مشهور فقها نسبت می‌دهد.<sup>۳</sup>

#### ۲- نظریه ملک

برخی از فقها، حق را مرتبه‌ی ضعیفی از ملک می‌دانند. میرزای نائینی(ره) در برخی عباراتش، حق را ملکیت ناقصه یا مرتبه ضعیفی از ملک دانسته است. وی می‌گوید: «حق به معنای خاص، عبارت است از اضافه‌ی ضعیفی که برای صاحب حق موجود است و مرتبه‌ی قوی آن، مالکیت عین است و مرتبه‌ی متوسط آن مالکیت منفعت است».<sup>۴</sup>

مرحوم سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی(ره) می‌نویسد: «حق مرتبه‌ی ضعیفی از ملک بلکه نوعی از آن است و صاحب حق مالک است بر چیزی که زمام امر آن به دست اوست چنان که در ملک، مالک آن زمام امر عین یا منفعت را به دست دارد».<sup>۵</sup>

<sup>۱</sup> انصاری، مرتضی، مکاسب، جلد ۳، قم: مجمع‌الفکرالاسلامی، ۱۳۷۸، ص ۹.

<sup>۲</sup> ایروانی، علی، حاشیه مکاسب، جلد ۱، بی‌جا، ۱۳۷۳، ص ۷۳.

<sup>۳</sup> موسوی خمینی، روح‌الله، کتاب البیع، جلد ۱، تهران: نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۳۷۹، ص ۲۲.

<sup>۴</sup> نائینی، منیه‌الطالب فی شرح‌المکاسب، جلد ۱، بی‌تا، ص ۱۰۶.

<sup>۵</sup> طباطبائی یزدی، محمدکاظم، حاشیه مکاسب، قم: اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۳۷۸، ص ۲.

### ۳- نظریه اعتبار

برخی از فقهای شیعه، قوام حق را به اعتباری بودن آن دانسته‌اند. نخستین فقیهی که حق را به طور روشن، به اعتبار تعریف نموده و قوام آن را به اعتبار دانسته، مرحوم آخوند خراسانی (ره) است. ایشان در حاشیه‌ی مکاسب می‌گوید: «حق اعتبار خاصی است که آثار مخصوص به خود را دارد و سلطنت از جمله‌ی آثار آن می‌باشد، مانند سلطنت بر فسخ در حق خیار یا توانایی بر تملک به عوض در حق شفعه»<sup>۱</sup>.

بر اساس این نظر، «حق» خود یک مفهوم مستقل و اصیل است و لازم نیست به یکی از مفاهیم ملک یا سلطنت تاویل گردد. به بیان حضرت امام خمینی (ره) که چنین نظری را پذیرفته، حق، ماهیتی اعتباری است که در همه‌ی موارد استعمالش از معنای واحدی برخوردار است؛ به عبارت دیگر حق، مشترک معنوی میان مصادیق مختلف آن است. وی شاهد بر این ادعا را علاوه بر فهم و ارتکاز عقلا، صدق حق در مواردی می‌داند که نه ملک بر آن‌ها صدق می‌کند و نه سلطنت؛ برای مثال، کسی که به مکانی از مسجد و یا دیگر مکان‌های موقوفه یا مباح سبقت گیرد، بدون شک آن مکان ملک وی نمی‌گردد اما برای وی حقی نسبت به آن مکان ایجاد می‌شود. همچنین حق تحجیر و حق سوگند و حق قذف که اگر به صغیری انتقال یابد، وی هیچ‌گونه سلطنتی بر تصرف در این حقوق ندارد؛ بلکه سلطنت بر آن‌ها مربوط به ولی شرعی یا قانونی است اما وی دارای حق است.<sup>۲</sup>

با عنایت به تعاریف ارائه شده از حق می‌توان گفت «حق»، امتیازی است که با در نظر گرفتن وصف صاحب حق که حاکی از رابطه و علاقه‌ی او با متعلق و مورد حق است، اعتبار می‌شود.

### ب- مفهوم حکم

«حکم» در اصطلاح اهل لغت اطلاقاتی دارد از قبیل منع، علم، عدل و قضا.<sup>۳</sup> به نظر می‌رسد

<sup>۱</sup> آخوند خراسانی، محمدکاظم، حاشیه مکاسب، تهران: وزارت ارشاد اسلامی، چاپ، اول ۱۴۰۶ ق، ص ۴.

<sup>۲</sup> موسوی خمینی، پیشین، صص ۳۸ و ۴۱.

<sup>۳</sup> ابن منظور، پیشین، جلد ۱۲، ص ۱۴۲.

بارزترین معنای آن که در دیگر معانی و اطلاقات حکم نیز ثابت است، مفهوم «منع» است. راغب اصفهانی مفهوم منع را به قصد اصلاح مقید کرده و می‌گوید: «معنای اصلی حکم، منع برای اصلاح است»<sup>۱</sup>.

تعریف اصطلاحی «حکم» بین مشهور اصولیون و فقهای شیعه و اهل سنت، به خصوص در مصادر و منابع اولیه‌ی اصول، تا حدود زیادی مورد اتفاق است و تنها در مواردی جزئی، تفاوت‌هایی دیده می‌شود. البته به‌رغم این اتفاق نظر، تعریف قدما در دوره‌ی اخیر و معاصر با اشکالات و نقدهای جدی مواجه شده است. قدیمی‌ترین منبع شیعی که تعریف جامعی از حکم شرعی و اقسام آن ارائه نموده و باب بحث پیرامون ماهیت حکم شرعی و مسائل مربوط به آن را باز کرده و به تبع آن، دیگر اصولیون و فقها نیز این مسأله‌ی مهم را مورد توجه قرار داده‌اند، «مبادی الوصول الی علم الاصول»، علامه حلی (۷۲۶-۵۶۴۸ ه. ق) است. وی در این اثر در تعریف حکم شرعی چنین می‌گوید: «حکم، خطاب شرع است که به اقتضا یا تخییر یا وضع به افعال مکلفین تعلق می‌گیرد»<sup>۲</sup>.

متأخرین از این تعریف اعراض نموده و عنصر اساسی حکم شرعی را جعل یا اعتبار صادر از جانب شارع دانسته‌اند که به افعال مکلفین تعلق یافته است.

میرزای نائینی با تأکید بر این که مجعولات شرعیه تماماً، اعم از احکام تکلیفی و وضعی، از امور اعتباری‌اند، می‌فرماید: «مراد از احکام تکلیفی مجعولات شرعی هستند که بالذات و بدون واسطه به افعال مکلفین تعلق می‌گیرند و در پنج قسم منحصرند»<sup>۳</sup>. بنابر این، از نظر میرزای نائینی و برخی دیگر، عنصر اساسی حکم، مجعولیت و اعتبار آن از ناحیه‌ی شارع است. یکی از محققان معاصر بیان داشته است: «حکم تکلیفی، اعتبار صادر از مولی از حیث اقتضا و تخییر است و آن دسته از احکام که عاری از حیثیت اقتضا و تخییر می‌باشند، تماماً از احکام وضعی‌اند»<sup>۴</sup>.

<sup>۱</sup> الراغب الاصفهانی، المفردات، بیروت: دارالمعرفه، بی تا، ص ۱۲۶.

<sup>۲</sup> علامه حلی، ابی منصور حسن بن یوسف، مبادی الاصول، بی‌جا، مکتبه‌الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۴ ق. ص ۸۳.

<sup>۳</sup> نائینی، میرزاحمدحسین، فوائداصول، جلد ۴، بی‌جا، نشراسلامی، ۱۴۰۴ ق، ص ۱۴۰.

<sup>۴</sup> موسوی خوئی، ابوالقاسم، مصباح‌الاصول، جلد ۲، قم: مکتبه‌الداوری، چاپ پنجم، ص ۹۲.

شاید بتوان حکم شرعی را به اختصار این‌گونه تعریف کرد: امری است که شارع مقدس آن را بر عهده‌ی مکلف انشا و اعتبار کرده است.

## مبحث دوم: ویژگی‌های حق و حکم

### الف - حق

۱- اسقاط‌پذیری: یکی از ویژگی‌های اساسی و احکام اولیه‌ی حقوق که مورد تسالم و اتفاق فقهای شیعه و علمای حقوق قرار گرفته، اسقاط‌پذیری یا جواز اسقاط حق است. این ویژگی تا جایی اهمیت یافته که این سخن؛ «ان لكل ذي حق اسقاط حقه»<sup>۱</sup> به عنوان یک قاعده‌ی فقهی پذیرفته شده است.

این ویژگی، به‌رغم اتفاقی بودن آن، از جانب بعضی فقها مورد اشکال واقع شده است؛ زیرا به اعتبارات حقوقی نیز حق اطلاق گردیده است که اسقاط‌پذیر نمی‌باشند؛ از قبیل حق حضانت، حق ولایت و حق وصایت.<sup>۲</sup> در مقابل، بعضی از بزرگان، مانند میرزای نائینی و امام خمینی، بر این عقیده‌اند که قابلیت اسقاط، ویژگی اساسی و تفکیک‌ناپذیر هر حقی است اما اگر چیزی عنوان حق را داشته باشد ولی در عین حال، قابلیت اسقاط را دارا نباشد، در واقع از جمله‌ی احکام است نه حقوق.<sup>۳</sup> به تعبیر میرزای نائینی، «قوام حق به قابلیت آن برای اسقاط است برخلاف حکم که چنین نیست».<sup>۴</sup> پس حقوقی مانند حق ابوت و حق ولایت و حق وصایت در زمره‌ی احکام‌اند نه حقوق.

۲- نقل‌پذیری حق: از جمله ویژگی‌های اساسی حقوق که فی‌الجمله در بعضی از آن‌ها ثابت است، قابلیت نقل به واسطه‌ی اسباب نقل است. این ویژگی برخلاف اسقاط‌پذیری حقوق، نسبت به تمامی آن‌ها عمومیت ندارد و از میان فقها کسی نگفته است که تمامی حقوق قابل نقل می‌باشند. علاوه بر این، بعضی از حقوق به نظر برخی از فقها نقل‌پذیر است در حالی که بعضی دیگر نقل‌پذیر بودن آن‌ها را نپذیرفته‌اند.

<sup>۱</sup> حکیم، سیدمحسن، نهج‌الفقاهه، جلد ۱، بی‌تا، ص ۸.

<sup>۲</sup> آل بحر العلوم، سیدمحمد، بلغه‌الفقیه، تهران: مکتبه‌الصادق، چاپ چهارم، ۱۳۶۲، ص ۵.

<sup>۳</sup> موسوی خمینی، پیشین، ص ۳۷.

<sup>۴</sup> نائینی، منیه‌الطالب، پیشین، ص ۱۰۷.

۳- انتقال پذیری حقوق: یکی دیگر از آثار و ویژگی‌های اساسی حق، انتقال پذیری آن است. این ویژگی نیز مانند قابلیت نقل، نسبت به تمامی حقوق عمومیت ندارد و برخلاف اسقاط پذیری که یک ویژگی عمومی برای تمامی حقوق است در این جا نظرات فقها مختلف و متفاوت است. یادآوری این نکته نیز لازم است که اسقاط پذیری حقوق، عمومی‌ترین ویژگی آن‌ها، از میان سه ویژگی نقل، انتقال و اسقاط است، به نحوی که اگر حقی قابلیت اسقاط نداشته باشد، قابلیت نقل و انتقال را نیز نخواهد داشت، ولی اگر حقی برای انتقال قابلیت داشته باشد، ضرورتاً برای اسقاط هم قابلیت دارد.

#### ب- ویژگی‌های حکم

از ویژگی‌های اساسی حکم ۱- عدم جواز اسقاط، ۲- عمومیت نسبت به مکلفین، و ۳- تبعیت از مصالح و مفاسد می‌باشد. آن چه در این جا قابل مقایسه با حق است مسأله‌ی عدم جواز اسقاط حکم است که فقها دلایلی عقلی و نقلی برای آن ذکر کرده‌اند که برای اجتناب از اطاله‌ی کلام به یک دلیل بسنده می‌شود.

یکی از ادله که فقها بیشتر روی آن تاکید نموده‌اند<sup>۱</sup> این است که طبیعت و ماهیت حکم و غرض جعل آن از جانب شارع به نحوی است که نشان می‌دهد انسان بر حکم سلطنت ندارد و قدرت اسقاط آن را نیز ندارد، زیرا هر فعلی متناسب با خودش، سیطره و تسلط فاعل بر آن فعل را می‌طلبد و اگر فاعل بر فعل مسلط نباشد، قدرت انجام آن را نیز نخواهد داشت. به عبارت دیگر اسقاط، فعلی است که به سلطه‌ی فاعل نیازمند است، در حالی که انسان بر حکم سلطه ندارد. بنابراین هیچ‌یک از آثار و ویژگی‌های مترتب بر حق، از قبیل اسقاط و نقل و انتقال، در باره‌ی حکم جاری نیست، زیرا ناتوانی نسبت به اسقاط به طریق اولی به معنای ناتوانی نسبت به نقل و انتقال و تمامی تصرفات مالکانه‌ای است که صاحب حق می‌تواند در باره‌ی حق خودش اعمال نماید.

<sup>۱</sup>. طباطبایی یزدی، پیشین، ص ۵۷.

### مبحث سوم: تفاوت حق و حکم

مسئله‌ی تفاوت بین حق و حکم از مسائل قابل توجه و مهم در فقه و حقوق است. اهمیت این مسئله و جایگاه آن در استنباط احکام موجب گردیده بسیاری از بزرگان، بر تعیین ضابطه‌ی فرق میان حق و حکم تاکید ورزند.

قبل از پرداختن به تفاوت بین حق و حکم، لازم است یادآور شویم بین حق و حکم رابطه‌ای نیز وجود دارد. چنان که روشن است، حق و حکم هر دو به لحاظ این که یک اعتبار قانونی، شرعی یا عقلایی می‌باشند اشتراک و وحدت دارند و شدت و ضعف مصلحت و مفسده‌ای که اساس شکل‌گیری هر یک از آنها را تامین می‌نماید موجب جدایی آنها گردیده است. از مجموعه کلمات بزرگان و با در نظر گرفتن برخی از مبانی، می‌توان به این نتیجه رسید که بین حق و حکم از دو جهت تفاوت اساسی وجود دارد.

#### جهت اول: تفاوت از حیث ذات و مفهوم

تفاوت بین حق و حکم به لحاظ مفهومی و از حیث حقیقت (و ذات و ماهیت) آن دو واضح است؛ زیرا حق نوعی از سلطنت بر چیزی است که یا به عین تعلق دارد، مانند حق التحجیر و حق الرهانه یا حقوقی که تعلق به عین ندارند، مانند حق خیار متعلق به عقد؛ یا حق بر شخص، مانند حق قصاص و حق حضانت و حق قسم و مانند این‌ها. صاحب حق، مالک چیزی است که زمام امر آن به دست اوست برخلاف حکم که تنها جعل رخصت برای انجام دادن کاری یا ترک آن است و یا حکم به ترتیب اثر بر انجام یا ترک آن کار است.

بنابر این، در تفاوت بین حق و حکم به لحاظ ماهوی در صورتی که حق را سلطنت یا ملک بدانیم، جای تردید نیست. اما چنان که بیان شد با توجه به اشکالاتی که بر سلطنت یا ملک بودن حق وارد گردیده است، محققین فقها و متأخرین حق را به «اعتبار» تعریف نموده و جوهره‌ی ذاتی آن را اعتباری بودن آن از جانب شارع و قانون‌گذار دانسته و از تعریف آن به سلطنت و ملک اعراض نموده‌اند؛ از طرف دیگر حکم را نیز اعتبار شرعی دانسته‌اند. لذا مشکل چگونگی وجود تفاوت بین این دو اعتبار، به شکل جدی‌تری مطرح گردیده است. بعضی از محققین با در نظر گرفتن این که حق و حکم هر دو امر اعتباری هستند، حق را نیز جزو احکام قرار داده و هرگونه تفاوت جوهری بین آنها را نفی نموده‌اند. بیان ایشان چنین است: «تردیدی نیست که حکم و



حق از حیث حقیقت و ذات تفاوتی ندارند، زیرا قوام هر دو به اعتبار صرف است<sup>۱</sup>.  
 به نظر می‌رسد اگرچه حق و حکم از این نظر که قوام آن‌ها به اعتبار است، اشتراک دارند ولی اعتبار به منزله‌ی جنس آن دو است و به خودی خود و بدون در نظر گرفتن مشخصات و ممیزات و فصول لازمه، تحصلی ندارند لذا بین حق و حکم به لحاظ مفهومی و ذاتی تفاوت وجود دارد و زمام امر حق، چه بر مبنای کسانی که آن را سلطنت یا ملک می‌دانند و چه بر مبنای کسانی که آن را اعتبار خاص دانسته‌اند، به دست صاحب حق است که می‌تواند انواع تصرفات را در آن اعمال نماید. برخلاف حکم که مکلف چنین سلطه و اختیاری نسبت به آن ندارد، زیرا اعتبار حکم اساساً یک اعتبار محدود است و حدود وظایف مکلف را تعیین می‌نماید.

#### جهت دوم: تفاوت از حیث آثار

یکی دیگر از جهات عمده‌ی تفاوت بین حق و حکم که تا حد زیادی مورد اتفاق فقها و علمای حقوق است قابلیت حق برای اسقاط می‌باشد، برخلاف حکم که فاقد این قابلیت است. میرزای نائینی می‌فرماید: «قوام حق به قابلیت آن برای اسقاط است، بر خلاف حکم که، بر عکس حق، قابلیت اسقاط ندارد»<sup>۲</sup>.

تأکید فقها بر قابلیت اسقاط حق در حالی است که یکی از ویژگی‌های اساسی حکم این است که مکلف باید تا زمانی که مکلف است، در برابر آن خاضع باشد و قدرت اسقاط یا نقل و انتقال آن را ندارد.

#### مبحث چهارم: اشتباه بین حق و حکم و راه حل آن

مسئله‌ی اشتباه بین حق و حکم از جمله مباحث مطرح بین بزرگان فقه و حقوق به شمار می‌رود، زیرا در برخی موارد تشخیص حکم از حق و تعیین وجه تمایز میان آن دو مشکل است. برای رهایی از این مشکل و تعیین این که امر مشتبه از قبیل حکم است تا قابلیت اسقاط و نقل و انتقال نداشته باشد؛ یا از قبیل حق است که قابلیت‌ها و ویژگی‌های اساسی حق را داشته باشد؟ راه حل‌های متفاوتی ارائه شده است.

<sup>۱</sup>. موسوی خوئی، ابوالقاسم، مصباح‌الفقاهه، جلد ۲، قم: العلمیه، چاپ اول، ۱۳۷۷، صص ۳۳۹ و ۳۴۱.

<sup>۲</sup>. نائینی، منیه‌الطالب، جلد ۱، پیشین، ص ۱۰۷.

### راه حل اول: اصل عدم حق

بعضی از محققان می‌گویند: «در صورت شک بین حق و حکم، اصل این است که هرگونه اثر وجودی مترتب بر حق و حکم را از مورد شک نفی کنیم. بنابر این، سلطنتی که امر آن دائر بین حق و حکم است، نه قابل اسقاط است و نه قابل نقل و انتقال زیرا اسقاط‌پذیری و نقل و انتقال حقوق، بر احراز و قطعیت حق استوار است و صرف این که شک داشته باشیم که آیا این مورد از قبیل حق است یا حکم، مانع است از این که آثار حق را بر آن بار کنیم پس اصل، عدم حق بودن امر مشکوک است، اگرچه بدین واسطه، حکم بودن این‌گونه موارد نیز اثبات نمی‌گردد»<sup>۱</sup>.

با این بیان، اگرچه قادر نیستیم به طور مشخص و معین، نوع سلطنت یا اعتبار مشکوک بین حق و حکم را احراز نماییم، ولی اصل این است که آثار مترتب بر حق و لوازم آن را نفی کنیم؛ زیرا حدوث و ترتیب این آثار به دلیل نیازمند است و فرض این است که چنین دلیلی در دسترس نیست. همان‌طور که مرحوم نراقی نیز در مشارق الاحکام می‌فرماید: «قابلیت اسقاط (یا نقل و انتقال) دلیل قانونی و مستند لازم دارد و گرنه بدون مجوز و مستند نمی‌توان به اسقاط قائل شد»<sup>۲</sup>.

به نظر می‌رسد اشکالی که بر نظریه اصل بودن عدم حق در مقام شک بین حق و حکم وارد است این است که مشکل اصلی در این‌جا دوران امر بین حق و حکم است، یعنی مستنبط حکم به طور قطع می‌داند که امر مشتبه‌ای که با آن مواجه است یا از موارد حق است یا از موارد حکم و مشکل تعیین یکی از این دو است؛ که با توجه به علم سابق وی به این مطلب، نفی آثار یکی از طرفین الزاما به معنی پذیرش طرف دیگر خواهد بود و مفاد اصل عدم حق، چه به آن ملتزم بشویم یا نشویم، اثبات حکم بودن مورد مشکوک است. لذا نظریه مذکور ادعایی بدون دلیل است.

### راه حل دوم: مراجعه به نصوص شرعی و عرف

مرحوم سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی معتقد است در صورت شک بین حق و حکم، اصل اولی این است که ابتدا به لسان ادله مراجعه کنیم؛ اعم از ادله‌ای نظیر اجماع و عقل و ادله‌ی لفظی (نصوص شرعیه). اگر در متن ادله به حق یا حکم بودن امر مشکوک تصریح شده باشد، بر اساس

<sup>۱</sup>. آل بحر العلوم، پیشین.

<sup>۲</sup>. نراقی، ملامحمد مهدی، مشارق الاحکام، چاپ سنگی، بی‌تا، ص ۱۶۸.

همان عمل می‌شود و از حالت شک بیرون می‌آییم ولی اگر در ضمن ادله به این معنی تصریح نشده بود، در این صورت دو فرض وجود دارد:

الف- شک در صدق عمومات و نصوص شرعی نسبت به مورد شک است، به طوری که معنای عرفی آن معلوم است و در حق یا حکم بودن آن به لحاظ عرف تردیدی وجود ندارد ولی شک و تردید از این ناحیه است که آیا عمومات شرعی مانند «الصلح جائز بین المسلمین» و «الناس مسلطون علی اموالهم»، این امر مسلم از نظر عرف را شامل می‌شوند تا از قبیل حق باشد؛ و یا این که شامل نمی‌شود تا از قبیل حکم باشند؟ در چنین مواردی به عمومات و نصوص شرعی مراجعه می‌کنیم.

ب- شک در صدق عرفی حق یا حکم نسبت به مورد شک است؛ در چیزی که نمی‌دانیم آیا از قبیل حق است یا حکم، منشا تردید و شک ما عرف است در چنین موردی نمی‌توان به نصوص شرعی و عمومات شرعی مراجعه کرد؛ زیرا استناد به عمومات در این موارد از قبیل تمسک به آن در شبهه‌ی مصداقیه است.<sup>۱</sup>

بنابر این، اگر متعلق شک در حق و حکم، قابلیت عرفی مورد شک برای اسقاط و نقل و انتقال باشد، با تمسک به عمومات نمی‌توان حق بودن آن را احراز نمود، زیرا شک در این جا به صدق عرفی برمی‌گردد. ولی اگر شک در قابلیت شرعی باشد، می‌توان به عمومات تنفیذ عقد و صلح و شرط و «الناس مسلطون علی اموالهم» تمسک نمود. برخی از نویسندگان معاصر این نظر را مورد اشکال قرار داده‌اند و گفته‌اند: احراز نظر عرف در مورد نمونه‌های مشکوک دشوار و متعذر است. غالباً عرف را در مورد نمونه‌های مشکوک نظر جازم و قاطع نیست.<sup>۲</sup>

این اظهار نظر نیز از این جهت قابل اشکال است که مرحوم سید نمی‌گوید باید نظر عرف (مردم کوچه بازار) را ملاک کار بدانیم؛ اگر چیزی از نظر آنان قابل اسقاط باشد، حق است و گرنه حکم است. بلکه ایشان معتقد است در صورتی که صدق عرفی برای ما محرز باشد و عرف یک اعتبار و یا مقرراتی را قابل اسقاط بداند و یا قابل اسقاط و نقل و انتقال نداند، با فرض مذکور، ما

<sup>۱</sup> طباطبایی یزدی، پیشین، ص ۵۴.

<sup>۲</sup> جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دائره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد ۳، تهران: مشعل آزادی، چاپ اول، ۱۳۳۷، ص ۱۳۹.

تردید داشته باشیم که آیا عموماً شرعی نیز نظر عرف را تصدیق می‌کنند و دربرمی‌گیرند یا خیر؟ در این صورت باید به عموماً شرعی مراجعه کنیم و با یافته‌های عرفی آن‌ها را تطبیق نماییم. اما اگر خود عرف مردد بود، دیگر نمی‌توان به عموماً استناد کرد.

بنابر این، برداشت آقای لنگرودی از کلام مرحوم سید کاملاً برعکس چیزی است که ایشان درصدد بیان آن هستند؛ چرا که مرحوم سید عرف را در جاهایی مرجع امر دانسته است که حداقل امر عرفی بر ما مشتبّه نباشد.

به نظر می‌رسد اشکال نظریه مرحوم سید از این جهت است که این نظریه راه‌حل نهایی را در مقابل اشتباه بین حق و حکم ارائه نموده است، زیرا با امکان تمسک به نصوص شرعی در صورت اثبات صدق عرفی، نوبت به اشتباه نمی‌رسد و مشکل عمده در جایی است که چنین امکانی وجود نداشته باشد و در این جاست که فقیه و حقوق‌دان به راه‌حل و طریق برون‌رفت از مورد مشکوک نیازمند است.

### راه حل سوم: استصحاب

فقه‌های متأخر بر این عقیده‌اند که اگر نتوانستیم شبهه را با تمسک به عموماً برطرف سازیم، به اصل عملی استصحاب مراجعه می‌کنیم. مرحوم میرزای نائینی (ره) می‌فرماید: «در صورت شک بین حق و حکم، اصلی اولی نداریم که تعیین‌کننده‌ی حق یا حکم باشد و مرجع، اصل عملی است و آن عدم سقوط مورد مشکوک را اقتضا می‌کند»<sup>۱</sup>.

در نتیجه در موارد اشتباه بین حق و حکم، اگر امکان تمسک به عموماً و نصوص شرعی وجود داشته باشد، برای رفع شبهه به آن‌ها تمسک می‌کنیم و اگر این امکان وجود نداشته باشد، به اصل استصحاب مراجعه می‌کنیم که مقتضای آن در مورد بحث، حکم به عدم امکان ترتیب آثار حق و نفی قابلیت‌های آن و احراز حکم بودن مورد شک است.

<sup>۱</sup> نائینی، پیشین، ص ۱۰۸.

## گفتار دوم: بررسی حضانت، نفقه‌ی زوجه و حق رجوع به لحاظ حکم یا حق بودن مبحث اول: حضانت

حضانت به کسر و فتح حاء از حزن به معنی جانب و پهلو است و حضانت به معنای پروردن است<sup>۱</sup> و در اصطلاح عبارت است از نگهداری مادی و معنوی طفل توسط کسانی که قانون مقرر داشته است.<sup>۲</sup>

با توجه به معنای لغوی و اصطلاحی حضانت، بی‌گمان این مفهوم، شیردهی به نوزاد را هم دربر می‌گیرد و شاید مهم‌ترین جنبه‌ی نگهداری از نوزاد به شمار می‌آید اما فقها بین رضاع و حضانت جدایی انداخته و گفته‌اند: حضانت عبارت است از تربیت طفل و مراقبت از او و رضاع عبارت است از خوراک دادن و تغذیه طفل.

اما آیا حضانت، حق اختصاصی حاضنه (مادر) است و مادر می‌تواند آن را اسقاط کند همان‌گونه که مثلاً از «حق شفعه» صرف‌نظر می‌شود، یا آن که (حق طفل) است که حاضنه نسبت به آن «ملزم» می‌شود و حق اسقاط ندارد؟ در این که حضانت حق محض است یا هم حق و هم تکلیف است بین فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد. سه نظریه در این مساله ارائه شده است:

۱- بعضی بر آنند که حضانت یک حق فردی محض و ساده است، از این رو قابل اسقاط و انتقال می‌باشد. صاحب جواهر گفته است حضانت نسبت به مادر همانند شیردهی است که بر او واجب نیست و می‌تواند آن را اسقاط کرده یا برای آن اجرت مطالبه کند، و اگر پدر و مادر هر دو از نگهداری و سرپرستی فرزند خودداری کردند، پدر بر این کار اجبار می‌شود.<sup>۳</sup>

صاحب ریاض در این باره گفته است حضانت در مرتبه‌ی اول به طور مطلق حق مادر است (خواه کودک را شیر بدهد یا ندهد) و اگر او حق خود را اسقاط کرد وظیفه‌ی پدر است که از فرزند سرپرستی کند و چنان‌چه پدر و مادر با هم از نگهداری طفل امتناع ورزند، حاکم پدر را مجبور به

<sup>۱</sup> ابراهیم مصطفی و دیگران، المعجم الوسیط، جلد ۱، ترکیه، ۱۳۸۴، ص ۱۸.

<sup>۲</sup> جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چاپ هفتم، ۱۳۷۱، ص ۲۱۶.

<sup>۳</sup> نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام، تهران: مکتبه‌الاسلامیه، بی‌تا، ص ۳۱.

این کار می‌کند.<sup>۱</sup>

از فقهای معاصر، آیت الله خویی(ره) به این مساله تصریح کرده و فرموده است: حق حضانتی که برای مادر است قابل اسقاط است.<sup>۲</sup>

۲- دسته‌ای دیگر از فقهای امامیه معتقدند حضانت هم حق و هم تکلیف است؛ بنابراین دارنده‌ی حضانت نمی‌تواند آن را اسقاط، یا منتقل کند، یا عوض در طلاق خلع قرار دهد، و مادری که عهده‌دار حضانت است، چون وظیفه‌ی خود را انجام می‌دهد، نمی‌تواند در ازای آن مطالبه اجرت کند.

به نظر می‌رسد قانون مدنی این نظر را پذیرفته است، زیرا ماده ۱۱۶۸ این قانون مقرر می‌دارد: «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف است» و ماده ۱۱۷۲ می‌گوید: «هیچ‌یک از ابویین حق ندارند، در مدتی که حضانت طفل به عهده‌ی آن‌هاست، از نگاهداری او امتناع کنند. در صورت امتناع یکی از ابویین حاکم باید به تقاضای قییم یا یکی از اقربا و یا به تقاضای مدعی‌العموم نگاهداری از طفل را به هر یک از ابویین که حضانت به عهده‌ی اوست الزام کند و در صورتی که الزام ممکن یا موثر نباشد، حضانت را به خرج پدر و هرگاه پدر فوت شده باشد به خرج مادر تامین کند». با این تعبیر هیچ‌یک از مادر و پدر نمی‌تواند آن را اسقاط یا واگذار کند، بلکه باید شخصا در مدت مقرر تکلیف قانونی خود را که از نظر حفظ نظم اجتماعی به نفع طفل برقرار شده انجام دهد.

۳- نظریه سوم در فقه امامیه این است که باید بین پدر و مادر در مورد حضانت فرق گذاشت، بدین معنی که اگر مادر از نگاهداری طفل امتناع کند، حضانت به پدر واگذار می‌شود و اگر هر دو از آن خودداری نمایند، پدر به آن مجبور می‌گردد. پس حضانت نسبت به مادر حق و در مورد پدر هم حق و هم تکلیف است. از این دیدگاه مادر می‌تواند حق و سرپرستی و نگاهداری را اسقاط نماید اما پدر نمی‌تواند. در این باره به روایتی از امام صادق(ع) استناد شده است؛ «المراه احق بالولد الی ان یبلغ سبع سنین الا ان تشاء المرأة».<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> طباطبائی، سیدعلی، ریاض‌المسائل، جلد ۲، بی‌جا، بی‌نا، ص ۱۶۳.

<sup>۲</sup> موسوی خویی، مصباح‌الفقاهه، پیشین.

<sup>۳</sup> عاملی، شیخ حر، وسائل‌الشیعه، جلد ۱۵، بی‌جا، ۱۴۰۴ق، باب ۸۱، حدیث ۶.

بنابر این نظر، حضانت در ابتدا نسبت به مادر حق و قابل اسقاط و نسبت به پدر حق و تکلیف است و جنبه‌ی ولایت حضانت در واقع متوجه پدر است، زیرا ولایت بر فرزند از شئون پدر و غیر قابل اسقاط است.

فقه‌های امامیه، شافعیه و حنابله گفته‌اند: این حق حاضنه است، پس هر وقت خواست می‌تواند از آن صرف‌نظر کند و چنان‌چه امتناع کند کسی حق اجبار او را ندارد. برخی دیگر از فقه‌های اهل سنت برآنند که مادر در هر شرایطی به نگهداری و سرپرستی کودک موظف است و اگر امتناع کند، بر این کار مجبور می‌شود. پس مادر می‌تواند حق رضاع را از خود ساقط کند اما حق حضانتش باقی بماند. فقه‌های امامیه و حنفیه اتفاق نظر دارند که اگر زنی به شیر دادن طفل به طور رایگان مایل باشد ولی مادر، همان کار را با اجرت بخواهد انجام دهد، آن «زن داوطلب» بر مادر مقدم است و حق مادر در شیر دادن طفل، ساقط می‌شود اما حق حضانتش همچنان باقی و طفل تحت رعایت و مراقبت اوست و در این حالت مرضعه (دایه) نزد طفل می‌آید یا طفل را نزد دایه می‌برند.<sup>۱</sup>

در دادگاه‌های خانواده ملاحظه می‌شود که عده‌ای از مادران پس از رسیدن طفل به سن مقرر در ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی به منظور تداوم حضانت خویش اقدام به بذل مهریه یا نفقه‌ی معوقه می‌نمایند و در قبال آن حضانت طفل را طلب می‌کنند و با مراجعه به دفتر اسناد رسمی یا در محضر دادگاه، پدر حق حضانت خویش را ساقط و در قبال آن توافق می‌نماید که حضانت طفل به مادر تفویض شود. در این خصوص از اداره حقوقی قوه قضاییه استعلام گردیده که طی شماره ۷/۱۳۴۷ مورخ ۱۳۶۱/۴/۱ پاسخ داده شده است: «به موجب ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی حضانت و نگهداری اطفال برای ابوین هم حق است و هم تکلیف و قابل اسقاط یا مصالحه نیست، زیرا حقوقی را که مقنن و شارع برای طفل پیش‌بینی کرده، جنبه‌ی امری برای مکلف دارد و اراده فردی نمی‌تواند چنین حکمی را تغییر دهد. ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی مقرر داشته است هیچ‌یک از ابوین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل بر عهده‌ی آنهاست از نگهداری او امتناع نمایند و ماده ۱۱۷۵ نیز تصریح دارد به این که طفل را نمی‌توان از ابوین یا از پدر و مادری که حضانت با

<sup>۱</sup> مغنیه، محمدجواد، فقه تطبیقی مذاهب پنجگانه، ترجمه جواد کاظم‌پور، بی‌جا، منفرد، چاپ اول، ۱۳۶۳، ص ۱۱۴.

اوست گرفت مگر در صورت وجود علت قانونی، بنابر این، اسقاط تکلیف جایز نیست». اداره حقوقی پس از چندی با عدول از نظریه‌ی خویش، در پاسخ به این پرسش که آیا حق حضانت قابل اسقاط است یا خیر؟ اعلام داشته است: با عنایت به ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی که نگاه‌داری اطفال را هم حق و هم تکلیف ابویین دانسته است، در صورت توافق طرفین قابلیت تفویض و اسقاط وجود دارد، کمابین که ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی نیز در شرایطی خاص، امر حضانت را متغیر تلقی نموده است.

هرگاه زوجه با زوج قرار «طلاق خلع» گذاشت به این شرط که حق حضانت خود را بر طفل به زوج واگذارد یا زوج پس از آن که مدت حضانت مادر بر طفل تمام شد، حق حضانت را مجدداً به مادر واگذارد، چنین طلاق خلعی درست است. پس حق حضانت می‌تواند عوض خلع قرار گیرد و هیچ‌یک از طرفین حق عدول از این شرط را پس از انعقاد خلع ندارند مگر به رضایت طرفین و همچنین است اگر «صلح» کردند بر این که زن از حق حضانت خود دست بردارد، یا مرد حق حضانت خود را بر طفل ترک کند، چنین صلحی «لازم» و واجب‌الوفا است. فقهای امامیه خصوص چنین شرطی را صحیح می‌دانند.

با عنایت به مطالب مطرح شده، معلوم می‌شود حق یا حکم بودن حضانت مورد اختلاف فقهای و حقوق‌دانان است و همین امر موجب تأثیر عملی بر رویه‌ی قضایی گردیده است. برخی معتقد به اسقاط آن از سوی پدر و مادر شدند و برخی آن را حکم و تکلیف دانسته‌اند به نحوی که در مدتی که این تکلیف بر عهده‌ی مادر یا پدر است غیر قابل اسقاط است. ولیکن به نظر می‌رسد که والدین هر یک می‌توانند حق خود را نسبت به حضانت طفل، اسقاط و برای مدت معین یا تا پایان دوره‌ی حضانت خود انجام آن را به دیگری واگذار نمایند و پس از این واگذاری امکان رجوع از آن جایز نخواهد بود. دلیل آن نیز طبق نظر برخی از فقهای حدیثی نبوی است که فرموده: «ان کل صلح جایز الا ما حلل حراما و حرم حلالا»؛ و چون در توافق والدین هیچ حلالی حرام و هیچ حرامی حلال نشده است، بنابر این اتفاق نظر مزبور برخلاف شرع مقدس نخواهد بود.

البته این که این اسقاط را برخی به عنوان فدیة و عوض در طلاق قرار می‌دهند به نظر دارای اشکال باشد، زیرا فدیة به عنوان مالی است که زوجه در طلاق خلع به زوج بذل می‌کند؛ در حالی که اگر حضانت را حق هم تلقی نماییم مال محسوب نمی‌گردد، تا بتواند به عنوان فدیة قرار



گیرد. لذا زوجه نمی‌تواند در قبال بذل مهریه شرط اسقاط حضانت زوج را بنماید زیرا فدیة در قبال طلاق قرار دارد و اسقاط حق حضانت از سوی زوج یا زوجه در قبال بذل مهریه یا طلاق نبوده بلکه مصالحه‌ای مجزا بوده است.

بعضا در آرای محاکم و یا در توافق‌نامه‌هایی که زوجین در هنگام طلاق تنظیم می‌نمایند و حتی برخی از دادخواست‌هایی که وکلای دادگستری تنظیم می‌کنند مشاهده می‌شود زوجه مهریه‌ی خود را در قبال حضانت بذل نموده است. به نظر می‌رسد این نحوه‌ی نگارش صحیح نباشد، بلکه بذل مهریه و هر مالی در قبال طلاق خلعی می‌باشد نه اسقاط حضانت. بدیهی است اسقاط حق حضانت اگرچه در ضمن موضوع طلاق مطرح شده است ولیکن ارتباطی به مبذول در طلاق خلعی ندارد و اسقاط حق به نحو شرط و غیره مجزا از موضوع بذل مهر و طلاق است.

#### مبحث دوم: نفقه

نفقه اسم مشتق از اتفاق به معنی توشه می‌باشد<sup>۱</sup> و در فقه و قانون عبارت است از تامین هزینه‌ی ضروری زندگی بعضی از افراد که به عهده‌ی بعضی دیگر نهاده شده است، مثل تامین معاش زوجه‌ی دایمه که به عهده‌ی زوج است، و هزینه‌ی معاش پدر و مادر نادر و ناتوان از کسب و کار که به عهده‌ی فرزندان است و تامین مخارج زندگی فرزندان تا سن رشد که به عهده‌ی پدر و مادر است.<sup>۲</sup>

در باب نفقه‌ی اقارب و زوجه مباحث فقهی و حقوقی زیادی مطرح است، ولی غرض ما در این بحث توضیح اجمالی نفقه‌ی زوجه و حکم یا حق بودن آن و امکان اسقاط آن است. در اصطلاح حقوق مدنی نفقه‌ی زوجه عبارت است از هزینه‌ی خوراک، پوشاک و مسکن و اثاث خانه و خادم در حدود متناسب عرفی با وضع زوجه.

در فقه اسلامی اسباب وجوب نفقه سه چیز دانسته شده است؛ قرابت، ملک و زوجیت، ولی نفقه‌ی زوجه بر سایرین مقدم دانسته شده است.<sup>۳</sup> ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی به پیروی از فقه، در

<sup>۱</sup> ابراهیم مصطفی و دیگران، پیشین، ص ۹۴۳.

<sup>۲</sup> محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین، شرائع‌الاسلام، جلد ۴، تهران: استقلال، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق، ص ۵۶۸.

<sup>۳</sup> محقق حلفايل مجله شماره ۶۴، ۳۵۲/۲.

عقد دائم نفقه‌ی زن را به نحو مطلق و بدون شرط نیازمندی بر مرد واجب شمرده است.

چند پرسش در این جا مطرح است:

آیا زن مالک نفقه می‌شود و آیا مرد نفقه را به زن تملیک می‌کند یا اباحه؟ آیا این حق قابل

اسقاط است؟

فقها در پاسخ به این پرسش، متعلق نفقه‌ی زوجه را سه گونه دانسته‌اند:

۱- اشیایی که با انتفاع از بین می‌رود و چیزی از آن باقی نمی‌ماند، مانند خوردنی‌ها، آشامیدنی‌ها، عطریات و... در این مورد همه‌ی فقها اجماع دارند که زن مالک این قبیل چیزها می‌شود، زیرا انتفاع آن‌ها از تملیک آن‌ها قابل تفکیک نیست و اطلاق آیه ۳۴ نسا «وبما انفقوا من اموالهم» بر همین دلالت دارد، بنابر این زن می‌تواند با صرفه‌جویی یا عدم مصرف، هرگونه تصرفی در آن بنماید.

۲- اشیایی که با انتفاع از بین نمی‌رود، مثل مسکن، اثاث خانه و... این اشیا به اصطلاح فقها برای بهره‌مندی است نه تملیک، یعنی ظاهراً شوهر قصد تملیک ندارد لذا زوجه تنها حق انتفاع دارد. در این مساله اختلافی بین فقها و حقوق‌دانان نیست.

۳- اشیایی که در طول زمان با استفاده، مستهلک می‌شود، مانند لباس، رختخواب و برخی از لوازم زندگی. در این که آیا این گونه اشیا (قسم سوم) تملیک زوجه می‌شود یا به نحو انتفاع در اختیار او قرار می‌گیرد، بین فقها اختلاف نظر می‌باشد.<sup>۱</sup> به هر رو، به نظر می‌رسد به موجب عرف و عادت، دادن این گونه اشیا به زن، ظهور در تملیک دارد اما این که نفقه‌ی زن پس از انحلال نکاح به سبب موت شوهر یا فسخ و یا طلاق چه وضعیتی پیدا می‌کند از بحث ما خارج است.

به نظر فقها و با توجه به اطلاق آیات مربوط به نفقه<sup>۲</sup>، نفقه‌ی زوج جنبه‌ی تکلیفی دارد و با توجه به همان ملاک‌هایی که در تفاوت حق و حکم گفته شد این حق، غیر قابل اسقاط خواهد بود و نمی‌توان قبل از عقد نکاح شرط عدم پرداخت نفقه نمود. البته در این که پس از عقد این حق نسبت به نفقه‌ی آینده قابل اسقاط است یا خیر، اختلاف است. صاحب جواهر دو قول را نقل

<sup>۱</sup>. نجفی، پیشین.

<sup>۲</sup>. آیه ۲۳۳/بقره.

می‌کند و نظر اکثر را عدم جواز می‌داند.<sup>۱</sup> بنابر ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی ایران اتفاق زوجه از قواعد آمره است، در نتیجه شرط اسقاط نفقه باطل است. اما در شرایطی نفقه قابل اسقاط می‌شود:

۱- نشوز: در ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی به پیروی از فقه اسلامی آمده است: «هرگاه زن بدون مانع شرعی از ادای وظایف زوجیت امتناع ورزد مستحق نفقه نخواهد بود». منظور از موانع مشروع بر اساس ماده ۱۱۲۷ عبارت است از عدم تامین منزل مناسبِ شان زن برای سکونت، ضرورت خروج از منزل به خاطر معالجه و بیماری و اگیردار شوهر. در غیر این صورت اگر زن نسبت به حقوق مرد ناسازگاری نماید و مصداق ناشزه قرار گیرد نفقه‌اش ساقط می‌شود. البته احراز این امور با محاکم قضایی است. ۲- اعسار: در صورت معسر بودن مرد نیز طبق آیه «لایکلف الله نفسا الا وسعها» و سایر ادله، نفقه‌ی زن از عهده‌ی مرد ساقط می‌شود و به عهده‌ی اقربا قرار می‌گیرد؛ البته اگر موجب عسر و حرج زن شود برای زوجه حق طلاق خواهد بود.

### مبحث سوم: رجوع

رجوع یک عمل حقوقی یک‌جانبه است و در واقع، ایقاعی است که یا به لفظ انجام می‌شود یا به عملی که دلالت بر رجوع نماید و تنها به اراده‌ی شوهر واقع می‌شود. رجوع از جمله مسائلی است که به دلیل مشخص نبودن نوع آن از حیث حق و حکم، مورد بحث واقع شده و بین این دو اعتبار مردد است.

آیا زوجی که زوجه‌ی خود را به نحو رجعی طلاق داده است در حین عده می‌تواند رجوع نماید؟ آیا جواز رجوع او در عده جواز حقی است تا بتواند این حق را در مقابل مهر یا چیز دیگر به زوجه‌ی خود صلح کند و در اثر این صلح، حق رجوعی در مدت عده نداشته باشد؛ یا جواز حکمی است و نمی‌تواند آن را مورد مصالحه قرار بدهد و اگر صلحی هم انجام بدهد، باطل است؟

آرای فقها و حقوق‌دانان در این باره متفاوت است.

میرزای قمی در پاسخ به این پرسش که در طلاق رجعی، اگر زوج حق رجوع را به مهر زوجه و نفقه‌ی ایام عده و امثال آن صلح کند، آیا جایز است یا نه؟ گفته است عدم ذکر این صلح در

<sup>۱</sup> نجفی، پیشین، ۳۳۴/۳۱.

کتاب طلاق دلیل بر منع آن نیست و علت آن هم عمومات صلح است، مثل «الصلح جائز بین المسلمین الا صلحاً احلّ حراماً او حرم حلالاً»؛ و شکی نیست که این صلح نه محلل حرام است و نه محرم حلال، پس جایز خواهد بود. و در نتیجه، رجوع به زوجه حقی برای زوج است و اختیار به دست اوست؛ اگر خواست رجوع می‌کند و اگر نخواست رجوع نمی‌کند و مهر و نفقه هرچند از آن زوجه و اختیار به دست اوست، می‌تواند آن را در برابر رجوع یا عدم رجوع به زوجه بدهد یا ندهد و جواز اصل معاوضه دلیل نمی‌خواهد؛ چون اصل، برائت ذمه و اباحه است و عدم ورود منع، در جواز آن کافی است. آنچه به دلیل احتیاج دارد، لزوم آن است و هرگاه آن را در ضمن عقد مصالحه به عمل آوریم، به مقتضای عمومات صلح اشکالی باقی نمی‌ماند.<sup>۱</sup> چنان‌که ملاحظه می‌گردد میرزای قمی با استناد به عمومات باب صلح، به حق بودن جواز رجوع زوج در عده‌ی رجعیه حکم نموده و بر این اساس، آن را قابل مصالحه دانسته است؛ قابلیت که از آثار مترتب بر حقوق قابل اسقاط است و بر احکام مترتب نمی‌گردد.

بعضی از حقوق‌دانان معاصر به پیروی از فقها، معتقدند رجوع، حکم است، زیرا از روح مقررات مدنی چنین استنباط می‌شود که رجوع در طلاق از قوانین آمره است و برای برقراری نظم اجتماعی تاسیس شده است. بنابر این، کلمه‌ی حق در ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی در معنای حقیقی خود استعمال نشده است و بدین جهت از طرف شوهر، قابل اسقاط نمی‌باشد<sup>۲</sup> و مانند اختیارات در بیع نیست تا با اسقاط و شرط ساقط شود. البته برخی از اساتید حقوق معتقدند به‌جای گفت‌وگو در حق یا حکم بودن رجوع، باید دید هدف از برقراری این اختیار چیست؟ آیا قانون‌گذار بدین وسیله می‌خواهد از حقوق خصوصی و حاکمیت اراده‌ی شوهر، حمایت کند و او را مسلط بر سرنواشت خانواده سازد یا هدف اصلی پیشگیری از انحلال خانواده و تامین منافع عمومی است؟ در صورت نخست، اختیاری که به شوهر داده شده، حق اوست و می‌تواند از آن بگذرد ولی در صورت دوم، قاعده‌ای تخلف‌ناپذیر ایجاد شده و شوهر در موقعیتی قرار گرفته است که همه‌ی آثار آن را قانون معین می‌سازد. به بیان دیگر، اختیاری که در این باره مقرر شده، پرتوی است از قانون که به دلیل موقعیت اجتماعی زوج، به‌وجود آمده است و تسلطی نیست که از آن کسی باشد و او بتواند به این

<sup>۱</sup> قمی، میرزا ابوالقاسم، جامعه‌الشتات، جلد ۳، تهران: کیهان، چاپ اول، ۱۳۷۱، ص ۱۵۳.

<sup>۲</sup> امامی، اسدالله، حقوق خانواده، جلد ۱، تهران: دانشگاه تهران، چاپ هفتم، ۱۳۷۸، ص ۳۲۴.

و آن، واگذار و یا به کلی از آن بگذرد.<sup>۱</sup>

از واژه‌ی «حق» در ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی می‌توان استنباط نمود که قانون‌گذار نیز نظر حق بودن رجوع را پذیرفته است. بنابر این، رجوع، قابل اسقاط است و شوهر مستقیماً می‌تواند آن را ساقط نماید و طلاق نیز در حکم طلاق بائن خواهد بود و شوهر دیگر نمی‌تواند رجوع به آن نماید و لذا احکام طلاق بائن بر آن مترتب می‌شود. البته بر این امر اشکال شده است که بر فرض این که رجوع حق باشد و آن را بتوان اسقاط نمود و شوهر در اثر آن نتواند در مدت عده به طلاق رجوع کند، طلاق مزبور که ماهیتاً رجعی است نمی‌تواند در حکم بائن قرار گیرد و احکام رجعی به حال خود باقی می‌ماند. به نظر اشکال مزبور وارد است، زیرا احکام مزبور در بالا مترتب بر طبیعت طلاق رجعی است؛ طلاق مزبور با تمامی احکام و آثار خود محقق گردیده و اسقاط حق رجوع تنها مانع از آن است که شوهر بتواند زوجیت سابق را اعاده کند، ولی طبیعت آن را تغییر نمی‌دهد و سایر احکام آن همچنان باقی خواهد بود. به هر رو، اگر رجوع، حق و قابل اسقاط باشد می‌تواند در مقابل عوض مورد صلح قرار گیرد و پس از صلح مانند آن است که شوهر آن را اسقاط نموده است.

به نظر می‌رسد اختلاف نظر فقها و حقوق‌دانان در خصوص اسقاط حق رجوع، در طلاق خلعی و رجعی با توجه به این که ذی‌الحق در این دو نوع طلاق متفاوت هستند نیز متفاوت است. در طلاق رجعی به لحاظ ویژگی خاص این نوع طلاق و فلسفه‌ی وضع آن، زوج حق رجوع به زوجه را دارد و شارع این رجوع را با هر لفظ عملی مورد قبول قرار داده است؛ و شرایط آن را به جهت حمایت از کانون خانواده سهل و آسان قرار داده است. فلذا به نظر با توجه به فلسفه‌ی این نوع طلاق و هدف قانون‌گذار در این نوع طلاق زوج نتواند حق رجوع را از خود ساقط نماید، چه اسقاط حق رجوع نقض غرض خواهد بود. اما در طلاق خلعی که ذی‌الحق زوجه است و در حقیقت زوجه این حق را دارد که در ایام عده به مبذول خود رجوع کند موضوع اساسی بذل مال و اعطای فدیة از سوی زوجه است. اگر چه در این نوع طلاق نیز طلاق توسط زوج به عمل می‌آید و زوجه صرفاً مالی را به زوج بخشیده است و هدف از رجوع در این گونه طلاق‌ها بیشتر

<sup>۱</sup>. کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، جلد ۱، تهران: میزان، چاپ اول، ص ۴۴۳.

برای جلوگیری از تزییع حقوق مالی زوجه است که زن در صورت پشیمانی از بذل حقوق مالی خود بتواند در ایام عده به فدیة خود رجوع نماید، لذا، به نظر حق رجوع به مبذول از سوی زوجه قابل اسقاط باشد. برخی معتقدند این اسقاط رجوع به مبذول بایستی در ضمن عقد لازم دیگری تحقق یابد.

این اختلاف نظرها و سکوت قانون‌گذار، در رویه‌ی محاکم نیز موثر بوده است. در احکام صادره از دادگاه‌ها ملاحظه می‌کنیم که برخی محاکم صرف اعلام اسقاط حق رجوع به مبذول از سوی زوجه را صحیح می‌دانند ولیکن برخی دیگر آن را نپذیرفته و اعلام داشته‌اند زوجه بایستی در ضمن عقد لازم مثلاً صلح، حق رجوع به مبذول را اسقاط نماید. نتیجه این که به نظر با توجه به فلسفه‌ی رجوع، حق دانستن و قائل به قابل اسقاط بودن آن، خصوصاً در طلاق خلع و مبارات ارجح باشد و در طلاق رجعی در فرضی که اسقاط رجوع مورد پذیرش قرار گیرد ماهیت طلاق رجعی را تغییر نخواهد داد.

### نتیجه‌گیری

در این نوشتار مسأله‌ی «حق و حکم» از برخی جهات مانند تبیین ماهیت، ویژگی‌های ذاتی، و نیز تفاوت‌ها و آثار و ملاک تمایز آن دو بررسی گردید. نتیجه‌ی این بررسی را می‌توان به این شرح بیان داشت:

اولاً: ماهیت هر یک از «حق» و «حکم» و جوهر اصلی تشکیل‌دهنده‌ی آن‌ها عبارت است از اعتبار قانون‌گذار و شارع. این اعتبار در مورد حق از رابطه و تعلق ناشی است که بین صاحب حق و حق وجود دارد. قبل از این که این اعتبار صورت پذیرد، نوعی تعلق عینی و حقیقی بین این دو حاکم است و اعتبار حق، به این تعلق از نظر عقلایی، شرعی و قانونی مشروعیت می‌بخشد. اساساً ارزش و اهمیت حق در وجود این رابطه است که می‌توان از آن به مصلحت جعل و اعتبار حق تعبیر نمود. حدود هر یک از تصرفات صاحب حق، از قبیل نقل، انتقال و اسقاط را چگونگی این اعتبار تعیین می‌نماید. اما اعتبار حکم که در جنس اعتبار با حق مشترک است فصل‌میزی غیر از فصل حق و ویژگی آن دارد و آن این که حکم از حیث اقتضا و تخییر و مصالح و مفاسد اعتبار گردیده و زمام امر آن حدوثا و بقائاً به دست شارع و قانون‌گذار است و اراده‌ی مکلف در نقل، انتقال یا اسقاط آن موثر نیست.

ثانیا: هر یک از حقوق و احکام دارای ویژگی‌های ذاتی و خصوصیات ماهوی هستند که هم موجب تفاوت بین آن‌ها می‌باشند و هم از ترتب آثار خاص به هر یک حکایت دارند. از ویژگی‌های بارز حقوق، قابلیت آن‌ها برای اسقاط، نقل و انتقال را می‌توان برشمرد که از این میان، قابلیت اسقاط به عنوان یک ویژگی عمومی بین حقوق شناخته می‌شود و قابلیت نقل نیز مبین نفوذ خواست و اراده‌ی صاحب حق نسبت به حق خود است. از ویژگی‌های ذاتی و اساسی حکم، عدم قابلیت برای اسقاط، نقل و انتقال است. همچنین عمومیت احکام نسبت به تمام مکلفین و تبعیت از مصالح و مفاسد از اهم خصائص حکم می‌باشد.

ثالثا: بین حق و حکم رابطه و اتحادی وجود دارد، زیرا هر یک، ثمره‌ی اعتبار شرعی و قانونی‌اند؛ اعتباری که اساس آن را مصالح انسان‌ها و خیر و صلاح آنان شکل می‌دهد. در بعضی موارد، مصلحت یا مفسده‌ای که زمینه‌ی تقنین و تشریح گردیده از چنان اهمیت و موقعیتی برخوردار است که شارع و قانون‌گذار آن را فوق اراده و توانایی آنان قرار داده، به نحوی که نمی‌توانند در آن تصرف نمایند. چنین اعتباری را در اصطلاح «حکم» می‌گوییم. ولی اگر هدف شارع و قانون‌گذار حفظ و تامین مصالح افراد و جامعه باشد و در عین حال، این دسته از مصالح به حد و اندازه‌ای نباشند که اراده‌ی انسان نسبت به آن‌ها نافذ باشد بلکه خود این مصالح به نحوی با خواست و اراده درهم آمیخته و مشترکا در تامین اهداف و مقاصد شارع موضوعیت داشته باشند، به این دسته از اعتبارات و مقررات «حق» گفته می‌شود.

چنان‌که در جای خود گذشت، نوع تفاوت احکام و حقوق به لحاظ نظری و مفهومی روشن است ولی در مقام مصداق، در مواردی حق و حکم مشتبه می‌گردند. از این رو، بیان ضابطه‌ای که بتواند معیار تشخیص بین این دو قرار گیرد و در دوران امر بتوانیم به آن مراجعه نماییم، از اهمیت فراوانی برخوردار است و پیوسته مورد تاکید فقهای شیعه و علمای حقوق قرار داشته است. ضمن بررسی راه‌حل‌ها و ضوابط ارائه شده، به این نتیجه رسیدیم که اگر امکان تمسک به عمومات و نصوص شرعی وجود داشته باشد، برای رفع شبهه به آن‌ها مراجعه می‌کنیم؛ در غیر این صورت، اصل عملی استصحاب حاکمیت دارد که ثمره‌ی جریان آن، عدم نفوذ اراده‌ی مکلف و خواست او نسبت به مورد شک و حکم به عدم امکان ترتب آثار حق و نفی قابلیت‌های آن و احرار حکم بودن مورد شک است. از این منظر، دیگر راه‌حل‌های ارائه شده و نیز نظریه‌ی برخی از علمای

حقوق را که درباره شک، به اصل آزادی عمل انسان تمسک بسته و به حق بودن مورد شک حکم نموده‌اند، مورد اشکال قرار دادیم.

رابعا: در بررسی حق یا حکم بودن حضانت، نفقه و رجوع اختلاف نظرات فقهی و حقوقی مورد بررسی قرار گرفت و نهایتا به این نتیجه رسیدیم که هر یک از این موضوعات با توجه به شرایط خاصی می‌تواند حق تلقی گردد و قابلیت اسقاط را داشته باشد. به هر ترتیب باید دید که هدف از وضع این حقوق چه بوده تا بتوان بر اساس مصالح، قابلیت اسقاط یا عدم اسقاط آن‌ها را معین نمود.

## منابع

### فارسی:

۱. امامی، اسدالله، حقوق خانواده، جلد ۱، تهران: دانشگاه تهران، چاپ هفتم، ۱۳۷۸.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چاپ هفتم، ۱۳۷۱.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دائره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد ۳، تهران: مشعل آزادی، چاپ اول، ۱۳۳۷.
۴. قمی، میرزا ابوالقاسم، جامعه‌الشتات، جلد ۳، تهران: کیهان، چاپ اول، ۱۳۷۱.
۵. کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، جلد ۱، تهران: میزان، چاپ اول.
۶. کاتوزیان، ناصر، مبانی حقوق عمومی، تهران: میزان، چاپ اول.
۷. مرعشی، محمدحسن، دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری، میزان، چاپ اول، ۱۳۷۳.
۸. مغنیه، محمدجواد، فقه تطبیقی مذاهب پنجگانه، جواد کاظم‌پور، بی‌جا، منفرد، چاپ اول، ۱۳۶۳.

### عربی:

۹. آل بحر العلوم، سیدمحمد، بلغه‌الفقیه، تهران: مکتبه‌الصادق، چاپ چهارم، ۱۳۶۲.
۱۰. ابراهیم مصطفی و دیگران، المعجم الوسیط، ترکیه، ۱۳۸۴.
۱۱. ابن منظور، لسان‌العرب، جلد ۱۰، بی‌جا، ادب‌الحوزه، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.
۱۲. آخوند خراسانی، محمدکاظم، حاشیه مکاسب، تهران: وزارت ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶ ق.



۱۳. الراغب الاصفهانی، المفردات، بیروت: دارالمعرفه، بی تا.
۱۴. انصاری، مرتضی، مکاسب، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۳۷۸.
۱۵. ایروانی، علی، حاشیه مکاسب، بی جا، ۱۳۷۳.
۱۶. حکیم، سیدمحسن، نهج الفقاهه، جلد ۱، بی تا.
۱۷. شهید ثانی، زین الدین، مسالک الافهام، قم: موسسه معارف الاسلامیه، اول، ۱۴۱۳ ق.
۱۸. طباطبائی، سیدعلی، ریاض المسائل، بی جا، بی تا.
۱۹. طباطبائی یزدی، محمدکاظم، حاشیه مکاسب، قم: اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۳۷۸.
۲۰. عاملی، شیخ حر، وسائل الشیعه، جلد ۱۵، بی جا، ۱۴۰۴ ق.
۲۱. علامه حلی، ابی منصور حسن بن یوسف، مبادئ الاصول، بی جا، مکتبه الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۲۲. کاشف الغطاء، شیخ جعفر، کشف الغطاء عن مبهمات الشریعه، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۹.
۲۳. محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین، شرائع الاسلام، جلد ۴، تهران: استقلال، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.
۲۴. موسوی خمینی، روح الله، کتاب البیوع، جلد ۱، تهران: نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۳۷۹.
۲۵. موسوی خوئی، ابوالقاسم، مصباح الاصول، جلد ۲، قم: مکتبه الداوری، چاپ پنجم، بی تا.
۲۶. موسوی خوئی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، جلد ۲، قم: العلمیه، چاپ اول، ۱۳۷۷.
۲۷. نائینی، میرزا محمدحسین، منیه الطالب، جلد ۱، بی جا، نشر اسلامی، چاپ اول، بی تا.
۲۸. نائینی، میرزا محمدحسین، فوائد الاصول، جلد ۴، بی جا، نشر اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۲۹. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، تهران: مکتبه الاسلامیه، بی تا.
۳۰. نراقی، ملا محمد مهدی، مشارق الاحکام، چاپ سنگی، بی تا.

