

Criminalization of relinquishment to pay maintenance in the law and Jurisprudence of Iran with a view on Sunni Jurisprudence

Nasrin Karimi*

Received: 2019/04/28

Accepted: 2019/07/28

Background and objectives: Relinquishment to pay maintenance is criminalized in law and if husband fails to pay maintenance, he will be prosecuted. According to the majority of Imamiyya jurists, any husband who refuses to pay the alimony of his wife, while having financial capability, will be sentenced to imprisonment. Accordingly, Article 642 of Penal Code also convicts such husband to imprisonment. But given the negative effects that these sentences can have on the basis of the family and the relationships between couple, the question arises as to whether these laws are subject to revision or modification

Methodology: The study is descriptive-analytical and library method is used for data collection.

Findings: The evidence used for permission of husband's imprisonment is based on traditions that report Ali (AS) imprisoned husbands who refused to pay the alimony of their wives. Some also referred to narrations that generally refer to the husband's imprisonment if he did not pay for his wife's alimony.

Conclusion: The given narratives do not permit imprisonment of an insolvent husband nor the one of unknown state or one who claims insolvency unless his claim is proved; discretionary sentencing merely applies on an insolvent husband who refuses to pay the alimony of his wife and does not have actual property. Therefore, because of negative consequences of sentencing, criminal rules on family matters, particularly the general policies on family, shall be reviewed.

Key Words: maintenance (alimony), marriage, relinquishment to pay maintenance, imprisonment, insolvency.

* Assistant Professor, Department of Fiqh (Jurisprudence) and basis of Islamic law, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom, Iran. nasrinkarimi@qom-iau.ac.ir

جرم‌انگاری ترک انفاق در فقه و حقوق ایران با نگاهی به فقه اهل سنت

نسرین کریمی*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۲/۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۵/۰۶

چکیده

ترک انفاق در قانون جرم‌انگاری شده است و زوج در صورت نپرداختن نفقه، مورد تعقیب کیفری قرار خواهد گرفت. بر اساس نظر اکثر فقهای امامیه، زوجی که از پرداخت نفقه همسرش خودداری می‌کند، در صورتی که توان مالی داشته باشد زندانی می‌شود. ماده ۶۴۲ قانون مجازات نیز بر همین مبنا زوج ممنوع را محکوم به حبس می‌داند. اما با توجه به تأثیرات منفی که این احکام می‌تواند بر بنیان خانواده و روابط بین زوجین داشته باشد این پرسش شکل می‌گیرد که آیا این قوانین، قابل تجدیدنظر و تعدیل هستند یا خیر؟

مقاله حاضر به روش توصیفی تحلیلی و با گردآوری اطلاعات به شیوه کتابخانه‌ای انجام پذیرفته است. اصلی‌ترین دلیل و مستند جواز حبس زوج، روایاتی است که بر طبق آنها حضرت امیر (علیه السلام) زوجی که از پرداخت نفقه امتناع می‌کرد را حبس نمودند. همچنین برخی از موافقین حبس زوج مجهول‌الحال، استناد به روایاتی کرده‌اند که به طور عام اشاره به حبس زوج در صورت عدم پرداخت نفقه دارد. روایات مزبور بر جواز زندانی کردن زوج معسر و زوج مجهول‌الحال و فردی که ادعای اعسار می‌کند تا زمانی که ایسار اثبات نشود، دلالتی ندارد و صرفاً در مورد زوج موسری که از دادن نفقه امتناع کرده و مال ظاهری ندارد حکم تعزیری حبس ثابت است. بنابراین با توجه به پیامدهای منفی حبس به ویژه در حوزه سیاست‌های کلی حاکم بر خانواده باید در مورد احکام کیفری در حوزه خانواده بازنگری گردد.

واژگان کلیدی: نفقه، نکاح، ترک انفاق، حبس، اعسار، حقوق ایران، فقه اهل سنت.

* استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران.

مقدمه

در ساختار خانواده اسلامی، همان‌گونه که زن نقطه اتکای خانواده از جهت آسایش و آرامش روحی است مرد نیز عهده‌دار سرپرستی خانواده و تأمین معاش و هزینه‌های ضروری زندگی است و بر اساس الزامات فقهی و حقوقی حاکم بر زندگی مشترک، تأمین معاش خانواده تحت عنوان نفقه و وظیفه شرعی و قانونی مرد تلقی شده و ترک آن، از منظر قانون قابل تعقیب حقوقی و کیفری است.

طبق ماده ۶۴۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵^۱ مجازات تارک نفقه که ۷۴ ضربه شلاق بوده به سه ماه و یک روز تا پنج ماه حبس تغییر پیدا کرده است که این قانون نیز به موجب ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱^۲ نسخ شده و مجازات زوج بیش از شش ماه تا دو سال حبس در نظر گرفته شده است که نشان از شدت عمل قانون‌گذار و تشدید مجازات دارد. رویه قضایی در دادگاه‌های ما چنین است که فقط فردی را از این مجازات مستثناء می‌داند که اعسار وی به اثبات رسیده باشد و در مورد زوجی که مدعی اعسار و یا مجهول‌الحال است تا اثبات ادعا به حبس زوج حکم می‌شود.

بررسی و تبیین احکام شرعی و قوانین مبتنی بر شرع مقدس که در جهت اصلاح امور و روابط خانواده است و به نوعی ضامن ادای تکالیف فرد و اجرای عدالت در خانواده و جامعه است می‌تواند تصویر روشنی از اصل عدالت و تناسب در شرع مقدس را به قشر فرهیخته جامعه ارائه کند. از دیرباز تحقیقات و پژوهش‌های قابل توجهی در این راستا انجام شده و نتایج این تحقیق می‌تواند گامی در جهت تکمیل آنها و اصلاح قوانین موجود باشد.

۱. تبیین نفقه و جایگاه آن

۱-۱. معنای لغوی نفقه

صاحب مصباح المنیر این واژه را اسم مصدر «نفق» می‌داند و معتقد است در عبارت «نفقة الدرهم نفقا»، «نفقه» به معنای «نفدت» یعنی تمام شدن و فانی و نابود شدن می‌باشد (المقری الفیومی، ۱۳۴۷ق، ج ۱، ص. ۳۲۷) راغب نیز همین معنا را در جایی که گفته می‌شود «نفقت الدرهم تنفق و انفقتهما» برای «نفقه» بیان نموده است و می‌گوید:

نفقه اسم است برای آن چیزی که انفاق می‌شود مانند آیه: «وَمَا أَنْفَقْتُمْ مِنْ نَفَقَةٍ» (بقره / آیه ۲۷۰) و یا آیه «وَلَا يُنْفِقُونَ نَفَقَةً» (توبه / آیه ۱۲۱) که نفقه به آن چیزی که انفاق شده، گفته می‌شود (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص. ۸۱۹).

زمخشری و برخی دیگر نیز معتقدند، کلماتی که فاء الفعل آن حرف «ن» و عین الفعل آن حرف «ف» است مانند نفد، نفق، نفخ، نفی و... بر نوعی خروج و از میان رفتن و نیستی دلالت دارند (ابن عابدین، ۱۴۱۵ق، ص. ۷۸؛ ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۵، ص. ۴۵۴).

۲-۱. تعریف نفقه در اصطلاح فقه

نفقه در اصطلاح فقه از معنای لغوی دور نشده است و با آن ارتباط دارد. فقهای امامیه کمتر به تعریف نفقه و بیشتر به ذکر مصادیق آن پرداخته‌اند و به طور کلی می‌توان گفت تعاریفی که برای نفقه در فقه ارائه شده است اغلب همراه با ذکر مصادیق می‌باشد، بدین جهت اکثر اختلاف‌ها به تعیین مصادیق برمی‌گردد.

با توجه به عبارات فقهاء نظیر علامه حلی که در تحریر الاحکام نفقه را چنین تعریف می‌کند:

«نفقه واجب شش چیز است: غذا و نان خورشت و خادم گرفتن و پوشاک و وسایل نظافت و مسکن و قاعده کلی آن این است که مرد آنچه را که زن از این موارد نیاز دارد را با تبعیت از زنان همسان او از اهل شهر فراهم کند»^۳ (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۴، ص. ۲۹).

با توجه به عبارات مشابه در آثار سایر فقهاء می‌توان گفت در اصطلاح فقه نفقه چنین تعریف شده است: «تأمین مخارج ضروری همسر، اقارب و کنیز اعم از خوراک، پوشاک، مسکن و غیره».

در اینکه پرداخت نفقه زوجه دائمی در اسلام بر عهده مرد است، تردیدی نیست و روایت واصله در این مورد در حد تواتر بلکه به تعبیر صاحب جواهر فوق حد تواتر است (صاحب جواهر، ۱۳۹۶، ج ۳۰، ص. ۳۰۲). ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی نیز بر این امر تصریح دارد.

بعضی از آیات قرآن مانند آیه ۳۴ سوره نساء یا آیه ۷ سوره طلاق صراحتاً و برخی

دیگر مانند آیه ۳ سوره نساء یا آیه ۵۰ سوره احزاب یا آیه ۸ سوره ضحی به طور ضمنی و به کمک روایات و تفاسیر بر وجوب نفقه دلالت دارد (طوسی، ۱۴۲۳ق، ج ۶، ص. ۲).

۳-۱. مقدار نفقه

مورد نفقه احتیاجات ضروری زوجه با توجه به شأن و منزلت اجتماعی او در مقایسه با سایر هم‌ردیفانش است. فقها در تعیین مصادیق گاهی شش یا هشت مورد ذکر کرده‌اند که برشمردن این مصادیق به معنای منحصر کردن مصادیق نفقه نیست. به عنوان مثال محقق حلی در شرایع می‌فرماید:

«اما در باب مقدار نفقه باید گفت قاعده آن هر چیزی است که زن بدان نیاز دارد از غذا و نان خورشت و پوشاک و مسکن و خدمتگذار و روغن و لوازم بهداشتی به پیروی از عادت امثالش از اهل شهر»^۴ (محقق حلی، ۱۳۹۰ق، ج ۲، ص. ۲۹۳).

از آنجا که عدد مفهوم مخالف ندارد پس احتیاجات ضروری زن منحصر در این شش مورد نیست کما این که برخی فقها مواردی همچون ظروف، رخت خواب، لباس گرم برای زمستان و... را بدین موارد افزوده‌اند. مثلاً علامه حلی در قواعد الاحکام مصادیق نفقه را هشت مورد ذکر کرده است (علامه حلی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص. ۱۰۴).

البته برخی از فقها نیز مقدار معینی برای برخی از مصادیق نفقه مانند طعام ذکر کرده‌اند که آن‌گونه که محقق حلی در شرایع می‌فرماید:

«در تعیین مقدار طعام اختلاف است برخی مقدار آن را یک مد در روز تعیین کرده‌اند و برخی تعیین مقدار و جنس آن را نیز مانند مصادیقش به عرف واگذار کرده‌اند» (محقق حلی، ۱۳۹۰ق، ج ۲، ص. ۲۹۳).

مقصود از عرف چنان که بیشتر فقها به آن قائل شده‌اند، عبارت است از «عادة امثالها من اهل بلدها» یعنی ملاک شأن زوجه و زنان هم‌سطح وی در آن دیار است.

بسیاری از فقهای معاصر نیز برآنند که زوج باید تمامی احتیاجات حیات زوجه را فراهم کند و اندازه و مقدار خاصی را برای نفقه تعیین نکرده‌اند. از جمله آنها مرحوم صاحب جواهر در جواهر الکلام (صاحب جواهر، ۱۳۹۶، ج ۳۰، ص. ۵۱۹) و آیت‌الله

خوبی در منهاج‌الصالحین (خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۹۲) و امام خمینی (ره) در کتاب تحریرالوسیله است. امام در تحریرالوسیله می‌فرماید: «لاتقدير للنفقة شرعا بل الضابط القیام بما تحتاج اليه المرأة»؛ در شرع برای نفقه مقدار و اندازه معین نشده، بلکه ملاک برآوردن احتیاجات زن است (خمینی، بی‌تا، ص. ۵۴۶).

به نظر می‌رسد با توجه به آیات و روایاتی که امساک به معروف یا معاشرت به معروف را وظیفه مرد بر می‌شمرد مانند آیه «عاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (نساء / آیه ۱۹) و آیه «فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ» (طلاق / آیه ۲)، یا روایت منقول از امام رضا (علیه السلام) در وسائل‌الشیعه که ذیل آیه ۲۲۹ سوره بقره می‌فرماید: «أما الإمساك بالمعروف فكف الأذى و إحياء النفقة» (حرعاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۱، ص. ۵۱۲) در پرداخت نفقه، معیار همان معروف باشد و این ملاک، هم در تعیین مصادیق نفقه هم در کمیت و مقدار نفقه صادق است. بنابراین مصادیق نفقه تمام موارد نیاز زن را دربرمی‌گیرد و این معیار مورد تأیید غالب فقها است.

۴-۱. نفقه در حقوق مدنی

طبق ماده ۱۱۱۱ قانون مدنی ایران زن می‌تواند در صورت استتکاف شوهر از دادن نفقه به دادگاه رجوع کند، در این صورت دادگاه میزان نفقه را معین و شوهر را به دادن آن محکوم خواهد کرد. اما این قانون نیز به پیروی از فقه اسلامی، تعریف خاصی از نفقه ارائه نکرده است فقط در ماده ۱۱۰۷ق.م مصادیق نفقه را ذکر نموده است. صورت نهایی این ماده بعد از رفع مواردی که توهم حصر را به دنبال دارد در تاریخ ۱۳۸۱/۹/۴ به قرار زیر می‌باشد: «نفقه عبارت است از همه نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن از قبیل مسکن، البسه، غذا، اثاث منزل و هزینه‌های درمانی و بهداشتی و خادم در صورت عادت یا احتیاج به واسطه نقصان یا مرض».

بنابر آنچه گذشت میزان نفقه را شأن زن و عرف زنان هم‌سطح او در جامعه تعیین می‌کند و موارد نفقه نیز محدود به نیازهای خاصی نیست بلکه تمام نیازهای متعارف زن را شامل می‌شود. با توجه به آیات و روایات در مورد نفقه آنچه که بر زوج لازم و واجب است تأمین تمام نیازهای متعارف زن اعم از ضروری و تجملی می‌باشد که با

سنجیدن عواملی مانند وضعیت و تشخیص خانوادگی زن، پایگاه اجتماعی، وضعیت مالی و سطح علمی و فرهنگی خانواده و تحصیلات وی سنجیده می‌شود ولی آنچه که حکم به الزام به انفاق یا طلاق در صورت ترک بر آن بار می‌شود عدم تأمین نیازهای ضروری است و در الزام زوج معسر، «مخارج ضروری زندگی» ملاک قرار می‌گیرد.

۱-۵. نفقه در حقوق کیفری

در ماده ۲۱۴ قانون مجازات عمومی، مقرر شده بود که: «هر کس حاضر به دادن مخارج ضروری زن خود در صورت تمکین نشود و طلاق هم ندهد، به حبس تأدیبی از سه ماه تا یک سال محکوم خواهد شد».

از آنجا که بر طبق مستندات فقهی و حقوقی برای تحقق جرم، متهم بایستی از استطاعت مالی برخوردار باشد این ماده به این صورت تغییر داده شد: «هر کسی با داشتن استطاعت، نفقه زن خود را در صورت تمکین او ندهد یا از تأدیه نفقه سایر اشخاص واجب النفقه، امتناع نماید به حبس جنحه‌ای از سه ماه تا یک سال محکوم خواهد شد. تعقیب کیفری منوط به شکایت شاکی خصوصی است و در صورت استرداد شکایت یا وقوع طلاق در مورد زوجه، تعقیب جزایی یا اجرایی متوقف خواهد شد» (ماده ۲۲ قانون حمایت خانواده، مصوب ۵۳/۱۱/۲۳). بنابراین ماده قانونی ترک انفاق زمانی جرم محسوب می‌شد که خودداری متهم از تأدیه نفقه با داشتن استطاعت محرز شود.

به موجب ماده ۱۰۵ قانون تعزیرات (مصوب ۱۳۶۲): «هر کس با داشتن استطاعت مالی نفقه زن خود را در صورت تمکین ندهد یا از تأدیه سایر اشخاص واجب النفقه امتناع نماید، دادگاه می‌تواند او را به شلاق تا ۷۴ ضربه محکوم نماید».

این ماده نیز به موجب ماده ۶۴۲ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده) مصوب ۱۳۷۵، فسخ گردید، طبق این ماده مجازات حبس از سه ماه و یک سال به سه ماه و یک روز تا پنج ماه تغییر داده شد. این ماده نیز به موجب ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ نسخ شد و مجازات زوج بیش از شش ماه تا دو سال در نظر گرفته شد که نشان از شدت عمل قانون‌گذار و تشدید مجازات دارد.

البته لازم به ذکر است تا قبل از سال ۱۳۹۱ به موجب ماده ۲۳ قانون اعسار مصوب

۱۳۱۳، در محکومیت‌های مالی اصل بر ایسار شخص محکوم بود. لذا زوجی که مدعی اعسار بود، باید به عنوان خواهان دعوی اعسار، خلاف اصل ایسار را به اثبات می‌رساند. در سال ۱۳۹۱ به موجب بخشنامه رئیس قوه قضائیه اصل بر اعسار قرار داده شد به گونه‌ای که محکوم له برای حبس محکوم علیه باید ایسار وی را ثابت کند. ماده ۲۹ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ موجب نسخ قانون اعسار شد و گامی مؤثر در کاهش جمعیت زندان‌ها برداشته شد.

۲. حکم ترک انفاق در فقه

محور اساسی بحث ترک انفاق، امتناع مرد از پرداخت نفقه همسر دائمی‌اش است که از وی تمکین می‌کند. حال باید دید در چه مواردی عنوان امتناع از پرداخت نفقه تحقق خارجی می‌یابد. امتناع زوج از پرداخت نفقه دو صورت دارد:

اول: شوهر به لحاظ مالی فقیر است و یا مجهول‌الحال بوده و ادعای اعسار دارد.

دوم: شوهر از نظر مالی توانگر است اما از دادن نفقه استنکاف می‌کند.

در صورتی که زوج ادعای اعسار کند، سه صورت وجود دارد یا اینکه می‌تواند بر ادعای خود بینه اقامه کرده و آن را اثبات کند و یا اینکه مجهول‌الحال بوده و توان اثبات ادعای خود را ندارد و یا آنکه خلاف ادعای او یعنی ایسارش اثبات می‌شود. که در صورت سوم حکم کسی را دارد که از ابتدا ایسارش معلوم بوده است بنابراین می‌توان به طور کلی سه صورت اثبات اعسار، اثبات ایسار و مجهول‌الحال بودن زوج را متصور شد.

۲-۱. اثبات اعسار زوج

نظر اکثر فقها امامیه همچون شیخ طوسی در المبسوط (طوسی، بی‌تا، ج ۶، ص. ۲۱) و الخلاف و ابن حمزه و ابن ادریس آنچنان که علامه حلی در مختلف‌الشیعه می‌فرماید (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص. ۳۲۶) و نیز خود علامه حلی (علامه حلی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص. ۱۱۱) و صاحب جواهر و غیره بر عدم جواز حبس زوج و عدم جواز فسخ عقد نکاح از جانب زوجه است. البته گروهی از فقهای امامیه همچون ابن جنید به استناد روایاتی که سایرین ضعیف‌السند می‌دانند و نیز به استناد به قاعده لاضرر به زوجه اجازه فسخ عقد نکاح را می‌دهند گروهی از فقهای اهل سنت نیز به همین حکم یعنی

جواز فسخ نکاح از جانب زن فتوا داده‌اند. گروهی نیز به جواز حبس زوج معسر فتوا داده‌اند. در ادامه هر یک از این اقوال را به میزانی که حوصله این نوشتار اجازه می‌دهد بررسی خواهیم کرد.

۲-۱-۱. حکم به عدم جواز حبس زوج و عدم جواز فسخ نکاح از جانب زوجه

شیخ طوسی در المبسوط در مورد زوج معسر که اعسارش خواه به وسیله اقامه بینه اثبات شده باشد یا به وسیله اتفاق گرماء، که در این مورد زوجه می‌باشد، بر اعسارش، می‌فرماید:

«زمانی که زوج دچار اعسار شود و توان پرداخت نفقه همسرش را به هیچ وجه نداشته باشد، بر زن واجب است که صبر کند تا خداوند به همسرش توسعه دهد» (طوسی، بی تا، ج ۶، ص ۲۱).

فقهای امامیه برای اثبات مدعا عدم حبس و عدم جواز فسخ نکاح استدلال کرده‌اند به:

الف. آیه انظار (آیه ۲۸۰ سوره بقره): چنانکه شیخ طوسی می‌فرماید: «به خاطر این گفته خداوند متعال که «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ» و این آیه عام است» (طوسی، بی تا، ج ۶، ص ۲۱).

هر چند مورد این آیه فرد مقروض و مدیونی است که از کسی پول، کالا و یا خدمتی قرض گرفته و بدهکار است ولی اطلاق ذو عسرة شامل مردی که نمی‌تواند نفقه روز زنش را بپردازد هم می‌شود؛ به عبارت دیگر مورد آیات مخصص نیست و از این آیه می‌توان اصلی کلی مبنی بر اینکه هیچ حقی نباید موجب فشار بر طرف مقابل شود استفاده کرد. ضمن آنکه بسیاری از فقهای امامیه نظیر شیخ طوسی در المبسوط تصریح کرده‌اند بر اینکه نفقه زوجه به خلاف نفقه اقارب مثل سایر دیون است و بر ذمه مرد می‌آید چرا که در برابر استمتاع مرد از زوجه و تمکین زن قرار دارد^۵ (طوسی، بی تا، ج ۶، ص ۳۵) و به همین خاطر به اجماع فقها در صورت عدم تمکین زن نفقه ساقط می‌شود و به زوجه ناشزه نفقه تعلق نمی‌گیرد^۶ (طوسی، بی تا، ج ۴، ص ۳۱۵) و نیز نفقه روزهای عقب افتاده نیز ساقط نشده و همچون سایر دیون بر عهده مرد است به خلاف نفقه اقارب که با گذشت مهلت آن از ذمه مرد ساقط می‌شود^۷ (طوسی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۱۴۰).

ب. به دلیل روایتی که از امیرالمؤمنین (علیه السلام) نقل شده است:

راوی می‌گوید: «زنی درباره که از روی تنگدستی به او نفقه نمی‌داد به پیشگاه امیرالمؤمنین (علیه السلام) شکایت برد، حضرت از آنکه زوج را زندانی کند ابا کرد و فرمود: به درستی که با هر سختی و تنگدستی، آسایش و گشایشی خواهد بود»^۸ (جرعاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۸، ص. ۴۱۸).

با توجه به اینکه زوج در این روایت خصوصیت خاصی جز اعسار نداشته که راوی بدان اشاره کند و با توجه به استناد حضرت به آیه «إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا» برای حکم خود می‌توان گفت که این مورد مصداقی برای یک اصل و حکم کلی می‌باشد و در تمامی موارد اثبات اعسار مدیون نمی‌توان به هر نحوی بر او فشار آورد و باید تا زمان ایسار وی صبر کرد.

ج. قبح تکلیف بما لایطاق: پر واضح است که حبس مدیون معسر و مطالبه دین از او، نوعی تکلیف به امر ناممکن است که عقلاً و شرعاً قبیح است؛ چرا که ادای دین در گرو رهایی مدیون است والا با حبس کردن، مدیون قدرت بر ادا نخواهد داشت. د. استصحاب لزوم عقد نکاح: علامه حلی در مختلف الشیعه قول به عدم اختیار زوجه در فسخ نکاح را به مشهور نسبت داده و می‌فرماید:

«این قول را شیخ طوسی المبسوط و الخلاف انتخاب کرده و بر زوجه صبر تا ایسار زوجش را واجب دانسته و نظر ابن حمزه و ابن ادریس هم همین است به خاطر جاری کردن استصحاب لزوم عقد نکاح»^۹ (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص. ۳۲۶).

بنابر جریان استصحاب بعد از اعسار زوج در لزوم عقد نکاح شک می‌کنیم که آیا زوجه اختیار فسخ عقد را دارد یا نه پس بنا را بر آنچه قبل از اعسار زوج بوده یعنی لزوم عقد نکاح می‌گذاریم.

هـ حکم به حبس نیاز به دلیل قطعی دارد:

علامه حلی در مختلف الشیعه می‌فرماید:

«قول مورد اعتماد این است که چون حبس عقوبتی است که موجبش مشخص نیست بنابراین قبل از ثبوت قطعی فعلی که موجب حبس می‌شود حکم به حبس جایز نیست»^{۱۰} (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص. ۴۶۱).

۲-۱-۲. حکم به حبس زوج معسر

به نظر گروهی از فقهای اهل سنت، زوج حبس می‌شود حتی در صورتی که معسر و ناتوان باشد و قدرت پرداخت نفقه را نداشته باشد. نزوی گفته است:

«اگر زوج از دادن پوشش و نفقه همسرش ناتوان باشد، لازم است زندانی شود تا نفقه او را پرداخت کند و عذری ندارد، این مانند بدهی نیست که مهلت داشته باشد تا دارا شود و قدرت پیدا کند» (نزوی کندی، بی تا، ص. ۵۳).

عبری معتقد است در صورتی که زوج معسر و نادر باشد زندانی می‌شود تا مالدار شود. شوکانی این قول را در صورتی موجه می‌داند که زوج در صورتی که توان آن را دارد در دنبال کردن اسباب رزق و تلاش کوتاهی کند (شوکانی، ۱۹۷۳م، ج ۶، ص. ۳۲۶). مستند این دسته از علما روایتی است که در نیل الاوطار آمده است:

«اگر شوهر نتوانست نفقه همسرش را بدهد، قاضی وی را زندانی می‌کند تا توانا شود»^{۱۱} (شوکانی، ۱۹۷۳م، ج ۵، ص. ۳۲).

البته این روایت مخالف آیه قرآن و روایات صحیح دیگر بوده و از جانب فقهای امامیه طرح می‌شود.

۲-۱-۳. حکم به جواز فسخ نکاح از جانب زوجه

شیخ طوسی در المبسوط قول به جواز فسخ را به فقهای عامه نسبت داده و می‌فرماید: «و مخالف قائل به این است که زن مخیر است بین آنکه تا ایسار همسرش صبر کند یا آنکه فسخ عقد را انتخاب کند که در این صورت توسط حاکم شرع عقد نکاح بین آن دو فسخ می‌شود»^{۱۲} (طوسی، بی تا، ج ۶، ص. ۲۲). از بین فقهای امامیه نیز ابن جنید قائل به جواز فسخ عقد نکاح از جانب زوجه بوده؛ علامه حلی در این باره می‌فرماید:

«ابن جنید قائل به اختیار زوجه برای فسخ نکاح است به دلیل روایتی که از امام صادق (علیه السلام) منقول است و به دلیل اشمال حکم به عدم جواز فسخ بر ضرر به زوجه چرا که زوج قادر به انفاق به او نیست و حکم به عدم اختیار زوج حکمی است که موجب حرج زوجه می‌شود و بنا بر قاعده لاضرر و لاجرح که اجماعی است این حکم قابل قبول نیست»^{۱۳} (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص. ۳۲۷).

۲-۲. اثبات عدم اعسار زوج (اثبات ایسار زوج)

حکم این صورت مانند حالتی است که ایسار زوج از ابتدا محرز بوده؛ اگر زوج، قدرت مالی داشته باشد ولی نفقه همسرش را نپردازد، بنا به نظر فقهای امامیه، حاکم او را مجبور به پرداخت نفقه می‌کند. در صورتی که وضعیت اعسار زوج محرز نباشد، مثلاً وضعیت سابق زوج فقر باشد و همسرش ادعای دارا شدن وی را نماید و بر این ادعا بینه اقامه کند یا اینکه وضعیت سابق وی تمکن باشد و زوج نتواند بر اتلاف مال بینه بیاورد، حکم به توانگری و عدم اعسار زوج می‌شود. در این صورت حالت‌های زیر متصور است: یا زوج دارای مال آشکار است یا زوج، موسر بوده اما اموال خود را مخفی است.

۲-۲-۱. آشکار بودن اموال

در صورتی که زوج مال نقدی یا غیرنقدی آشکاری داشت، بر مبنای حکم برخی فقها قاضی می‌تواند مستقیماً از اموال او نفقه را پرداخت کند یا اینکه به زوجه اجازه تقاضا می‌دهد که در این صورت نیاز به حبس زوج نیست و روایت نیز بر مورد حبس دلالت ندارد؛ اما برخی از فقها نیز قائل به حبس شده‌اند و آن را به عنوان ابزاری برای الزام و اجبار زوج به انفاق به کار می‌برند، مانند شیخ طوسی که گفته است:

«اگر شوهر توان پرداخت نفقه را داشته باشد ولی ندهد، قاضی او را به پرداخت نفقه موظف می‌کند؛ اگر نداد او را مجبور می‌کند، اگر باز نداد وی را به زندان می‌افکند تا بر همسرش انفاق کند اگر باز امتناع ورزید و از جنس آنچه باید به عنوان نفقه به همسرش بدهد مالی دارد حاکم از آن مال به زوجه می‌پردازد و اگر مالی از غیر جنس بدهیش دارد حاکم با فروش آن مال نفقه همسر را می‌پردازد»^{۱۴} (طوسی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص. ۱۲۹).

شیخ طوسی در خلاف تصریح می‌کند که نظر شافعی از امامان اهل سنت نیز همین است اما ابوحنیفه قائل به این است که اگر از جنس بدهیش مالی داشت حاکم از آن مال بدهیش را می‌پردازد اما در صورتی که اموالش از غیر جنس بدهی باشد باید او را حبس کرد تا خود به فروش آنها و پرداخت نفقه مبادرت کند مگر آنکه اموالش طلا و نقره مسکوک باشد که در این مورد نیاز به مباشرت خود زوج در پرداخت نیست^{۱۵}

(طوسی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۱۲۹).

علامه حلی نیز در قواعد الاحکام می‌گوید:

«اگر زوج دارا نفقه را به تأخیر بیندازد؛ قاضی او را مجبور می‌سازد و اگر خودداری کرد زندانش می‌کند» (علامه حلی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۵۶).

حبس، عاملی برای ایجاد فشار بر شوهر در صورتی که اموال خود را مخفی کرده باشد به شمار می‌رود تا به معرفی اموال و اعطای نفقه مبادرت نماید؛ اما در صورتی که زوج مال آشکاری داشته باشد حاکم می‌تواند از اموال زوج به زن انفاق کند یا حتی اگر مال قابل فروشی دارد آن را به فروش برساند و نفقه زن را پرداخت نماید که در این موارد نیازی به اذن و رضایت شوهر نمی‌باشد. پس زوجه می‌تواند با معرفی اموال شوهر به دادگاه به حق خود برسد و یا تقاضا کند و نیاز به حبس زوج نیست. صاحب جواهر به این موضوع تصریح می‌دارد که اگر زوج مالی آشکار داشت جایز است قاضی از آن ببرد و در نفقه خرج کند و نیازی به رضایتش نیست، زیرا در این صورت حاکم ولی او است و نیازی به حبسش نیست تا اینکه خودش انفاق کند (صاحب جواهر، ۱۳۹۶، ج ۳۱، ص ۳۸۸).

امام خمینی (ره) فرموده:

«کسی که نفقه بر او واجب است و از پرداخت آن خودداری کند قاضی وی را مجبور می‌کند و اگر قاضی وجود نداشته باشد، مؤمنان عادل او را مجبور می‌سازند و اگر مؤمنان عادل وجود نداشته باشند فاسقان او را به انجام این کار مجبور می‌کنند، و اگر اجبار او ممکن نباشد و مالی داشته باشد که واجب‌النفقه بتواند به اندازه نفقه تقاضا کند، برای زوجه تقاضا جایز است» (خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۲۳).

در صورتی که شوهر مال نقدی نداشته باشد قاضی می‌تواند اموال غیرنقدی او را فروخته و نفقه زوجه را پرداخت نماید:

«کسی که نفقه بر او واجب است از پرداخت آن خودداری کند قاضی او را به انجام آن مجبور می‌سازد و اگر مالی داشته باشد آن را به فروش رسانده و خرج نفقه می‌کند» (شهید ثانی، ۱۴۱۶ق، ج ۵، ص ۴۸۱).

یوسف بحرانی در حدائق‌الناظره گفته است:

«اگر کسی که پرداخت نفقه بر او واجب است تعلل کند، قاضی او را مجبور می‌کند، اگر امتناع ورزید به زندان می‌افکند. گفته شده است قاضی مخیر است میان حبس و تأدیب، تا خود انفاق کند یا اینکه از مال او اگر مال شخصی داشته باشد به مقدار نفقه بردارد و پرداخت کند» (بحرانی، بی تا، ج ۲۵، ص. ۱۳۸).

نتیجه اینکه برخی فقهای عامه همچون ابو حنیفه حکم به حبس زوج موسری داده‌اند که دارای مال ظاهری است که می‌توان به وسیله آن دیونش را داد اما این اموال از جنس دیون نیست و باید با فروش آن دیون مدیون را پرداخت. در این فرض گفته‌اند که این فرد خود باید مباشرت به فروش اموالش کند و حاکم حق فروش اموالش به غیر از طلا و نقره مسکوک ندارد و در صورت امتناع ورزیدن فرد از فروش اموالش او را حبس می‌کنند تا مجبور به فروش اموالش شود. این حکم در حالی است که فقهای امامیه و گروه دیگری از فقهای عامه در این فرض حاکم را ولی مدیون دانسته و به او اجازه فروش اموالش در صورت امتناع فرد از فروش اموالش را می‌دهند و این حکم آنها موافق با روایات صحیحه و اجماع فقهای امامیه است و در این صورت دیگر نیازی به حبس مدیون نبوده و دیون او پرداخته می‌شود.

۲-۲-۲. مخفی بودن اموال

اگر شوهر ثروتمند، مال خود را مخفی کند و به الزام حاکم مبنی بر پرداخت نفقه ملزم نشود حاکم مرد مماتل را حبس می‌کند (محقق حلی، ۱۳۹۰ق، ج ۲، ص. ۴۲۴؛ صاحب جواهر، ۱۳۹۶، ج ۳۱، ص. ۳۸۸) بر اساس این نظریه، اختیار حاکم در الزام، به نحو طولی است. یعنی ابتدا حاکم مرد را به انفاق الزام می‌کند و اگر این الزام ممکن نشد وی را حبس می‌کند تا یکی از دو راه الزام به انفاق یا طلاق را برگزیند.

شیخ طوسی در خلاف می‌فرماید: «هر گاه نفقه روزانه با هزینه اضافه بر یک روز برای همسر یا غیر او از خویشاوندان نسبی بر مرد واجب شد و مرد از پرداخت آن امتناع ورزد زندانی می‌شود، اگر باز هم نداد و چیزی از جنس نفقه داشت قاضی از آن می‌دهد و اگر از غیر جنس باشد، آن را از جانب او می‌فروشد و به واجب‌النفقه می‌دهد. در این زمینه به عنوان مثال می‌توان به روایت ذیل اشاره کرد:

«إن امرأة استعدت علیاً (علیه السلام) علی زوجها، فأمر علی (علیه السلام) بحبسها، و ذلک زوج لا

ینفق علیها إضرارا بها، فقال الزوج: احبسها معی، فقال علی (علیه السلام): ذلک لک، انطلقی معه؛ زنی نزد حضرت علی (علیه السلام) علیه شوهرش شکایت کرد، حضرت دستور داد او را حبس کنند این شوهر نفقه همسرش را نمی‌داد تا به وی زیان رساند. شوهر آن زن به حضرت گفت: همسر من را با من حبس کن. حضرت فرمود: این حق توست و به زن گفت همراه او برو (نوری طبرسی، ۱۴۰۸ق، ج ۱۳، ص. ۴۳۲).

چنانکه از لفظ اضرارا بها معلوم است در مورد روایت زوج موسر بوده و برای ضرر رساندن به همسرش از دادن نفقه امتناع می‌کرده و حضرت هم حکم به حبسش داده‌اند. شافعی نیز همین نظر را دارد. ابوحنیفه گفته است اگر از جنس نفقه چیزی داشته باشد می‌دهد وگرنه قاضی او را زندانی می‌کند (طوسی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص. ۱۲۹). مشهور فقهای اهل سنت قائل به حبس زوج در صورتی که دارا باشد و از دادن نفقه همسرش خودداری کند شده‌اند (ابوغده، ۱۴۰۷ق، ص. ۲۱۶). حنفیه و حنبلیه نیز قائل به حبس چنین مردی شده‌اند مگر اینکه مال مشخص داشته باشد که بتوان از آن نفقه زن را پرداخت کرد (ابن قدامه، ۱۴۰۶ق، ج ۷، ص. ۵۷۵).

مالکی‌ها در این زمینه دو نظر دارند، بنابر یک نظر زوج حبس می‌شود و بنابر نظر دیگر قاضی از طرف او طلاق می‌دهد. در فقه علی المذاهب الاربعه آمده است: «اگر زوج توانگر بود ولی از پرداخت نفقه امتناع ورزد بعضی گفته‌اند: زوج حبس می‌شود تا نفقه دهد» (ابن قدامه، ۱۴۰۶ق، ج ۷، ص. ۵۸۵).

به نظر احمد بن یحیی در عیون الازهار اگر زوج از پرداخت نفقه همسرش خودداری و تمرد کند قاضی می‌تواند وی را حبس کند تا اینکه کسب کند و نفقه زن را پرداخت کند البته این حبس می‌تواند به عنوان مجازات باشد تا اینکه به دنبال کسب برود و از تمرد دست بردارد. ایشان گفته است:

«قاضی از مال خودداری‌کننده و متمرد پرداخت می‌کند تا کسب کند» (المرتضی، بی تا: ص. ۲۴۱).

بهوتی گفته است:

«اگر شوهر امتناع ورزد قاضی او را مجبور می‌کند تا نفقه را پرداخت کند. اگر باز هم خودداری کرد او را حبس می‌کند یا اینکه از مال او اگر امکان داشته

باشد روزانه برمی‌دارد و به زن می‌دهد (بهوتی، ۱۳۱۹ق، ج ۳، ص. ۲۵۳).

نتیجه اینکه فقهای امامیه و مشهور فقهای عامه حکم به حبس زوج موسری داده‌اند که با وجود اثبات ایسارش از طریق بینه یا طرق دیگر همچون اقرار و... مال آشکاری برای پرداخت نفقه ندارد. این حکم مستند به روایات خاص و عامی است که در مورد حبس زوج مامل و مستکف از نفقه و مدیون موسر ممتنع از پرداخت دین وارد شده است و مخالفی از جانب فقها در این حکم وجود ندارد. البته توجه به این نکته ضروری است که حبس به عنوان مجازات تارک انفاق معین نشده است بلکه راهی برای احقاق حق می‌باشد؛ بنابراین فقها (اصفهانی، بی تا، ج ۲، ص. ۶۸۸)، دست حاکم را باز گذاشته و معتقدند که حاکم، شوهر را به شیوه‌ای که صلاح بداند، تعزیر می‌کند.

در زمان حضرات معصومین (علیهم‌السلام) با توجه به امکانات و شرایط زمانی و مکانی برای اعمال فشار به مجرم و الزام او بر ادای حقوق مجرم را حبس می‌نمودند؛ اما در شرایط کنونی موارد دیگری می‌تواند جای حکم حبس را بگیرد همان‌گونه که شهید اول در مورد حبس چنین می‌نویسد: «ضابط الحبس توقف استخراج الحق علیه» (شهید اول، بی تا، ص. ۱۹۲). ضابطه و ملاک مجازات حبس این است که احقاق حق متوقف بر آن باشد پس اگر به طریق دیگری احقاق حق میسر باشد حاکم می‌تواند حکم به آن کند.

نکته: برخی گفته‌اند روایات دال بر حبس زوج موسر تارک نفقه با روایت صحیحه زراره در تعارض است. روایت صحیح زراره از امام باقر (علیه‌السلام) است که می‌فرماید: «حضرت علی (علیه‌السلام) کسی را حبس نمی‌کرد مگر سه دسته را: غاصب، آکل مال یتیم ظلماً و کسی که در امانت خیانت کند و امانت را بفروشد چه صاحب مال، حاضر باشد یا غائب»^{۱۶} (حرعاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۷، ص. ۲۴۸).

جناب شیخ حر در وسائل الشیعه به نقل از شیخ طوسی دو وجه برای رفع این تعارض ذکر کرده‌اند اول اینکه حضرت امیر (علیه‌السلام) کسی را به جهت عقوبت حبس نمی‌کرد مگر این سه مورد مذکور در روایت دوم اینکه کسی را حبس طولانی نمی‌کرد جز این سه مورد و وجه سومی هم خودشان ذکر کرده‌اند که تارک نفقه با وجود قدرت مالی خارج از این موارد نبوده و در حکم غاصب است پس این روایت تارک نفقه را هم دربرمی‌گیرد (حرعاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۷، ص. ۲۴۸).

۲-۳. عدم اثبات اعسار زوج (مجهول الحال بودن زوج)

سرخسی و برخی از فقهای اهل سنت معتقدند:

«اگر قاضی نمی‌داند که زوج معسر و نادر است و زن به جهت ندادن نفقه، درخواست حبس او را کند، در مرتبه اول قاضی او را زندانی نمی‌کند، ولی دستور می‌دهد نفقه زن را پرداخت کند و به او خبر می‌دهد که اگر نفقه نداد حبس می‌شود. اگر زن دو بار یا بیشتر شکایت کرد قاضی او را حبس می‌کند؛ زیرا با خودداری کردن از دادن حق واجب، ظلم او آشکار می‌شود. اما اگر بداند شوهر نادر است، او را رها می‌کند، زیرا نادر مستحق فرصتی است تا دارا شود و در صورت ناتوانی ظالم نیست...» (سرخسی، ۱۴۰۶ق، ج ۵، ص. ۱۸۸).

گروهی از فقهای امامیه نیز فتوا به جواز حبس مدیون مجهول الحال داده‌اند (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۲۸؛ طوسی، ۱۴۲۳ق، ج ۶، ص. ۱۹۶؛ محقق حلی، ۱۳۹۰ق، ج ۲، ص. ۳۵۴)، یعنی در شرایطی که وضعیت اعسار مدیون اثبات نشود حکم به حبس می‌دهند هر چند ایسار و توانگری وی نیز محرز نباشد. در واقع این حکم برای احراز اعسار مدیون است و چنان که گذشت زوجی که نفقه همسرش را به هر دلیلی نپرداخته در حکم مدیون است. مستند این قول چند روایت است که دلالت بر این دارد که حضرت علی (علیه السلام) در مورد بدهی فرد را به زندان می‌انداخت، سپس بررسی می‌فرمود، اگر نیازمندی و افلاسش آشکار می‌شد، او را آزاد می‌کرد، تا به دنبال تحصیل مال برود. دو مورد از این روایات که در کتاب شریف وسائل الشیعه آمده است به قرار زیر است: مورد اول. محمد بن الحسن باسناده عن محمد بن الحسن الصفار عن محمد بن الحسين عن محمد بن یحیی (عن غیاث بن ابراهیم عن جعفر عن ابيه) أن علیاً (علیه السلام) كان یحبس فی الدین فإذا تبین له حاجه و إفلاس خلی سبیله حتی یتفید مالا (حرعاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۸، ص. ۴۱۸).

و باسناده عن محمد بن علی بن محبوب عن محمد بن الحسن مثله (طوسی، ۱۴۲۳ق، ج ۶، ص. ۲۹۹) و رواه الصدوق باسناده إلى قضایا أميرالمؤمنین (علیه السلام) مثله (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۲۸).

مورد دوم. و باسناده عن محمد بن علی بن محبوب عن ابراهیم بن هاشم عن النوفلی عن السکونی عن جعفر عن ابيه أن علیاً (علیه السلام) كان یحبس فی الدین ثم ینظر فإن

كان له مال أعطى الغرماء و إن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول لهم اصنعوا به ما شئتم إن شئتم آجروه و إن شئتم استعملوه و ذكر الحديث (حرعاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۸، ص. ۴۱۸).

در مورد این دو روایت می‌توان گفت که این روایات عام بوده و تمام موارد مدیون را دربرمی‌گیرد. همان‌گونه که محقق حلی در شرایع الاسلام فرمودند: «حکم به حبس مدیون در صورتی است که دعوا در اصل، مالی باشد» (محقق حلی، ۱۳۹۰ق، ج ۲، ص. ۸۳).

اما در مورد نفقه که دعوا در اصل، مالی نیست و از ابتدا مالی در کار نبوده و مالی نیز برای زوج ثابت نبوده است در صورت نبود بینه با قسم خوردن زوج، اعسارش ثابت می‌شود. ضمن آنکه به تصریح فقها در این صورت حبس مدیون برای احراز اعسارش است و مضمون بعضی از روایات نیز همین معنا را می‌رساند؛ حال آنکه با قسم خوردن اعسار زوج ثابت می‌شود و نیاز به احراز اعسارش نیست ضمن آنکه در این مورد چنان که شهید ثانی در مسالک فرمودند اصل عدم مال برای زوج ثابت است. به علاوه در تمام این موارد حکم، تعزیری است و برای تحت فشار قرار دادن زوج مجهول‌الحال و اجبارش به پرداخت نفقه همسرش است که در صورت حکم به صحت همچنین حکمی می‌توان آن را به حکم تعزیری دیگری تغییر داد و ضمناً بنا به قول علامه حلی حکم حبس، حکمی است که موجب ثابت نیست و برای حکم به آن نیاز به دلیل قطعی داریم^{۱۷} (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص. ۴۶۱).

همچنین برخی از موافقین حکم به حبس زوج مجهول‌الحال، استناد کرده‌اند به روایاتی که به طور عام اشاره دارد به حبس زوج در صورت عدم پرداخت نفقه که مهم‌ترین این روایات عبارتند از:

۱- «يجبر الرجل على النفقة على امرأته، فإن لم يفعل حبس» (نوری طبرسی، ۱۴۰۸ق، ج ۱۵، ص. ۱۵۷؛ طباطبایی بروجردی، ۱۳۸۰ق، ج ۲۶، ص. ۵۷۵). حضرت علی (علیه السلام) فرمود: مرد برای نفقه همسرش اجبار می‌شود، اگر انجام نداد زندانی می‌شود. این روایت به فرض صحت سندی، عام است و با توجه به آنچه گذشت حمل بر زوج موسری می‌شود که از دادن نفقه همسرش خودداری می‌کند.

۲- در مسند زید آمده «حدثنی زید بن علی، عن ابیه، عن جده، عن علی (ره) إنه کان یحبس فی النفقه و فی الدین و فی القصاص و فی حدود و فی جمیع الحقوق» (البقال، ۱۳۹۵ق، ص. ۲۶۵). در این روایت آمده که حضرت علی (علیه السلام) به سبب نفقه، بدهی، قصاص، حدود و تمام حقوق زندانی می‌کرد. این روایت نیز عام است و باید آن را حمل بر زوج موسر کرد.

محقق حلی در کتاب شرایع الاسلام در مورد شخص مدیونی که اعسارش، نه از طرق بینه و نه از طریق تصدیق غریم، ثابت نشده است و ایسار و مال ظاهری هم برایش ثابت نیست (مجهول الحال) قائل به تفصیل شده است و می‌فرماید: «اگر بینه‌ای موجود باشد بر اساس آن قضاوت می‌شود اما اگر بینه‌ای وجود نداشته باشد و مالی از قبل برای فرد موجود بوده یا اینکه اصل دعوا مالی باشد (مانند اینکه مدیون مالی قرض کرده یا چیزی خریده که ثمن آن را بدهکار است و...) مدیون حبس می‌شود تا اعسارش ثابت شود. سپس اگر بینه‌ای بر اتلاف مال اقامه شد اگرچه بینه از تمام امور مدیون مطلع نباشد، حکم به اعسار فرد می‌شود و مکلف به قسم خوردن هم نمی‌شود. اما اگر بینه بر اعسار فرد اقامه می‌شود شرط است که به طور کامل از مسایل مدیون مطلع باشد به این صورت که با مدیون مصاحبت کامل داشته باشند و بر خفایای امور وی مطلع باشند، در این صورت غرما نیز می‌توانند مدیون را قسم دهند تا احتمال مخفی بودن امور و اموال وی را دفع کنند. اما در صورتی که اصل دعوا مالی نبوده و از قبل هم مالی برای مدیون ثابت نبوده است (مانند مورد نفقه) و فرد ادعای اعسار دارد ادعای او پذیرفته می‌شود و از او بینه مطالبه نمی‌شود و تنها غرما (در ما نحن فیه غریم زوجه است) می‌توانند مدیون را قسم دهند در صورتی هم که فرد مالی داشت و بین غرما تقسیم شد باید از حبس آزاد شود»^{۱۸} (محقق حلی، ۱۳۹۰ق، ج ۲، ص. ۸۳).

شهید ثانی در کتاب مسالک الافهام در تشریح این گفته محقق حلی می‌فرماید:

«اینکه ادعای اعسار فرد در جایی که دعوا مالی نباشد پذیرفته است به دلیل اصالت عدم مال است و دلیل آنکه در دعوی مالی قائل به عدم اعسار می‌شویم استصحاب بقای مال است».

بنابراین در مورد فردی که از قبل مالی داشته یا آنکه اصل دعوایش مالی است و ادعای اعسار دارد حبس به عنوان یکی از راه‌هایی که به روشن شدن وضعیت وی

کمک می‌کند، مطرح شده است، اما قول به جواز حبس زوج با اشکالاتی مواجه است از جمله اینکه:

اولاً، چنان که گذشت اصولاً حبس کردن شخص پیش از تحقق سبب آن امری غیر معقول است (حرعاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص. ۷۳) بنابراین می‌توان روایات را حمل کرد بر موردی که شخص توانگر بوده ولی مال خود را مخفی کرده یعنی چنانکه علامه مجلسی می‌گوید: حضرت می‌دانسته آن فرد مال دارد ولی انکار می‌کرده است تا این روایت با ظاهر آیه و روایات دیگر منافات نداشته باشد (مجلسی، ۱۴۳۲ق، ج ۶، ص. ۸۴) محقق عراقی در مورد مدیون مجهول‌الحال می‌گوید: «اگر ادعای ناداری کند أشهر دو روایت از نظر عمل فقیهان آن است که باید به او مهلت داده شود، بلکه این دیدگاه با حکم کتاب الله نیز موافق است و موافقت با کتاب الله همچون مخالفت با عامه یکی از مرجحات است... بنابراین در چنین مواردی باید او را تا زمان توانمندی رها ساخت» (عراقی، ۱۳۹۷ق، ص. ۷۸).

ثانیاً، بنابر روایت صحیحی که حضرت علی (ع) از حبس معسر خودداری فرمودند مشخص می‌شود که اعسار مانع حبس است و در مورد فردی که ادعای اعسار می‌کند تا زمانی که عدم مانع یعنی عدم اعسار را اثبات نکردیم دلیلی بر جواز حبس نداریم.

ثالثاً، بر اساس اصل براءت هر فردی بی‌گناه است تا زمانی که جرم او ثابت شود. این اصل از سوی اغلب نظام‌های حقوقی زنده جهان، پذیرفته شده است. به موجب اصل براءت کیفری، چنانچه در مورد جرم متهم، تردید ایجاد شود، تردید باید به نفع متهم تعبیر گردد و متهم مکلف به اثبات بی‌گناهی خود نیست. علاوه بر اینکه بنابر اصل عدم توانگری در صورتی که از قبل وجود مالی برای زوج ثابت نبوده باشد، اصل بر اعسار زوج است.

در نتیجه در مورد زوجی که ادعای اعسار دارد و به ظاهر مالی ندارد نمی‌توان حکم به حبس کرد چرا که نه مالی ثابت است و نه اصل دعوا مالی است و تنها می‌توان او را مکلف کرد که بر اعسارش قسم بخورد مگر اینکه از قبل، وجود مالی برای زوج ثابت بوده باشد یا آنکه گفته شود که نفقه زوجه در برابر استمتاع، مالی است. اگر چنین

فرض چنین فرض شود که دعوی زوج و زوجه بر سر نفقه، دعوی است که اصلش مالی است، باید حکم به حبس زوج دهیم تا اعسار یا اتلاف مالش را اثبات کند. توضیح یک نکته: در مواردی که شارع مقدس حکم به تعزیر زوج داده است حاکم باید توجه داشته باشد که ایجاد و دوام خانواده بر عشق و علاقه زن و شوهر مبتنی است و حمایت کیفری از ارزش‌ها و قواعد در حوزه خانواده همیشه در آخرین مرحله باید صورت پذیرد و بیشتر در حکم بازدارنده است؛ زیرا رابطه زوجیت نمی‌تواند با استفاده از زور و اجبار ادامه پیدا کند. آسیب‌های جسمی و روحی جبران‌ناپذیر حبس بر افراد و هزینه‌هایی را که برای جامعه به همراه دارد موجب شده تا کشورهای مختلف به دنبال راه‌هایی برای جاگزینی این مجازات باشند. اعمال این مجازات نسبت به شوهر علاوه بر این، تأثیرات نامطلوب و جبران‌ناپذیری در روابط بین زوجین داشته و موجب تشدید اختلافات شده و می‌تواند کانون امن خانواده را به محلی برای اختلاف و نزاع مبدل می‌سازد.

در محیط خانواده به دلیل وضعیت خاص آن در وهله اول قواعد اخلاقی حاکم هستند و این قواعد به نحو مؤثری بر روابط اعضای خانواده حاکمیت دارند. مداخله قواعد کیفری در قلمرو محیط خصوصی خانواده به ندرت پیامد مثبتی به دنبال دارد. به همین دلیل است که امروزه قواعد کیفری حاکم بر خانواده در مقایسه با دیگر حوزه‌ها بسیار اندک است و اختلافات و مشاجرات در این حوزه باید تا حد امکان از طریق راه‌های غیرکیفری حل و فصل گردد.

بنابراین چنانکه گذشت اگر الزام زوج به دادن نفقه مثمرتر نبود می‌توان به جای اعمال مجازات‌های کیفری مانند حبس و شلاق، حاکم از اموال او نفقه زوجه را بپردازد و برای الزام به انفاق فردی که اموال خود را مخفی کرده از مجازات‌های دیگر نظیر جریمه نقدی، محرومیت‌های اجتماعی یا حبس خانگی استفاده و با در نظر گرفتن شرایط و مورد دعاوی به حداقل حکم تعزیری مؤثر حکم نمود. در خصوص وضع چنین مواردی از سوی قانون‌گذار با عنوان ضمانت اجرای کیفری عدم پرداخت نفقه از سوی مرد باید گفت پس از وضع قانون ازدواج و قانونی شدن روابط زناشویی و مکلف شدن زوجین به حُسن معاشرت، یکی از امور مهمی که ضامن حُسن روابط

زناشویی و تأمین کننده زندگی خانوادگی است، موضوع انفاق است که ترک آن از سوی مرد، منشأ فساد و وسیله اختلال اوضاع خانوادگی بوده و در نتیجه کانون مقدس زندگی را از هم متلاشی می گرداند؛ این است که قانون گذار برای این موضوع اهمیت زیادی قائل شده و خواسته شالوده چنین سازمانی بر حسن روابط زوجیت، همواره استوار و پابرجا بماند. اگر فلسفه حمایت کیفری قانون گذار، حفظ بنیان خانواده است نباید در عمل عکس این را نتیجه دهد.

نتیجه گیری

در صورتی که اعسار زوج اثبات گردد، گروهی از فقهای اهل سنت قائل به جواز حبس زوج هستند؛ اما گروهی دیگر و همچنین مشهور فقهای شیعه قائلند که زوج معسر را نباید حبس کرد و در این زمینه به دلایلی همچون آیه شریفه «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ»، روایتی از امیرالمؤمنین (علیه السلام) و قبح تکلیف بما لایطاق استناد می کنند. البته برخی از فقها به استناد قواعد لاضرر و لاجرح قائل به جواز فسخ نکاح توسط زوج در این حالت هستند. در صورت ایسار زوج، دو حالت متصور است یا زوج دارای اموال آشکار است یا اموال وی مخفی است. در صورت اول، برخی فقهای عامه، حکم به حبس زوج موسری داده اند که اموالش از جنس دیونش نیست؛ زیرا قائلند که این فرد خود باید مباشرت به فروش اموالش کند و حاکم حق فروش اموالش به غیر از طلا و نقره مسکوک را ندارد بنابراین در صورت امتناع ورزیدن فرد از فروش اموالش او را حبس می کنند تا مجبور به فروش اموال خود گردد. در حالی که فقهای امامیه و گروه دیگری از فقهای عامه در این فرض حاکم را ولی مدیون دانسته و به او اجازه فروش اموال را در صورت امتناع زوج می دهند و این حکم آنها موافق با روایات صحیح و اجماع فقهای امامیه است. اما در صورت دوم فقهای امامیه و مشهور فقهای عامه حکم به حبس زوج موسری داده اند که با وجود اثبات ایسارش از طریق بینه یا طرق دیگر همچون اقرار و... مال آشکاری برای پرداخت نفقه ندارد. این حکم مستند به روایات خاص و عامی است که در مورد حبس زوج مماطل و مستنکف از نفقه و مدیون موسر ممتنع از پرداخت دین وارد شده است و مخالفتی از جانب فقها در این حکم وجود ندارد.

در مورد زوجی که ادعای اعسار دارد و به ظاهر مالی ندارد نمی توان حکم به حبس

کرد چرا که نه مالی ثابت است و نه اصل دعوا مالی است و تنها می‌توان او را مکلف کرد که بر اعسارش قسم بخورد مگر اینکه از قبل، وجود مالی برای زوج ثابت بوده باشد یا آنکه گفته شود که نفقه زوجه در برابر استمتاع، مالی است. در این خصوص استناد شده به روایتی از امیرالمؤمنین (علیه السلام) که از حبس معسر خودداری کردند، همچنین اصل برائت نیز می‌تواند موید این مطلب باشد.

بنابراین اعمال مجازات حبس و شلاق در حق زوجی که مدعی اعسار است، مستند فقهی قابل قبولی نداشته و به ادله‌ای که گذشت مردود است و در مورد زوج موسر نیز اعمال این مجازات‌های تعزیری می‌تواند بر خلاف مصالح خانواده باشد و قرار دادن مجازات کیفری مانند زندان یا شلاق برای سرپرست خانواده ممکن است موجب ایجاد کینه و نفرت میان زوجین شده و ادامه زندگی را بسیار دشوار کند. از سوی دیگر باید توجه داشت که حبس به عنوان مجازات تارک انفاق معین نشده است اصولاً حبس، مجازات تعزیری است که به عنوان عاملی برای اعمال فشار بر زوج ممتنع به کار می‌رفته است که در زمان حاضر جز در موارد اندک، زیان‌های اجرای این حکم بر فواید آن غلبه دارد و ممکن است راه‌های دیگر برای احقاق حقوق زوجه وجود داشته باشد مانند تحت نظر قرار دادن وی و محرومیتش از برخی حقوق اجتماعی به طور موقت، الزام و اجبار او به کار کردن و پرداخت نفقه. اعمال مجازات‌های کیفری مانند حبس علاوه بر سردتر کردن کانون خانواده و مخدوش کردن آبروی افراد راهی هموار به سوی زندان‌ها باز می‌کند که خاستگاه بزهکاری و مکانی برای فرار از مسئولیت است و در حوزه خانواده به ضرر زوجین و جامعه می‌باشد. البته باید توجه داشت که در برخی موارد در مورد زوج موسری که فقط برای آزار همسرش از دادن نفقه امتناع می‌کند با توجه به اینکه در شرع مقدس هیچ حکم ضرری و حرجی نداریم برای جلوگیری از تضعیف حق زوجه حاکم می‌تواند به پیروی از سیره شارع مقدس حکم به حبس، شلاق و هر حکم تعزیری دیگری بنماید.

یادداشت‌ها

۱. هر کس با داشتن استطاعت مالی نفقه زن خود را در صورت تمکین ندهد یا از تأدیه نفقه سایر اشخاص واجب النفقه امتناع نماید دادگاه او را از سه ماه و یک روز تا پنج ماه حبس محکوم می‌نماید.
۲. هر کس با داشتن استطاعت مالی، نفقه زن خود را در صورت تمکین او ندهد یا از تأدیه نفقه سایر اشخاص واجب النفقه امتناع کند به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شود. تعقیب کیفری منوط به شکایت شاکی خصوصی است و در صورت گذشت وی از شکایت در هر زمان تعقیب جزایی یا اجرای مجازات موقوف می‌شود.
۳. الواجب فی النفقة سنّة: الطعام، و الإدام، و الإخدام و الكسوة، و آلة التّنظيف، و السكنی، و الضابط قیام الرجل بما تحتاج المرأة إليه من ذلك، تبعاً للعادة فی أمثالها من أهل بلدها.
۴. و أما قدر النفقة فضابطه القیام بما تحتاج إليه المرأة من طعام و إدام و كسوة و إسكان و إخدام و آلة الادهان تبعاً لعادة أمثالها من أهل البلد.
۵. و الفصل بينهما أن نفقة الزوجات تجب علی وجه المعاوضة، و نفقة الأقارب علی وجه المواساة.
۶. و القول الثانی و هو أصحهما عندنا و عندهم أنه لا نفقة علیه لأن النفقة فی مقابلة التمکین من الاستمتاع، بدلیل أن الكبيرة إذا نشزت سقطت نفقتها، لتعذر الاستمتاع.
۷. إذا لم تستوف الزوجة نفقة یومها إذا ثبت ما قلناه من أنها تجب نفقة یوم بیوم، فان استوفت نفقة هذا الیوم فلا كلام، و ان لم تستوف استقرت فی ذمته، و علی هذا أبداً. هذا إذا كانت ممکنة من الاستمتاع. و به قال الشافعی.
۸. أن امرأه استعدت علی زوجها أنه لا ینفق علیها و كان زوجها معسراً فابی امیر المؤمنین (علیه السلام) أن یحبسه و قال: إن مع العسر یسراً.
۹. المشهور: أنه لا خيار للزوجة فی الفسخ بالإعسار من النفقة، اختاره الشیخ فی (المبسوط) و (الخلاف) و أوجب علیها الصبر و به قال ابن حمزة و ابن إدريس، عملاً باستصحاب لزوم العقد.
۱۰. المعتمد: لأن الحبس عقوبة لم یثبت موجبها، فلا یجوز فعلها قبل الثبوت. مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة.
۱۱. روی عبدالله بن الحسن العنبری، إن الزوج إذا أعسر عن النفقة، حبسه الحاكم حتی یجدها.

١٢. و قال المخالف هي بالخيار بين أن تصبر حتى إذا أيسر استوفت منه ما اجتمع لها، و بين أن يختار الفسخ فيفسخ الحاكم بينهما، و هكذا إذا اعتبرنا بالصدق قبل الدخول، فالاعسار عيب، لزوجه الفسخ، و عندنا ليس هذا كذلك على ما قلناه و فيه خلاف. المبسوط في فقه الإمامية.
١٣. قال ابن الجنيد بالخيار، لرواية عن الصادق (عليه السلام) و لاشتماله على الضرر، إذ لا يمكنه الإنفاق لعسره، فلو لم يجعل لها الخيار لزم الحرج المنفي بالإجماع. مختلف الشيعة في أحكام الشريعة.
١٤. إذا وجبت النفقة على الرجل - إما نفقة يوم بيوم أو ما زاد عليه، للزوجة أو غيرها من ذوى النسب - و امتنع من إعطائه، ألزمه الحاكم إعطاؤه، فان لم يفعل حبسه، فان لم يفعل و وجد له من جنس ما عليه أعطاه، و ان كان من غير جنسه باع عليه و أنفق على من تجب له نفقته. الخلاف.
١٥. و به قال الشافعي و قال أبو حنيفة: إن وجد له من جنس ما عليه أعطاه، و إلا حبسه حتى يتولى هو البيع، و لا يبيع عليه إلا الذهب و الورق، فإنه يبيع كل واحد منهما بالآخر، و يوفى ما عليه. الخلاف.
١٦. ابن قولويه عن أبيه عن سعد بن عبدالله عن أحمد بن محمد بن عيسى عن عبدالرحمن بن أبي نجران عن ابن أبي عمير عن ابن أذينة عن زرارة عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: كان علي (عليه السلام) لا يحبس في السجن إلا ثلاثة الغاصب و من أكل مال يتيم ظلماً و من أوتمن على أمانة فذهب بها و إن وجد له شيئاً باعه غائباً كان أو شاهداً.
١٧. المعتمد: لأن الحبس عقوبة لم يثبت موجبها، فلا يجوز فعلها قبل الثبوت. مختلف الشيعة في أحكام الشريعة.
١٨. و إن لم يكن له مال ظاهر و ادعى الإعسار فإن وجد البينة قضى بها و إن عدمها و كان له أصل مال أو كان أصل الدعوى مالا حبس حتى يثبت إعساره. و إذا شهدت البينة بتلف أمواله قضى بها و لم يكلف اليمين و لو لم تكن البينة مطلعة على باطن أمره. أما لو شهدت بالإعسار مطلقاً لم تقبل حتى تكون مطلعة على أموره بالصحة المؤكدة و للغرماء إحلافه دفعاً للاحتمال الخفي. و إن لم يعلم له أصل مال و ادعى الإعسار قبلت دعواه و لا يكلف البينة و للغرماء مطالبته باليمين و إذا قسم المال بين الغرماء و جب إطلاقه.

کتابنامه

۱. قرآن کریم
۲. ابن بابویه، محمد بن علی (۱۴۱۳ق). من لایحضره الفقیه. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۳. ابن عابدین، محمد امین (۱۴۱۵ق). حاشیه رد المحتار علی الدر المختار، شرح تنویر الابصار. بیروت: دارالفکر.
۴. ابن فارس، احمد بن فارس (۱۴۰۴ق). معجم مقاییس اللغة. قم: دارالکتب العلمیه.
۵. ابن قدامه، عبدالله بن احمد بن محمد (۱۴۰۶ق). المغنی فی الفقه. قاهره: دار الهجر.
۶. ابو غده، حسن (۱۴۰۷ق). السجن و معامله السجناء فی الاسلام. کویت: مکتبه المنار.
۷. اصفهانی، سید ابوالحسن (بی تا). وسیله النجاه. بی جا: بی نا.
۸. البقال، عبدالعزیز (۱۳۹۵ق). مسند زید. بیروت: دارالکتب العلمیه.
۹. بحرانی، یوسف (بی تا). الحدائق الناظره. قم: انتشارات جامعه مدرسین.
۱۰. بهوتی، منصور بن یونس (۱۳۱۹ق). دقائق اولی النهی لشرح المنتهی. مصر: المطبعه العامره الشریفه.
۱۱. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۴ق). وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
۱۲. خمینی، روح الله (بی تا). تحریر الوسیله. تهران: مکتبه العلمیه الاسلامیه.
۱۳. خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین. قم: مدينه العلم.
۱۴. راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق). مفردات الفاظ قرآن. دمشق: دار القلم.
۱۵. سرخسی، محمد بن احمد (۱۴۰۶ق). المبسوط. بیروت: دارالمعرفه.
۱۶. شوکانی، محمد بن علی (۱۹۷۳م). نیل الاوطار شرح منتقى الاخبار. بیروت: دارالجيل.
۱۷. شهید اول، محمد بن مکی (بی تا). القواعد و الفوائد. تحقیق سید عبدالهادی حکیم، قم: منشورات مکتبه المفید.
۱۸. شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۶ق). مسالك الافهام الی تنقیح الشرايع الاسلام. بی جا: بی نا.

۱۹. طباطبایی بروجردی، سیدحسین (۱۳۸۰ق). جامع الاحادیث شیعیه. تهران: مطبعة المساحه.
۲۰. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۱۸ق). الخلاف. تهران: مطبعة تابان.
۲۱. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۲۳ق). تهذیب الأحكام. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۲. طوسی، محمد بن حسن (بی تا). المبسوط فی فقه الامامیه. تهران: المكتبة المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه.
۲۳. صاحب جواهر، محمدحسن (۱۳۹۶). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. قم: مكتبة الاسلامیه.
۲۴. عراقی، ضیاءالدین (۱۳۹۷ق). شرح تبصره المتعلمین. قم: مطبعة مهر.
۲۵. علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة. ۹ جلد، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۶. علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۹ق). قواعد الاحکام. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۷. علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق). تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة (ط - الحدیثة). قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
۲۸. مجلسی، محمدتقی (۱۴۳۲ق). روضة المتقین، تهران: نشر بنیاد.
۲۹. محقق حلّی، جعفر بن حسن (۱۳۹۰ق). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. بیروت: دار الزهراء.
۳۰. المرتضی، احمد بن یحیی (بی تا). عیون الازهار. لبنان: دارالکتب اللبنانی.
۳۱. المقرئ الفیومی، احمد بن محمد (۱۳۴۷ق). مصباح المنیر. بی جا: بی نا.
۳۲. نزوی کندی، احمد بن عبدالله (بی تا). المصنف. عمان: انتشارات وزارت اوقاف عمان.
۳۳. نوری طبرسی، میرزا حسین (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل. بیروت: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث.