

## متن پیاده سازی شده جلسه بیست و پنجم خارج فقه القضا 18 آبان 1399

بسم الله الرحمن الرحيم

پرونده ای مطرح شد و رأی دادگاه بدوی، تجدید نظر، دیوان عالی کشور و برخی از قضات در اطراف آن پرونده مطرح شد. من با تأکید بر این که نمی خواهیم در این بحث معطل شویم ولی برای تمرین برخی از نقدهایی که به نظر می رسد را بیان می کنم و یک دآوری هم در رابطه با این پرونده که در ظاهر خیلی ساده بود داشته باشیم.

اگر بخواهیم راجع به دادگاه اول نقدی داشته باشیم این است که به قاضی دادگاه اول می گوئیم شما رفتار زوجه را بذل فرض کردید نه هبه و لذا رجوعش را غیر مؤثر انگاشته اید از آن طرف حضانت را یک تکلیف از جنس مثلاً ولایت فرض کرده اید که قابل اسقاط نیست به ماده ی 1168 هم تمسک کرده اید که می گوید هم حق است و هم تکلیف و گفته اید که قابل اسقاط نیست لذا دست زن را خالی کرده اید. رجوعش را قبول نکرده اید به ملاک بذل، حضانت بچه را به او نداده اید به ملاک این که شوهر حق چنین اسقاطی ندارد. اما آقای قاضی شما به یک نکته توجه نکرده اید که بذل زوجه نامشروط نبود، مطلق نبود، بذل ایشان مشروط بود، شما بگوئید بذل ایقاع است و ایقاع مشروط ندارد (اختلافی است که چنانکه عقود می تواند مشروط و غیر مشروط باشد ایقاعات هم می تواند مشروط و غیر مشروط باشد یا نه؟ برخی از علما پذیرفته اند و برخی نکرده اند) من فرض می کنم مبنایی که می گوید ایقاع شرط بردار نیست، اگر یک جایی باذل بر اثر جهل به مسأله یا ندانستن قانون بذل کرد و بذلش هم مشروط بود باید بگوئیم شرط باطل است اما بذل تو درست است یا در این جا چون بذل براساس عوض بسته شده است یعنی گفته بذل در مقابل حضانت یا گفته بذل به شرط حضانت و این شرط فاسد است، مفسد، بذل هم می شود فاسد. نگویید شرط فاسد مفسد نیست، در این جا دو مبنا است، شرط فاسد مفسد عقد و ایقاع است یا شرط فاسد مفسد نیست. آن شرطی که قائلان به مفسد نبودن شرط فاسد می گویند شرطی است که در واقع عوض عقد یا مقوم ایقاع نباشد و الا شرطی که در واقع اصل عقد یا ایقاع بر آن بسته شده است اگر فاسد باشد آن عقد یا آن ایقاع هم می شود فاسد البته این حرف را شیخ انصاری در عقد دارد ولی در ایقاع ندارد. علی ای حال یک خانمی بر اساس فرض اشتباه که من حضانت بچه ام را میگیرم در مقابل هفتصد سکه را نمی خواهم ولی این توهم باطل است که می تواند بگیرد اگر اینطور باشد آن بذل هم که بر این اساس بسته شده است می شود باطل نه این که ما بذل را بگیریم، مطلق انگاری کنیم و بعد دست خانم را خالی کنیم.

خلاصه دادگاه به این که این بذل مطلق نبوده است توجه نکرده است و این مطلق انگاری بذل خانم از مشکلات این رأی است. دادگاه تجدید نظر هم که همین مطلب را داشت لذا ما چیز خاصی نداریم. می آییم سراغ رأی دیوان عالی کشور. ما برابند نظرشان را ما قبول می کنیم ولی فرایندی که پیش برده است خیلی مناقشه دارد. یک فقیه، یک مقلد فاضل، یک قانوندان فاضل اینطور نباید حرف بزند. من متن را می خوانم:

«اولا مهریه از سوی زوجه مشروط به عوض و در قبال حق الحضانه که در صورت تحقق شرط و بذل زوج حق الحضانه ی خود را در قبال مهریه معاوضه ی بالمال می باشد که باطل است. (عبارت خیلی خراب است) زیرا حق الحضانه مانند حق الولایه قابل نقل و انتقال و اسقاط نیست.»

یعنی حق الحضانه چیزی است غیر حق الولایه اما از جهت این که قابل نقل و انتقال نیست مثل حق الولایه است در حالی که حق الحضانه اگر گفتید که محض حق است (که نباید کسی تفوه به این مطلب بکند) بله می شود در مقابل ولایت ولی اگر نشد می شود ولایت و نه مانند ولایت. ظاهراً تصور درستی از ولایت نداشته است.

«ثانیا با قطع نظر از بطلان بذل، بذل و هبه از عقود می باشند» بذل یک شکلش ایقاع است اگر بدون شرط و قبول طرف مقابل باشد و یک شکلش هم هبه است پس نباید گفت بذل و هبه از عقود می باشند. ما بذلی که در کنار هبه از عقود باشد نداریم، همان هبه است در حالی که این عبارت دلالت بر این می کند که بذلی داریم مثل هبه، از عقود است در حالی که خودش است. این ها حاکی از این است که تصور درستی از بذل ندارند.

اما از این ملاحظات بگذریم نتیجه ی رأی دیوان را ما قبول داریم و به نظر ما دادگاه هم عرض باید همین حکم را بدهد یعنی باید بگوید بذل باطل است، واقع نشده است، حضانت هم جابجا نمی شود.

از همه ی این ها طرفه تر دو اشکالی است که از برخی از نویسندگان نقل کردیم که گفته بودند اولاً حضانت ولایت نیست بلکه تکلیف و حق است و مهم ترین ویژگی حق، اسقاط است. این اشکال فقط به دیوان نیست بلکه به رأی دادگاه بدوی و تجدید نظر هم هست. بعد هم گفته اند به علاوه کاری که زن انجام داده است، بذل مهر برای تحصیل طلاق بوده است نه برای اسقاط حق حضانت. در مقابل اسقاط حق حضانت مالی گرفته نشده است که بگویید درست نیست، باطل است.

اولاً شما که به قانون تمسک می کنید، به قول خودتان می گوید حق است و تکلیف و بعد می گوید حق قابل اسقاط است، تکلیف چطور؟ چطور شما لازمه ی حق را می گیرید اما لازمه ی تکلیف را نمی گیرید؟ اگر نظرتان به قانون مدنی است ماده 1168، آن ماده می گوید هم حق است و هم تکلیف. و می دانید اگر یک چیزی هم حق بود و هم تکلیف و مثلاً هر حقی قابل اسقاط باشد و هیچ تکلیفی قابل اسقاط نباشد در این جا عملاً جنبه ی عدم غالب است چون نتیجه تابع اخص مقدمین است گرچه این غلط است که بگوییم هر حقی قابل اسقاط است. اصولاً دیوار گذاشتن بین حق و تکلیف قدری سخت است.

حضانت قطعاً ولایت است اما ولایت به معنای حق فرماندهی نیست؛ ولایتی که در این موارد مطرح می شود مثلاً می گویند پدر و مادر ولایت دارند یعنی مسئولیت حفاظت، یعنی تکلیف و البته جواز و حق دخالت در شئون بچه یا وقتی می گویند پدر ولایت دارد بر دوشیزه نه یعنی حق امر و نهی بلکه یعنی ایشان باید رأی بدهد و در شئون دختر دخالت می کند اما در مصلحت او، در حفاظت از منافع او. دیدیم برخی وقتی حضانت را آورده اند تعبیر کرده اند که: «الام احق بحضانة الولد و تربیته و ما یتعلق بها من مصلحة حفظه» تعبیر تحریر الوسیله است؛ خیلی تعبیر خوبی است؛ حضانت را وقتی می گوید پشت سرش می گوید تربیت و آن چه که متعلق به تربیت است به عبارت دیگر مصلحت حفظ بچه، حفظ مالش، حفظ آبرویش، حفظ شئونش، این جنس است.

اگر اینطور شد، شارع این را قرار داده است، کسی نمی تواند آن را واگذار کند، یعنی شارع گفته تا یک سنی پدر یا مادر تا یک سنی شما مثل همسایه نیستید نسبت به فرزندان که هیچ شأنی ندارد، شما شأن تربیت دارید. جنس ولایت این است. قانون مدنی محترم هم باید منظور این باشد. حضانت حق است تکلیف است بلکه تکلیف است حق هم که هست حق صاحب

حضانت است یا حق کسی است که می خواهد حضانت روی او اعمال شود یعنی بچه؟ در این جا بیشتر حق بچه است لذا پدر نمی تواند بگوید من این را قبول ندارم، بچه را سر کوچه بگذارید یا هر کسی که می خواهد من بچه را به او می دهم. یا در ولایت فقیه، فقیه نمی تواند بگوید من واگذار کردم و از گردن خودم برداشتم؛ این تکلیف است، مسئولیت است منتهی نه به معنایی که بتواند بنشیند و امر و دستور دهد باید بر روی مصلحت مأموم، مصلحت کسانی که برشان ولایت دارد عمل کند. البته در

راستای مصلحت می تواند امر و نهی کند. خلاصه باید در راستای مصلحت باشد. بله خداوند متعال مولویت علی الاطلاق دارد ولی بقیه ی ولایت ها در این راستا است. اگر این طور شد قابل اسقاط هم نیست. جالب این است که ناقد گفت چون حق است قابل اسقاط است، حق فقط پدر است یا حق آن بچه است؛ یک عبارتی داشت ناقد: «شرطش این است که اسقاط با تکلیف

منافات نداشته باشد یعنی موجب تضییع حق کودک نباشد» اگر شما این را قبول دارید که تضییع حق کودک است، حق کودک را شارع تشخیص داده است و گذاشته است به عهده ی پدر و قابل اسقاط نیست. لذا ما می گوئیم نباید تأمل کرد بلکه یک چیزی هست، برخی از اوقات پدر و مادر ولو صحبت از اسقاط می کنند ولی در واقع اسقاط نیست یعنی پدر می گوید من اسقاط کردم معنایش این است که من مزاحم تو نمی شوم، بچه را ببر، دادگاه هم می نویسد بچه نزد مادر باشد، پدر آخر هفته بیاید بچه را ببرد و ببیند، مادر هم خوشحال می شود، این اسقاط نیست. اسقاط یعنی من دیگر حق نداشته باشم. حق نداشته باشم یک مطلب

است و این که از حقم یا از حضانت استفاده نمی کنم یک مطلب دیگر است. فرق می کند، یک مرتبه کسی تعهد می دهد خانمی که می گیرد، دیگر ازدواج نکند، می گوید من شرعاً دیگر حق نداشته باشم، در این جا داد فقها بلند می شود که این شرط حرم حلالاً اما اگر به خانمش قول بدهد که من با ازدواج با شما ازدواج دیگری نخواهم داشت و بعد هم یک ضمانت اجرا می گذارند.

آقایان قضات باید دقت داشته باشند که در این رد و بدل های بین زوجین اسقاط بوده و بعد چون این شرط باطل است بذل هم باطل می شود، این شرط خلاف حکم خداست، یا منظور این است یا حتی قضات ممکن است راهنمایی کنند زوجین را که اینطور بگویند. پدر نگوید من اسقاط کردم، اسقاط کردم معنایش این است که دیگر حق ندارم، بلکه بگوید من دیگر مزاحمت ایجاد نمی کنم، بچه پیش مادرش باشد. در این جا اگر واقعا پدر نمی تواند مصلحت بچه را تضمین کند و مصلحت بچه در این است که حضانت بچه ساقط شود مخصوصا اگر بچه دختر باشد، این موارد برمی گردد به حاکم شرع، حاکم این را اسقاط می کند و می تواند اسقاط کند چون همه مصلحت است و اگر نتواند مصلحت را تأمین کند حضانت ندارد، ولایت ندارد. مثل پدری که برخلاف مصلحت دختر ممانعت از ازدواج دختر می کند، این پدر هم ولایت ندارد.

اگر این طور باشد در این بحث ما (من که اقرار نامه ی زوجه را ندیده ام) اگر اینطور باشد رأی دیوان هم زیر سؤال می رود قهرا بذل زوجه درست می شود و زوج هم باید متعهد باشد که برای زن مزاحمتی ایجاد نکند. اگر گفتیم تعهد ابتدایی است و تعهد ابتدایی الزام آور نیست که هیچ و اگر گفتیم تعهد ابتدایی الزام آور است که ما در این گونه موارد قائل هستیم باید در ضمن عقدی قرارش دهند که الزام آور می شود. فهمیدیم که قاضی باید مسلط بر قانون باشد، در پرونده ها تلقی دقیقی از پرونده داشته باشد و بتواند دقیق تطبیق کلی بر جزئی بکند.

ما گفتیم قاضی باید مسلط باشد بر تعارضات قانون، مناسباتش، یک چیز دیگر این که گاهی اوقات ماده ی قانون از متن جواهر سخت تر هست که آسان تر نیست. من یک ماده انتخاب کرده ام، از این موارد هم زیاد داریم. ماده ی 299 را من انتخاب کرده ام. امشب روی این ماده فکر کنید و ببینید این ماده چه می خواهد بگوید. غیر از بحث تعارضات و مناسبات و نقاط کور قانون، فهم مواد قانون کار سختی است.

یکی از آقایان پرسیده اند فرق بین حکم و فتوا چیست؟ در فقه و مصلحت مفصل این بحث را در بحث حکم حکومتی بیان شده است.

**الحمد لله رب العالمین**