

## حق حبس زوجه در فرض ضمانت ثالث از مهریه

سید مهدی میرداداشی\*

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۲/۰۵؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۳/۰۵)

### چکیده

می‌دانیم «نکاح» نوعی عقد است و طبعاً شرایط اساسی صحت (موضوع ماده ۱۹۰ قانون مدنی) و قواعد عمومی معاملات باید در آن رعایت شود، یکی از قواعد عمومی معاملات، حق حبس (موضوع ماده ۳۷۷ قانون مدنی) است، ولی تردیدی نیست که قواعد عمومی معاملات تا جایی در نکاح می‌آید که با طبیعت اولیه نکاح سازگار باشد هر چند پیرامون امکان شناختن حق حبس در نکاح، بحث‌های جدی در میان اساتید و نویسندگان شکل گرفته است ولی قانون مدنی با پیروی از مشهور فقهای امامیه و با اختصاص دو ماده ۱۰۸۵ و ۱۰۸۶ به حق حبس زوجه برای دریافت مهر، به همه این بحث‌های نظری پایان داده است البته برای ایجاد حق حبس زوجه وجود دو شرط ضروری است الف) حال بودن مهریه، ب) عدم دخول. قانون گذار مدنی در ماده ۱۰۸۵ به شرط حال بودن مهریه اشاره نموده است؛ و در ماده ۱۰۸۶ به شرط عدم دخول اشاره کرده است؛ ما در صدد بررسی این بخش - که ناظر به کلیات است- نیستیم بلکه رسالت این قلم پاسخ به این سوال است که آیا در وضعیتی که مهریه زوجه بر عهده شخص ثالث یا پدر زوج است، حق حبس برای زوجه قبل از وصول مهریه از ضامن باقی است یا این که حق حبس مختص موردی است که متعهد آن زوج است نه ثالث؟

### کلیدواژگان

حق حبس، ضامن، مهریه.

---

\* استادیار، گروه حقوق خصوصی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران  
رایانامه: mirdadashim@yahoo.com

## طرح بحث

ضمان در لغت به معنای پذیرفتن التزام است (فیومی/بی تا/۲/ ۳۶۵؛ طریحی/ ۱۴۱۶ هـ ق/۲/ ۳۶۴). و در اصطلاح فقهی عبارت است از عقدی که برای تعهد کردن به مال یا نفس تشریح شده است.<sup>۱</sup> (حلی/ ۱۴۰۸ هـ ق/ ۲/ ۸۸؛ ابن فهد/ ۱۴۰۷ هـ ق/ ۲/ ۵۲۱؛ صیمری/ ۱۴۲۰ هـ ق/ ۲/ ۱۹۱؛ شهید ثانی/ ۱۴۱۳ هـ ق/ ۴/ ۱۷۱؛ بحرانی، ۱۴۰۵ هـ ق/ ۲۱/ ۳؛ نجفی، ب تا/ ۲۶/ ۱۱۴) این تعریف، در واقع تعریف ضمان به معنای عام است که شامل حواله و کفالت نیز می‌شود ولی متبادر از عقد ضمان، همان ضمان به معنای اخص است لذا برخی از فقها نوشته‌اند که واژه ضمان هرگاه به طور مطلق و بدون قرینه به کار رود، به معنای ضمان عقدی اخص است و چنانچه حواله و کفالت مقصود باشد، باید به وسیله قرینه مشخص شود.<sup>۲</sup> (شهید ثانی/ ۱۴۱۳ هـ ق/ ۴/ ۱۷۳)

ماده ۶۸۴ قانون مدنی نیز در تعریف ضمان مقرر داشته است: «عقد ضمان عبارت است از این که شخصی مالی را که بر ذمه‌ی دیگری است به عهده بگیرد. متعهد را ضامن طرف دیگر را مضمون‌له و شخص ثالث رامضمون‌عنه یا مدیون اصلی می‌گویند.»

برای پاسخ به سوال تحقیق، ابتدا باید به ماهیت ضمان اشاره نماییم، در مورد ماهیت ضمان بین فقیهان و حقوق‌دانان دو نظریه به وجود آمده است، نظریه‌ای که در حقوق اروپایی (کاتوزیان/ ۱۳۷۸/ ۴/ ۲۲۵) و نزد فقهای عامه پذیرفته شده و آن را نوعی تضمین و وثیقه برای دین اصلی و در کنار این دین و همراه با بقای آن می‌شناسد و دیگر، نظریه‌ای که مورد قبول فقهای امامیه قرار گرفته و آن را وسیله برائت ذمه مدیون اصلی می‌دانند و اجماع و تسالم فقیهان امامیه

۱. «الضمان و هو عقد شرع للتعهد بمال أو نفس.»

۲. «لما كان الضمان بالمعنى الأعمّ منقسماً إلى الأقسام الثلاثة، انقسام الكلّي إلى جزئياته، فإطلاقه على كل واحد منها بطريق الحقيقة، فيصح إطلاق الضمان على الحوالة و الكفالة حقيقة، إلا أن المعنى المتبادر من الضمان شرعاً، عند إطلاق لفظه من غير قيد، هو الضمان بمن ليس عليه مال للمضمون، و هو المعنى الأخصّ له. و أما الآخران، و هما الحوالة و الكفالة، فإنما يفهم منهما معنى الضمان مع انضمام لفظ آخر إليه، و هو ضمان النفس، أو ضمان مشغول الذمة للمضمون، و نحو ذلك.»

بر این نظر است.<sup>۱</sup> (نجفی، ب تا/۲۶/۱۲۶؛ طباطبایی یزدی/۱۴۱۹ ه ق/۵، / ۴۱۱؛ خمینی، / بی تا/۲/ ۲۶؛ مقدادی تا/ ۲/ ۵۴۸)

بر اساس این دو نحوه تصور، دسته‌ای، اقتضای ضمان را، ضم ذمه به ذمه می‌دانند و دسته‌ای دیگر آن را مفید نقل ذمه به ذمه می‌شناسند. به عبارت دیگر، به موجب نظریه نخست، وقتی عقد ضمان بین ضامن و مضمون‌له برقرار شد، ضامن و مضمون‌عنه توأمان در مقابل مضمون‌له، مسئول خواهند بود.

قانون مدنی ایران به پیروی از فقه امامیه، نقل ذمه را پذیرفته است این معنی از ماده ۶۸۴ قانون مزبور که در مقام تعریف عقد ضمان می‌باشد قابل استنباط است زیرا عبارت به عهده گرفتن که در ماده استفاده شده، ظاهر در انتقال دین از ذمه مدیون به ذمه ضامن می‌باشد (باریکلو/ ۱۳۸۸/ ۲/ ۱۴۰). چنان که در ماده ۶۹۸ به این امر تصریح کرده است.<sup>۲</sup> همچنین مفاد ذیل ماده ۶۹۹ ق.م.ا<sup>۳</sup> مبنی بر اینکه ضامن می‌تواند التزام بر تأدیه را بر فرض عدم پرداخت مدیون اصلی معلق کند، بی‌تردید دلیل بر آن است که قانون‌گذار با قبول نظریه فقهای امامیه مبنی بر نقل ذمه، در پی راه‌حلی بوده است که در چارچوب فتوای این دسته از فقیهان، طرفین بتوانند ضمان را به صورت وثیقه دین درآورند. (محقق داماد/ ۱۴۰۶ ه ق/ ۱۸۳/۲).

۱. «و كيف كان فمع تحقق الضمان الجامع لشروط الصحة ينتقل المال إلى ذمة الضامن و يبرأ المضمون عنه و حينئذ تسقط المطالبة من المضمون له عنه لعدم الحق له في ذمته، بلا خلاف في شيء من ذلك عندنا و لا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه، بل لعله من ضروريات الفقه.» (إذا تحقّق الضمان الجامع لشروط الصحة انتقل الحق من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن و تبرأ ذمة المضمون عنه بالإجماع و النصوص خلافًا للجمهور حيث إنّ الضمان عندهم ضمّ ذمة إلى ذمة. و ظاهر كلمات الأصحاب عدم صحة ما ذكره حتى مع التصريح به على هذا النحو، و يمكن الحكم بصحته حينئذٍ للعمومات.)

۲. ماده ۶۹۸ قانون مدنی: «بعد از این که ضمان به طور صحیح واقع شد ذمه‌ی مضمون‌عنه بری و ذمه‌ی ضامن به مضمون‌له مشغول می‌شود.»

۳. ماده ۶۹۹ قانون مدنی: «تعلیق در ضمان مثل این که ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم باطل است ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد.»

هرچند برخی از حقوق دانان ضمن بررسی و نقد ادله فقهای امامیه و عامه، به نظریه سومی رسیده‌اند که به موجب آن، مقتضای ذات عقد ضمان، نه نقل ذمه است و نه ضم آن، بلکه آنچه مهم و مؤثر است اراده طرفین و مفاد تراضی و توافق آنان است که آیا این توافق به نحو انضمام دو ذمه صورت گرفته است یا به شکل انتقال ذمه‌ای به ذمه دیگر؟ (همان/۱۹۷)

ولی با عنایت به نص قانون مدنی در پیروی از نظریه مشهور فقهای امامیه مبنی بر نقل ذمه، می‌توان گفت حداقل، ضمان مطلق منصرف به نقل ذمه است. در مورد ضمانت از مهریه، فقها در ذیل فرع تزویج صغیر از طرف ولی قهری، متعرض مباحثی شده‌اند از جمله این که اگر پدر، فرزند صغیر خود را تزویج نماید در صورتی که فرزند مالی دارد مهر بر عهده خودش می‌باشد و اگر مالی ندارد مهر بر عهده پدر می‌باشد.<sup>۱</sup> (شهید ثانی / ۱۴۱۰ ه ق/ ۵/ ۳۷۲) فرعی که مستقیماً به مورد سوال تحقیق ما، ارتباطی پیدا نمی‌کند. چون مورد سوال اعم از فرع مذکور می‌باشد یعنی ممکن است فرزند نه صغیر بلکه کبیر باشد و اقدام به ازدواج نماید و پدر زوج از مهر ضمانت کرده باشد، آیا این ضمانت از نوع نقل ذمه است یا ضم ذمه؟ می‌دانیم نهاد مهریه از مختصات نظام حقوقی اسلام است و در سایر سیستم‌های حقوقی، مانند ندارد. در عقد نکاح مرد مکلف است تا مالی را به زن تملیک نموده یا آن را به مثابه یک تعهد مالی بر عهده گیرد. این تعهد مالی مانند سایر دیون، می‌تواند از جانب شخص ثالثی از جمله پدر شوهر تضمین گردد. ضمانت از پرداخت مهر مشمول قواعد عمومی عقد ضمان است و بدون تردید این ضمانت صحیح است خواه ضامن پدر شوهر باشد یا بیگانه و نمی‌توان گفت که این مورد از مصادیق ضمان «ما لم یجب» است تا حکم به ابطال آن داده شود.<sup>۲</sup> (شیخ طوسی / ۱۳۸۷ ه / ۴/ ۲۹۸)

۱. «التاسعة- إذا زوج الأب ولده الصغیر الذی لم یبلغ و برشد و للولد مال یفی بالمهر ففی ماله المهر، و إلا یکن له مال أصلاً ففی مال الأب، و لو ملک مقدار بعضه فهو فی ماله، و الباقی علی الأب، هذا هو المشهور بین الأصحاب، و نسبه فی التذکره إلى علمائنا و هو یشعر بالاتفاق علیه.»

۲. مگر مهریه به صورت مفوضه المهر باشد که در این صورت به عقیده برخی از فقها ضمان ما لم یجب بوده و باطل خواهد بود.

چه این که اگر سبب ضمان ایجاد شود کافی است تا به وجود دین حکم شود و طبعاً حکم به صحت ضمان گردد، چنانکه از مفهوم مخالف ماده ۶۹۱ قانون مدنی همین معنا برداشت می‌گردد.<sup>۱</sup> به عبارت دیگر فقها در باب ضمان دو چیز را در مضمون شرط کرده‌اند: یکی آن که مضمون مال باشد و دیگر آن که بر ذمه کسی ثابت شده باشد. مثلاً کسی مهریه‌ای را برای زن از طرف شوهرش ضمانت کند، این ضمانت صحیح خواهد بود، خواه این مال بر ذمه شوهر به طور مستقر ثابت شده باشد- و آن در صورتی است که مرد به همسر خود دخول کرده باشد- یا به طور متزلزل بر ذمه شوهر ثابت شده باشد و آن در صورتی است که دخول صورت نگرفته باشد. در فتاوی‌ای زیر نیز به صحت چنین ضمانتی اشاره شده است:

### سؤال

زید دارای زن و دو پسر و سه دختر است دخترها شوهر دارند و پسرها یکی از پدرش جدا و دیگری با پدر بوده و فوت نموده است و از او دو پسر و عیال باقی مانده پدر عیالش مهریه و جهیزیه دخترش را ادعاء و مطالبه می‌کند و پدر متوفی اظهار می‌دارد که مهریه بر ذمه من نیست و مدیون نیستم در این صورت نظر مبارک را مرقوم فرمائید.

### جواب: آیه الله العظمی سید محمد رضا موسوی گلپایگانی (ره):

«در فرض سؤال اگر شوهری که فوت شده در حال کبر ازدواج نموده باشد، مهریه بر عهده خود او است و از ترکه او باید ادا شود و بر عهده پدر نیست بلی اگر در حال صغر پدر برای او عیال گرفته باشد و در حال صغر مال نداشته یا آن که پدر ضمانت مهر را نموده بر عهده پدر است و اما چیزهایی که پدر زن به عنوان جهیزیه به دختر خود داده از ترکه متوفی نیست.» (موسوی گلپایگانی/۱۴۰۹ هـ ق/۲/۱۶۳).

۱. ماده ۶۹۱ قانون مدنی: «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است، باطل است.»

## سؤال

پدر زوج ضمانت نموده مقداری یا تمام مهریه را بدهد، آیا ضامن است یا خیر؟

**جواب: آیه الله العظمی سیدمحمد رضا موسوی گلپایگانی (ره):**

«در فرض سؤال اگر در صیغه عقد نکاح تمام مهر بر ذمه زوج قرار داده شده و بعد پدر زوج ضامن مقداری از آن شده که از طرف زوج ادا کند، زوجه می‌تواند آن مقدار را از پدر زوج مطالبه کند و اگر ابتدا مقداری از مهر را بر ذمه پدر زوج و بقیه را بر ذمه زوج قرار داده‌اند نسبت به مقداری که بر ذمه پدر زوج بوده، مهر باطل است و زوجه حق گرفتن از پدر زوج ندارد و چنانچه مهر المثل بیش از مبلغی است که بر ذمه زوج بوده، زوج باید جبران نماید.» (همان/ ۴/ ۳۲۵).

## سؤال

زید از برای پسر بزرگ خود زن خواسته و ضامن وجه صداق او شده و بعد از آن فوت شده، و زوجه پسر ادعای مهر خود بر ترکه میّت می‌نماید، او را می‌رسد یا نه؟

**جواب: آقا محمد علی بهبهانی کرمانشاهی**

«هرگاه ضامن به نهج شرعی شده باشد و آن از قبیل دیون می‌گردد، و لکن اگر ضامن به اذن پسر بالغ رشید شده باشد ورثه می‌توانند که به قدر حصّه خود از آن پسر مطالبه نمایند.» (بهبهانی کرمانشاهی / ۱۴۲۱ هـ ق / ۱ / ۲۹۱).

شیخ طوسی در پاسخ به این سوال که اگر شخصی برای پسر بالغ خویش عقد ازدواج منعقد نماید و از طرف وی مهریه را ضمانت نماید، این ضمانت بر وی الزام آور است یا خیر؟ نوشته است عقد و مهر مذکور الزام آور نیست مگر این که پسر به آن راضی باشد و مهر بر پدر [ضامن] الزام آور است.<sup>۱</sup> (طوسی / ۱۴۱۴ هـ ق / ۲۹۳)

۱. «مسألة: عن الرجل إذا عقد على ابنة البالغ النكاح و ضمن عنه المهر يلزمه ذلك أم لا؟ الجواب: لا يلزم إلا من البالغ ذلك العقد و لا المهر إلا إذا رضي به و يلزم المهر الأب.»

چنان که در بیان برخی از فقها نیز همین صورت آمده است. «صورت اول: ولی ضمان را به عهده می‌گیرد، که این صورت علی القاعده درست است، اگر چه مهریه بر ذمه زوج می‌آید، ولی کسی می‌تواند آن را ضمانت کند که به صورت نقل ذمه به ذمه است، نه ضم ذمه بر ذمه.» (مکارم شیرازی/۱۴۲۴ ه ق/۶/۹۶). در عبارت فوق به این نکته نیز به صراحت اشاره شده که هر چند مهریه بر ذمه زوج می‌باشد ولی ضمانت از آن، از جانب دیگری صحیح است و در این صورت، ضمانت مذکور به صورت نقل ذمه خواهد بود.

در نشست قضائی مجتمع قضائی خانواده یک تهران نیز به همین مطلب تصریح شده است، «در سند نکاحیه‌ای پرداخت قسمتی از مهریه نقد فرضاً ۱/۲ به مبلغ یک میلیون ریال در ضمانت پدرشوهر قرار گرفته است، پدرشوهر قبل از تصویب قانون مهریه به نرخ روز (۱۳۷۶/۴/۲۹) فوت نموده سپس زوجه مهریه مورد ضمانت را از ورثه مطالبه و از ماترک به همان مبلغ ریالی مندرج در سند نکاحیه دریافت می‌نماید، در فرض فوق آیا زوجه می‌تواند مابه‌التفاوت مهریه به نرخ روز را با توجه به حیات شوهر از وی مطالبه نماید؟

نظر اکثریت قریب به اتفاق: با توجه به اثر عقد ضمان که نقل ذمه به ذمه است با وقوع عقد ضمان، ذمه شوهر نسبت به ۱/۲ مهریه بری و ذمه پدرشوهر (ضامن) به آن مشغول می‌شود. لکن چون فوت ضامن و مطالبه مهریه قبل از تصویب قانون الحاق یک تبصره به ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی صورت گرفته است مابه‌التفاوت مهریه به نرخ روز از زوج قابل مطالبه نیست و زوجه تنها استحقاق دریافت مهریه مورد ضمانت از ماترک متوفی را دارد.» (نشریه قضاوت / شماره ۳۱/۴۷)

از نظریه اکثریت قریب به اتفاق قضات مذکور استفاده می‌شود که اصل در ضمان نقل ذمه است.

پس اطلاق عقد ضمان منصرف به نقل ذمه است و در فرض سوال، با تحقق عقد ضمان، زوج در مقابل زوجه دینی ندارد تا زوجه برای مطالبه‌ی آن اقدام به حق حبس نماید به عبارت دیگر برای ایجاد حق حبس زوجه دو شرط لازم است:

۱. حال بودن مهریه

۲. عدم دخول

قانون گذار مدنی در ماده ۱۰۸۵ به شرط حال بودن مهریه اشاره نموده است؛ « زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند مشروط بر این که 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 اخذ مهر به اختیار خود به ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد قیام نمود دیگر نمی‌تواند از حکم ماده قبل استفاده کند مع ذلک حقی که برای مطالبه مهر دارد ساقط نخواهد شد.»

شروطی که در کلام فقها نیز بدان تصریح شده است: «ولها ان تمتنع من تسلیم نفسها حتی تقبض مهرها؛ زن می‌تواند از تمکین خودداری نموده تا مهریه‌اش را دریافت نماید» (محقق حلی/بی/بی تا/۲۶۹/۲؛ سیستانی/بی/تا/۳/۹۵؛ امام خمینی/۲/۲۹۸ و...). مرحوم صاحب جواهر در مقام شرح عبارت شرائع ضمن اشاره به یکی از شرایط اعمال حق حبس (عدم دخول)، بر وجود حق حبس، ادعای اتفاق نموده‌اند؛ «فلها ان تمتنع قبل الدخول بما من تسلیم نفسها حتی تقبض مهرها اتفاقاً...» (نجفی/۳۱/۴۲؛ الاصفهانی/۷/۴۱۰؛ الخوانساری/۴/۴۲۴؛ الموسوی السبزواری/۲۵/۱۵۸؛ الانصاری/۲۶۵؛ طباطبایی/۲/۱۴۹؛ شهید ثانی/۸/۱۹۱؛ حلی/۳/۴۱۳؛ علامه حلی/۳/۷۴). چنان که برخی ادعای اجماع نموده‌اند. (شبیری زنجانی/۱۴۱۹ ه ق/۲۲/۷۰۲۲). این عده معتقدند، "اجماع در مساله ما به گونه‌ای است که در کمتر مسأله‌ای تا این اندازه ادعای اجماع شده است، لذا نتیجه می‌گیریم که از آنجا که این مسأله از اصول مسائل مهر است (و از فروع نیست تا بگوییم از مستحدثات است و خارج از محل ابتلاء) و در زمان معصوم هم رایج بوده و در منظر ایشان بوده است، پس ادله تقریر معصوم که دلیل حجیت اجماع است شامل این مسأله می‌شود و اجماع دلیل مستقلی بر آن می‌باشد." (همان)

شرط دیگری که در کلام فقهاء آمده است، نقد بودن مهر است، بنا بر این اگر مهریه تماماً یا بخشی از آن مؤجل باشد، حق حبس برای زوجه وجود نخواهد داشت؛ "نعم لیس لها الامتناع فیما لو كان كله أو بعضه مؤجلاً و قد أخذت بعضه الحال" (امام خمینی/۲/۲۹۹)

پس وقتی مهر وجود داشته باشد ولی مؤجل باشد، زوجه حق حبس ندارد می‌توان گفت در



صورتی که مهر اساساً به خاطر تحقق ضمان و براءت ذمه مضمون عنه (زوج)، وجود خارجی نداشته باشد به طریق اولی زن حق حبس نخواهد داشت. همان طور که می‌دانیم عقد ضمان با ایجاب از سوی ضامن و قبول از طرف مضمون له (زوجه) منعقد شده و خود زوجه با پذیرش ضمانت پدر شوهر بر اسقاط دین از ذمه شوهر خود اقدام نموده و امکان استناد به حق حبس را ندارد. بله اگر طرفین بر ضم ذمه به ذمه تراضی و توافق نمایند، در این صورت زن حق حبس خواهد داشت چون همان گونه که گفتیم هر چند اطلاق عقد ضمان منصرف به نقل ذمه است ولی طرفین می‌توانند بر ضم ذمه به ذمه تراضی و توافق نمایند. به عبارت دیگر نقل ذمه مقتضای ذات عقد ضمان نیست که نتوان خلاف آن توافق نمود بلکه مقتضای اطلاق عقد ضمان است فلذا توافق بر خلاف آن امکان پذیر است.

چنان که مرحوم سید محمد کاظم طباطبایی صاحب عروة الوثقی نیز بر پایه عمومات، امکان صحت شرط ضم ذمه به ذمه را پذیرفته و در این باره گفته است: «همین که ضمان با رعایت شرایط صحت، تحقق یافت، به دلیل اجماع و روایاتی که در این باب وجود دارد، حق از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود و ذمه مضمون عنه بری می‌شود، بر خلاف اهل تسنن که ضمان در نزد آنها ضم ذمه به ذمه است؛ و... ظاهر کلمات اصحاب [امامیه] عدم صحت اظهارات اهل تسنن است، حتی اگر در عقد نیز تصریح به این موضوع [ضم ذمه به ذمه] شود؛ ولی بر طبق عمومات ممکن است در صورت اخیر [تصریح به ضم ذمه] به صحت چنین ضمانتی حکم داد.»<sup>۱</sup>

---

۱. زید از عمرو طلب دارد. بکر می‌گوید: «اگر عمرو نداد، من ضامنم که بدهم آیا صحیح است یا نه؟ جواب: هر چند ضمان عند الامامیه، نقل دین از ذمه مدیون به سوی ذمه ضامن، نه ضم ذمه به ذمه، چنانچه مذهب عامه است، و از اخبار هم مستفاد می‌شود براءت ذمه مضمون عنه به مجرد ضمان، إلا این که اقوی صحت ضمان به معنی ضم ذمه به ذمه است نیز، هر گاه قصد این معنی کنند، نه ضمان مصطلح. و یدل علیه عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «المؤمنون عند شروطهم»، بلکه در ضمان اعیان مضمونه، مثل غصب و عاریه مضمونه، نزد قائل به صحت، ذمه هر دو مشغول می‌شود، به معنای این که ذمه غاصب بری نمی‌شود چنانچه منقول از علامه است. و فرق ما بین ضمان دین و ضمان عین نیست. و دعوی این که معقول نیست اشتغال ذمه دو نفر به یک مال، مدفوع است به منع عدم معقولیت، چنانچه در تعاقب ایدی

(طباطبایی یزدی/۱۴۱۹ ه ق/۵، / ۴۱۱؛ همو/۱۴۱۵ ه ق/ ۲۵۲/ سؤال ۴۰۴؛ مکارم شیرازی/ ۱۴۲۹ ه ق/ ۴۸۹؛ سبحانی تبریزی/۱۴۲۹ ه ق/ ۴۳۱؛ شبیری زنجانی؛ اراکی؛ خوئی و تبریزی/ ۱۴۲۴ ه ق، ۲/ ۴۲۳)

مرحوم حکیم در مقام شرح و استدلال بر نظریه سید می‌نویسد: «امور اعتباری نباید با امور حقیقی مقایسه شود، گرچه در امور حقیقی، وجود شیء واحد در مکان‌های متعدد محال است، ولی در امور اعتباری نه تنها منع عقلی ندارد، بلکه وقوع آن در مواردی چون تعاقب ایادی بهترین دلیل بر محال نبودن آن است.<sup>۱</sup> (طباطبایی حکیم/ ۱۴۱۶ ه ق/ ۱۳/ ۲۷۳)

برخی از حقوق‌دانان نیز به امکان اشتراط بر خلاف نقل ذمه تصریح نموده‌اند. (امامی/بی تا/ ۱/ ۳۴۷/ کاتوزیان/ ۲۳۳) به علاوه، امروزه مسئولیت تضامنی در برخی از قوانین ما پذیرفته شده است، از جمله می‌توان به مواد ۴۰۳، ۱۱۶ و ۲۴۹ قانون تجارت<sup>۲</sup> ماده ۲۴ قانون امور حسبی<sup>۳</sup> ماده ۳۱۷

---

چنین است. و نظیر آن در تکالیف واجب کفائی است. حاصل این که با فرض قصد معنای مذکور، مانعی از صحت آن نیست. و اجماع هم ممنوع است. غایه ما یکون، ضمان مصطلح، نقل ذمه به ذمه است و از اخباری که مستفاد می‌شود از آنها برائت ذمه مدیون، حصر مستفاد نمی‌شود»

۱. «إذ لا مانع من اشتغال ذمه متعددة بمال واحد على أن يكون بعضها بدلا عن الآخر، كما في المقام، أو لم يلحظ فيها ذلك، كما في تعاقب الأيدي، فإن العين المغصوبة إذا تعاقبت عليها الأيدي كان كل واحد من ذوي الأيدي ضامناً لها على السواء فيما بينهم لم يكن قد لوحظت البدلية معه. و امتناع كون الشيء الواحد في مكانين يختص بالأمر الحقيقة، و لا يجري في الأمور الاعتبارية التي هي وجودات ادعائية اعتبرت عند العقلاء لأسباب اقتضت ذلك الاعتبار. و نظير ذلك الوجوب الكفائي. فإنه يتعدد الواجب عليهم مع وحدة الواجب، فكما يصح اعتبار وجوب متعدد لواجب واحد يصح اعتبار ضمان متعدد لمضمون واحد. و لا فرق إلا من حيث التكليف و الوضع، فالواجب الكفائي مع أنه واحد ثابت على كل واحد من المكلفين أو في ذمته، و المضمون في تعاقب الأيدي أيضاً ثابت في ذمة كل واحد من ذوي الأيدي»

۲. ماده ۱۱۶ قانون تجارت ایران: «شرکت تضامنی شرکتی است که در تحت اسم مخصوصی برای امور تجارتي بين دو یا چند نفر با مسئولیت تضامنی تشکیل می‌شود. اگر دارایی شرکت برای تأدیه تمام قروض کافی نباشد، هر یک از شرکا مسئول پرداخت تمام قروض شرکت است...». ماده ۲۴۹ قانون تجارت: «برات دهنده، کسی که برات را قبول کرده و ظهرنویس‌ها در مقابل دارنده برات مسئولیت تضامنی دارند. دارنده برات در صورت عدم تأدیه و اعتراض می‌تواند به هر کدام از آنها که بخواهد منفرداً یا به چند نفر یا به تمام آنها مجتمعاً رجوع نماید».

۳. ماده ۲۴ قانون امور حسبی: «در صورتی که قیّم متعدد بوده و با شرکت یک‌دیگر در اموال محجور تعدی یا تفریط نمایند هر یک از آنها مسئولیت تضامنی دارند...».

قانون مدنی<sup>۱</sup> ماده ۱۴ قانون مسئولیت مدنی<sup>۲</sup> اشاره نمود. بنابراین در عقد نکاح می‌توان دونفر را متضامناً مسئول پرداخت مهریه قرار داد.

### نتیجه

اطلاق ضمانت پدر شوهر از مهریه عروس، منصرف به نقل ذمه است؛ و با تحقق عقد ضمان، زوج در مقابل زوجه دینی ندارد تا زوجه برای مطالبه‌ی آن اقدام به حق حبس نماید چون یکی از شرایط تحقق حق حبس، نقد بودن مهر است وقتی که مهر وجود داشته باشد ولی موجب باشد، زوجه حق حبس ندارد می‌توان گفت در صورتی که مهر اساساً به خاطر تحقق ضمان و برائت ذمه مضمون عنه (زوج)، وجود خارجی نداشته باشد به طریق اولی زن حق حبس نخواهد داشت مگر این که طرفین به صورت ضم ذمه به ذمه توافق کرده باشند که در این صورت زوجه حق حبس خواهد داشت. بدیهی است دادرس محترم دادگاه باید بررسی نموده و ضمن مراجعه به متن قرارداد موجود، اراده طرفین را کشف نماید. در صورتی که دادرس دادگاه نتواند به طور روشن اراده طرفین را کشف نماید، براساس قواعد عمومی دادرسی، مدعی باید بینه اقامه نماید و گرنه با سوگند مدعی علیه، دعوی ختم خواهد شد، در بحث ما مدعی، کسی است که می‌گوید ضمان به شکل ضم ذمه است و همو باید دلیل اقامه نماید چون سخن وی بر خلاف اصل (نقل ذمه) است و مدعی کسی است که امری را بر خلاف اصل ادعا می‌کند.

---

۱. ماده ۳۱۷ قانون مدنی: «مالک می‌تواند عین و در صورت تلف شدن عین، مثل یا قیمت تمام یا قسمتی از مال مغضوب را از غاصب اولی یا از هر یک از غاصبین بعدی که بخواهد مطالبه کند.»  
۲. ماده ۱۴ قانون مسئولیت مدنی: «در مورد ماده ۱۲ هر گاه چند نفر مجتمعاً زبانی وارد آورند متضامناً مسئول جبران خسارت وارده هستند.»

## منابع و مأخذ

۱. ابن فهد حلی، ۱۴۰۷ ه ق، المذهب البارع فی شرح المختصر النافع، قم، دفتر انتشارات اسلامی، اول، ج ۲.
۲. الاصفهانی، الشیخ بهاءالدین محمد بن الحسن، بی تا، کشف اللثام عن قواعد الاحکام، ج ۷.
۳. امام خمینی، بی تا، تحریر الوسیله، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، چاپ اول، ج ۲.
۴. امامی، سید حسن، بی تا، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامی، ج ۱.
۵. باریکلو، علی رضا، ۱۳۸۸، عقود معین، تهران، مجد، چاپ اول، ج ۲.
۶. بحرانی، یوسف، ۱۴۰۵ ه ق، الحدائق الناضره فی أحكام العتره الطاهره، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ج ۲۱.
۷. بهبهانی کرمانشاهی، آقا محمد علی، ۱۴۲۱ ه ق، مقامع الفضل، قم، مؤسسه علامه مجدد وحید بهبهانی، چاپ اول، ج ۱.
۸. توضیح المسائل (محشّی)، ۱۴۲۴ ه ق، قم، دفتر انتشارات اسلامی، قم، چاپ هشتم، ج ۲.
۹. الخوانساری، السید احمد، بی تا، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، ج ۴.
۱۰. زنجانی شبیری، سید موسی، ۱۴۱۹ ه ق، کتاب نکاح، قم، مؤسسه پژوهشی رای پرداز، چاپ اول، ص ۷۰۲۲۲۹۹.
۱۱. سبحانی تبریزی، جعفر، ۱۴۲۹ ه ق، رساله توضیح المسائل، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ سوم.
۱۲. سید علی، ریاض المسائل، ج ۲.
۱۳. سیستانی، السید علی، منهاج الصالحین، ج ۳.
۱۴. شهید ثانی، ۱۴۱۰ ه ق، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، قم، کتاب فروشی داوری، چاپ اول، ج ۵.

۱۵. شهید ثانی، ۱۴۱۳ ه ق، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیة، چاپ اول، ج ۴.
۱۶. شیخ طوسی، ۱۳۸۷ ه، المبسوط فی فقه الإمامیة، تهران، المكتبة المرتضویة، چاپ سوم، ج ۴.
۱۷. شیخ طوسی، ۱۴۱۴ ه ق، الرسائل العشر، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
۱۸. صیمری، مفلق بن حسن، ۱۴۲۰ ه ق، غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت، دار الهادی، چاپ اول، ج ۲.
۱۹. طباطبایی حکیم، سید محسن، ۱۴۱۶ ه ق، مستمسک العروة الوثقی، قم، مؤسسه دار التفسیر، چاپ اول، ج ۱۳.
۲۰. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، ۱۴۱۹ ه ق، العروة الوثقی (المحشی)، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ج ۵.
۲۱. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، ۱۴۱۵ ه ق، سؤال و جواب، تهران، مرکز نشر العلوم الإسلامی، چاپ اول.
۲۲. طریحی، فخر الدین، ۱۴۱۶ ه ق، مجمع البحرین، تهران، کتاب فروشی مرتضوی، سوم، ج ۲.
۲۳. علامه حلی، قواعد الاحکام، ج ۳.
۲۴. فاضل مقداد، مترجم: عبد الرحیم عقیقی بخشایشی، بی تا، کنز العرفان فی فقه القرآن، قم، چاپ اول، ج ۲.
۲۵. فیومی، المصباح المنیر، قم، منشورات دار الرضی، چاپ اول، ج ۲.
۲۶. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۸، عقود معین، تهران، شرکت انتشار، چاپ سوم، ج ۴.
۲۷. محقق حلی، ۱۴۰۸ ه ق، شرائع الإسلام، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ج ۲.
۲۸. محقق داماد، سید مصطفی، ۱۴۰۶ ه ق، قواعد فقه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم، ج ۲.
۲۹. مکارم شیرازی، ناصر، ۱۴۲۹ ه ق، رساله توضیح المسائل، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، چاپ پنجاه و دوم.

۱۳۲ ..... فصلنامه تخصصی مطالعات فقهی و فلسفی / سال چهارم، شماره ۱۴، تابستان ۱۳۹۲

۳۰. مکارم شیرازی، ناصر، ۱۴۲۴ ه ق، کتاب النکاح، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، چاپ اول، ج ۶.

۳۱. الموسوی السبزواری، السید عبدالاعلی، مهذب الاحکام، ج ۲۵.

۳۲. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا، ۱۴۰۹ ه ق، مجمع المسائل، قم، دار القرآن الکریم، چاپ دوم، ج ۲.

۳۳. نجفی، محمد حسن، بی تا، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم، ج ۲۶.

۳۴. نشریه قضاوت، ماهنامه دادگستری استان تهران، شماره ۴۷.