

مقاله علمی پژوهشی

باز بینی و نقد ادله فقهی حق حبس در نکاح مطابق ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی

اکرم عبدالله پور^{۱*}، الهه عبدالعلی نژاد^۲، زهره خالقی^۳

۱. استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران

۲. دانش پژوه سطح چهار مرکز تخصصی رکن الهدی کرمان، ایران

۳. دانش پژوه سطح چهار مرکز تخصصی رکن الهدی کرمان، ایران

(دریافت: ۱۳۹۸/۰۹/۱۵ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۲/۰۷)

Criticism of the Jurisprudential Principles of Imprisonment in Marriage with Imamite Jurists

Akram Abdolapur^{*1}, Elaheh Abdolalinejad², Zohreh Khaleghi³

1. Assistant Professor of Jurisprudence and Fundamentals Islamic Law, Payame Noor University, Tehran, Iran

2. The Graduate of Level 4 of the Seminary, Kerman, Iran

3. The Graduate of Level 4 of the Seminary, Kerman, Iran

(Received: 06/Dec/2019

Accepted: 25/Feb/2021)

Abstract

The right to lien means the right of one party of an exchanging agreement to abstain from the performance of his obligation until the other party takes action to perform his obligation. Most Muslim jurists agree with the enforcing the lien in exchanging agreements; there are however different opinions among Muslim jurists with regards to the subject of the right to lien in marriage (meaning that the wife has the right to abstain from performing her duties against her husband until the marriage portion is fully submitted to her, provided that her marriage portion is accelerated and no canonically obligatory sexual resignation of woman to her husband is provided). Citing various arguments such as the exchanging nature of the marriage contract, the traditions, the consensus, the rule of negating loss and fault and the customary condition of the marriage contract, famous Muslim jurists have emphasized the legitimacy of this right. In the meantime, a few Muslim jurists have opposed the subject of lien in marriage and have denied this by counting false the evidence and bases of the right to lien in marriage. Only Ibn Idris considers this in detail: he considers the right to lien to be valid if the husband is found affording and does not accept it if the husband is found insolvent. Presenting different views of Imamite jurisprudents and their foundations on the right to lien in marriage, this descriptive-analytical study is aimed to elaborate and criticize the reasons by those who accept the right to lien in marriage and thereby negates this right.

Keywords: Right to Imprisonment, Right to Refuse, Marriage, Obedience, Marriage.

چکیده

حق حبس به معنی حق خودداری یک طرف عقد معاوضی، از اجرای تعهد خود، تا اقدام طرف دیگر به اجرای تعهدش است. قریب به اتفاق فقها موافق اجرای حق حبس در عقود معاوضی هستند، ولی در رابطه با جریان حق حبس در نکاح بدین معنی که زوجه حق داشته باشد تا زمانی که مهر به طور کامل به او تسلیم نشده از ایفای وظایفی که در مقابل شوهرش دارد، امتناع کند مشروط به اینکه مهر او حال باشد و تمکین خاص صورت نگرفته باشد؛ آرای متفاوتی در میان فقها به چشم می خورد. مشهور فقها، با استناد به ادله مختلف مانند معاوضی بودن ماهیت عقد نکاح، روایات، اجماع، قاعده نفی ضرر و حرج و شرط عرفی ضمن عقد، بر مشروعیت این حق تأکید نموده اند. در این میان تعداد معدودی از فقها به مخالفت با جریان حق حبس در نکاح برخاسته و با مخدوش دانستن ادله و مبانی حق حبس در نکاح، منکر این مطلب شده اند. تنها ابن ادریس قایم به تفصیل در این رابطه است. ایشان جریان حق حبس را در صورت ایسار زوج صحیح دانسته و در صورت اعسار زوج، آن را نمی پذیرد. جستار حاضر با روش توصیفی - تحلیلی و با هدف تبیین و نقد دلایل قائلین به حق حبس در نکاح ضمن معرفی دیدگاه های مختلف فقهای امامیه و مبانی ایشان در خصوص حق حبس در نکاح، به این مسئله پرداخته و از این رهگذر حق حبس در نکاح را نفی می کند.

کلیدواژه ها: حق حبس، حق امتناع، نکاح، تمکین، مهر.

مقدمه

حق حبس در نکاح یکی از مباحث حقوقی مورد ابتلای خانواده‌ها بوده که از حساسیت ویژه‌ای برخوردار است. ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی حکایت دارد: «زن می‌تواند تا مهریه به او تسلیم نشده از ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند، مشروط بر اینکه مهر او حال باشد و این امتناع مسقط حق نفقه نخواهد بود».

از اطلاق ماده بالا مستفاد می‌گردد، زن می‌تواند از ایفای وظایف زوجیت امتناع کند، تا مهریه خود را دریافت دارد، خواه شوهر قادر بر تأدیه آن باشد یا نباشد؛ همچنین قانون مدنی در ذیل ماده «۱۰۸۵» تصریح نموده که: «... این امتناع مسقط حق نفقه نخواهد بود»؛ زیرا نشوز زن در موردی محقق می‌گردد که بدون اجازه قانونی، امتناع از انجام وظایف زناشویی نموده باشد، ولی در مورد مذکور، زن به اعتبار حق حبسی که قانون برای رسیدن او به مهریه اش به رسمیت شناخته، از ایفای وظایف خودداری کرده؛ از این رو مشمول نشوز نمی‌باشد (امامی، بی تا: ۳۹۴/۴-۳۹۶).

از نظر بسیاری از فقها و حقوقدانان این حق، نتیجه معاوضی بودن عقد نکاح و ناشی از قواعد کلی و عمومی عدل و انصاف است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۲۵۱/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۳/۱۴۵-۱۴۶؛ انصاری، ۱۳۷۸: ۲۶۳/۶؛ محقق داماد یزدی، ۱۳۸۷: ۲۴۵؛ شعبانی، ۱۳۸۵: ۵۷-۵۶/۱) که در فقه و حقوق به انگیزه تعدیل و تنظیم روابط دو سویه یک تعهد و مقرر داشتن نوعی ضمانت اجرا در صورت امتناع یک طرف از اجرای تعهد خود، در قراردادهای معاوضی منظور شده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۷۸/۴).

باید توجه داشت که حق حبس حق امتناع مطلق نیست؛ بلکه حق الامتناع عندالامتناع است. یعنی به هیچ یک از متعاقدين اجازه نمی‌دهد که ابتدا به ساکن از انجام تعهد خود امتناع بورزد. از این رو حق حبس فقط در عقود معاوضی جریان می‌یابد.^۱

به تصریح صاحب جواهر، اکثریت فقها به ادله گوناگون مانند بنای عقلاء و عرف در معاملات، به حق حبس در عقود قائل‌اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۳/۱۴۶)، اما این دیدگاه مخالفانی هم

دارد؛ از جمله مقدس اردبیلی، که حق حبس را به طور کلی چه در عقد بیع و چه در نکاح نپذیرفته با این بیان که با تحقق عقد، مالکیت منتقل می‌شود و تحویل دادن مورد معامله واجب است. (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۸/۵۰۶). با این حال همان‌طور که اشاره شد، قریب به اتفاق فقها در اجرای حق حبس در عقود معاوضی اتفاق نظر دارند، ولی چنان‌که خواهیم دید در اجرای حق حبس در نکاح، اتفاق نظر وجود ندارد.

در ارتباط با حق حبس به طور کلی تحقیقات متعددی نگاشته شده، اما آثار موجود در این زمینه عمدتاً به بررسی حق حبس و احکام مربوط به آن در عقود معاوضی نظیر بیع، اجاره و صلح معاوضی پرداخته و در خصوص حق حبس در نکاح ساکت هستند یا در صدد بررسی ماهیت و مبانی حق حبس در نکاح و چگونگی استیفای آن برآمده‌اند.^۲ اما قبل از پرداختن به ماهیت و کیفیت چنین حقی بحث از اصل وجود آن و تشکیک در چنین حقی بحثی است حائز اهمیت و قابل تأمل.

نوشتار حاضر به روش توصیفی تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای، با هدف بازبینی و نقد مبانی فقهی حق حبس در نکاح، ضمن بررسی مبانی نفی و اثبات، به بیان دیدگاه‌های مختلف فقهای شیعه در این زمینه پرداخته و با پاسخ به این پرسش که: آیا مبانی اثبات حق حبس در نکاح می‌تواند مخدوش باشد و آیا نظریه رقیب توان معارضه با نظریه مشهور را دارد؟ نظریه مشهور در این زمینه را به چالش می‌کشد و از این منظر روی آوردی جدید در این زمینه ارائه می‌دهد.

۲. ر.ک: جهانگیری، محسن؛ یزدانی، غلامرضا (پاییز و زمستان ۱۳۹۴) «تاریخچه و قلمرو حق حبس در فقه امامیه با نگاهی تطبیقی به فقه اهل سنت و حقوق غربی»، آموزه های فقه مدنی، شماره ۶؛ امینی، اعظم؛ حائری، محمدحسن (پاییز و زمستان ۱۳۹۴) «بررسی قلمرو اجرایی احکام و آثار حق حبس در عقود معاوضی با نگاهی تطبیقی به فقه امامیه و حقوق مدنی ایران»، دانش حقوق مدنی، شماره ۸؛ قیوم‌زاده، محمود (بهار و تابستان ۱۳۸۹) «بررسی ماهیت حق حبس در نکاح و چگونگی استیفای آن» نشریه فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۱؛ ابهری، حمید؛ صفایی، محمد صالح (زمستان ۱۳۹۱) «موارد موجه عدم تمکین زوجه در حقوق ایران» فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، سال نهم، شماره ۳۰؛ شکری، فریده؛ مؤمن، رقیه سادات (بهار ۱۳۹۰) «نقش قاعده ی لاضرر در حق خودداری زن از تمکین خاص»، مطالعات راهبردی زنان، شماره ۵۱؛ صفا، محمدعلی (تابستان ۱۳۸۸) «حق حبس» فقه و اصول: فقه و تاریخ تمدن ملل اسلامی: شماره ۲۰؛ ره پیک، سیامک؛ جانباز سوادکوهی، علی (زمستان ۱۳۹۱) «اثر تمکین عام در سقوط حق حبس زوجه»، دوفصلنامه رویه قضایی، شماره ۱.

۱. عقد معوض عقدی است که: انتقال مال از طرفین و یا قبول تعهد از طرفین باشد و گاهی به آن عقد «معاوضه» نیز می‌گویند، مثل بیع، اجاره، صلح و هبه معوض. عقد نکاح نیز شبه عقد «معاوضی» است؛ چون مبادله مال به مال نیست (طاهری، ۱۴۱۸: ۲۰/۲).

تعریف حق حبس

حبس در لغت به معنای بازداشتن و منع در مقابل اطلاق و رها کردن آمده است^۱ (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۶/۴۴؛ طریحی، ۱۳۷۵: ۶۰/۴؛ فیومی، بی تا: ۱۱۸/۲؛ حمیری، ۱۴۲۰: ۳/۱۳۱۰؛ واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۲۳۴/۸؛ جوهری، ۱۴۱۰: ۳/۹۱۵).

حق حبس یک ترکیب اضافی است به معنای حق منع و بازدارندگی و در واقع یک اصطلاح فقهی و حقوقی است به معنی «حق خودداری یک طرف عقد معاوضی (معامله) از اجرای تعهد خود تا اقدام طرف دیگر به اجرای تعهدش» (آراد، ۱۳۴۱: ۴/۷۸).

فقها حق حبس را مقتضای معاوضه دانسته و معتقدند که در عقود معوض مثل بیع، هر یک از طرفین معامله، حق حبس مورد معامله را دارد تا طرف مقابل، مورد دیگر معامله را به او بدهد، ولی در عقود غیر معوض که شرط عوض، ضمن آن شده است، این حق موجود نیست. (طوسی، ۱۳۸۷ ه ق: ۲/۱۲۰؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۳/۱۴۶؛ بجنوردی، ۱۴۰۱: ۲/۳۹۱).

لازم به ذکر است که در منابع فقهی به جای حق حبس بیشتر از تعبیر حق امتناع و گاهی از تعبیر حق احتباس، استفاده شده است. (محقق کرکی، ۱۴۱۴: ۱۳/۳۵۵؛ شهیدثانی، ۱۳۹۸: ۳۷۰؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۴۳/۳۱) و در قانون علاوه بر حق حبس تعبیّرات دیگری نیز بکار رفته است مانند: حق خودداری از تسلیم مبیع یا ثمن، امتناع از ایفای وظایف زناشویی، امتناع از تسلیم مال التجاره و امتناع از اجرای تعهد.

حق حبس در نکاح یا به تعبیر فقهی حق امتناع زوجه از تمکین خاص بدین معنی است «که زوجه حق داشته باشد تا زمانی که مهر به طور کامل به او تسلیم نشده از ایفای وظایفی که در مقابل شوهرش دارد، امتناع کند مشروط به اینکه مهر او حال باشد و تمکین خاص صورت نگرفته باشد و این امتناع مسقط نفقه نخواهد بود» (طاهری، ۱۴۱۸: ۳/۱۷۴).

با توجه به اینکه حق حبس در عقود معاوضی مطرح است فقها و طء و مهریه را در عقد نکاح به منزله ی دو عوض می دانند و برای صاحب هر یک از این دو، حق امتناع قائلند تا وقتی که عوض قبض شود. (عاملی (شهید اول)، ۱۴۱۰: ۱۸۵؛ عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳: ۸/۱۹۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۱/۴۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۵/۱۷۵-۱۷۶؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۷/۴۰۹؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۶۵؛ موسوی خمینی، بی تا:

(۲۹۹/۲)

حق حبس در این نوشتار نیز به همان معنای اصطلاحی فقهی - حقوقی است؛ یعنی حق خودداری زن از انجام وظایف زناشویی برای بار اول مادامی که شوهر مهریه او را نپردازد مشروط به آنکه مهریه اش حال باشد.

حق حبس در نکاح از دیدگاه فقهای امامیه

در رابطه با جریان حق حبس در نکاح خصوصاً با توجه به اعسار و ایسار زوج، سه دیدگاه عمده مطرح شده که به بیان و بررسی آنها می پردازیم:

- دیدگاه اول: موافقان حق حبس در نکاح به طور مطلق (خواه زوج موسر باشد، خواه معسر باشد)

قول مشهور که بر آن ادعای اجماع هم شده، بدین صورت است که زن در صورتی که مهریه اش حال باشد، حق امتناع از تمکین را دارد تا زمانی که مهریه را بگیرد خواه مرد موسر و دارا باشد خواه معسر و فقیر.

در ذیل عبارت تعدادی از طرفداران این دیدگاه را بیان می - داریم:

شهید اول می نویسد: برای زوجه قبل از آمیزش، حق امتناع است تا اینکه مهریه اش را اگر حال است دریافت کند و بنابر قول صحیح، این حق امتناع، بعد از آمیزش وجود ندارد.^۲ (عاملی (شهید اول)، ۱۴۱۰: ۱۸۵).

شهید ثانی نیز قائل است حق امتناع برای زن تا دریافت مهریه پابرجاست خواه مرد موسر باشد یا معسر^۳ (عاملی، ۱۴۱۳: ۸/۱۹۱).

مرحوم سبزواری (۱۴۱۳: ۲۵/۱۷۵ و ۱۷۶)، فاضل هندی (۱۴۱۶: ۷/۴۰۹)، شیخ انصاری (۱۴۱۵: ۲۶۶) و موسوی خمینی (بی تا: ۲۹۹/۲) نیز از موافقین این دیدگاه هستند.

مفاد نظریه مشهور چنین است که اگر زوج در حال ایسار از پرداخت مهریه خودداری کند، اولاً معصیت کرده است. ثانیاً زوجه می تواند از تمکین خودداری نماید، در حالی که حق نفقه وی نیز ساقط نشده و برای گرفتن حقوق خویش می تواند به دادگاه صالحه مراجعه و دادگاه زوج را نسبت به عدم انجام

۲. لِلزَّوْجَةِ الْاِمْتِنَاعُ قَبْلَ الدُّخُولِ حَتَّى تَقْبِضَ مَهْرَهَا اِنْ كَانَ الْمَهْرُ حَالًا وَ لَيْسَ لَهَا بَعْدَ الدُّخُولِ اِمْتِنَاعٌ. فِي اصْحَاقِ الْقَوْلَيْنِ.

۳. «و لها ان تمتنع من تسليم نفسها حتى تقبض مهرها، سواء كان الزوج موسراً أو معسراً».

۱. الْحَبْسُ: الْمَنْعُ وَ الْاِمْسَاكُ، وَ هُوَ ضِدُّ التَّخْلِيَةِ.

(۲۴ / ۴۶۱).

از نظر مکارم شیرازی تمکین و پرداخت مهریه، دو وظیفه مستقل محسوب می‌شوند. ایشان حق را به صاحب حدائق و صاحب مدارک داده و می‌نویسد زوج چه موسر باشد و چه معسر، اگر مهر نقد را نپردازد، زوج حق امتناع از تمکین را ندارد. البته زوج می‌تواند در جایی که زوج موسر است، مهر را مطالبه نماید و حتی بر اساس روایت حضرت رسول (ص) «لِیَ الْوَأَجِدِ یُجِلُّ عَقُوبَتَهُ» (محدث نوری، ۱۴۰۸: ۱۳ / ۳۹۷)؛ عقوبت وی و به زندان افکندنش هم جایز می‌باشد. (مکارم، ۱۳۷۱: ۶ / ۵۴)

- دیدگاه سوم: قائلین به تفصیل بین موسر بودن و معسر بودن زوج

طبق این دیدگاه بین معسر و موسر بودن زوج فرق است؛ یعنی اگر مرد موسر باشد، زن می‌تواند از تمکین امتناع کند و اگر مرد معسر است زن باید تمکین کند.

این قول را صاحب جواهر از ابن ادریس نقل می‌کند (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۱ / ۴۳). محقق داماد نیز می‌گوید در میان فقهای امامیه، از ابن ادریس حلی حکایت شده که وی معتقد بوده که در صورت حال بودن مهر چنانچه زوج از پرداخت مهر معسر باشد، زوج نمی‌تواند مهر را مطالبه و در نتیجه از تمکین خودداری کند (محقق داماد یزدی، ۱۳۸۷: ۲۴۶).

ابن ادریس بر آن است که چون زن نمی‌تواند از شوهر معسر مطالبه مهر خود را بنماید، حق امتناع هم ندارد. در ذیل جواب ابن ادریس حلی را پیرامون دو سؤال آورده‌ایم که مؤید این مطلب است.

ایشان در پاسخ به این سؤال که آیا برای زوج جایز است قبل از دخول، مهریه‌اش را مطالبه نماید یا خیر؟ می‌نویسد: اگر مرد موسر باشد بر او واجب است که مهریه زن را پرداخت نماید و زوج نیز حق دارد قبل از دخول، از تسلیم خودش امتناع نماید و مرد نمی‌تواند قبل از پرداخت مهر به همسرش از او بهره‌برد، ولی اگر مرد معسر باشد حق امتناع برای زوج ثابت نیست و باید تا زمان گشاده‌دستی همسرش صبر نماید.^۳ (حلی،

وظیفه شرعی مؤاخذة و او را به پرداخت مهریه ملزم نماید، ولی در صورت اعسار زوج، هر چند الزام او صورت نخواهد گرفت، اما زوجه هم ملزم به تمکین نخواهد شد بلکه او حق دارد از تمکین خودداری کند و نفقه‌اش هم ساقط نمی‌باشد؛ زیرا نفقه وقتی ساقط است که عدم تمکین زوجه بدون مجوز شرعی و قانونی صورت گرفته باشد. در حالی که در مانحن فیه، تمکین با مجوز قانونی صورت گرفته لذا مسقط نفقه نخواهد بود (محقق داماد یزدی، ۱۳۸۷: ۲۴۶).

- دیدگاه دوم: مخالفان حق حبس در نکاح به طور مطلق (خواه زوج موسر باشد، خواه معسر باشد)

طبق این دیدگاه زوجه مطلقاً حق امتناع ندارد؛ زیرا شوهر وظیفه دارد در صورت ایسار، مهر زوجه را بدهد و زوجه هم وظیفه‌اش تمکین است. این دو وظیفه به هم ارتباطی ندارند و دو تکلیف مجزاً می‌باشند. البته زن در صورتی که مهریه‌اش نقد باشد و مرد توان پرداخت مهر را داشته باشد، می‌تواند مهریه را مطالبه کند و حتی از طریق قانونی اقدام نماید.

این دیدگاه طرفدارانی دارد که در ذیل به آنها اشاره می‌کنیم:

صاحب نهایه المرام می‌نویسد: ما در این مسئله هیچ نصی را نیافتیم و چیزی که اقتضای نظر را دارد این است که تسلیم کردن زوجه خودش را، حقی است به عهده زوجه و تسلیم مهریه به زوجه، حقی است به عهده زوج. و بر هر یک از آن دو واجب است که حق را به صاحبش برساند و هرگاه یکی از آن دو در این امر، اخلال نمود، نسبت به واجبی عصیان کرده و با این عصیان حق دیگری ساقط نمی‌شود.^۱ (موسوی عاملی، ۱۴۱۱: ۱ / ۴۱۲).

محقق بحرانی، مشابه عبارت شیخ عاملی را آورده و اضافه می‌کند: مخفی نیست که قضیه عقد، استحقاق زوج را بر بضع زوجه و استحقاق زوجه را بر مهریه، واجب می‌کند. پس هیچ یک از آن دو حق ندارند که در صورت امتناع دیگری نسبت به واجبی که به عهده‌اش است، اخلال نمایند.^۲ (بحرانی، ۱۴۰۵:

۱. مرحوم خوانساری هم در جامع المدارک با حکایت قول صاحب حدائق و نهایه المرام و رد ادله مشهور، ظاهراً این دیدگاه را پذیرفته است (۱۴۰۴: ۴ / ۴۲۵).

۲. «لا یخفی أن قضیه العقد أوجبت استحقاق الزوج البضع، و استحقاق المرأة المهر، فلیس لأحدهما الإخلال بما وجب علیه فی مقابله امتناع الآخر، و إخلاله بما وجب علیه».

۳. «مسئله [۱۶۶]: ما تقول فی المرأة أ يجوز لها مطالبه زوجها بمهرها قبل دخوله بها أم لا؟ الجواب والله التوفيق: إن كان موسراً فيجب عليه الخروج منه، و للزوجة أيضاً قبل الدخول بها الامتناع من تسليم نفسها، و لا تمكنه من الاستمتاع بها إلى أن تستوفي مهرها، و إن كان معسراً فنظره إلى ميسره، و إن كان بعد الدخول بها، فيجب عليه أيضاً الخروج منه، و لها

۱۴۲۹: ۳۶۹، ۴۸۴).

عقد، معاوضه است یا معاوضه محض است یا شبه معاوضه. (عاملی، ۱۳۱۳: ۱۹۱/۸)

صاحب جواهر می‌گوید: برای زوجه این حق به نحو اتفاق وجود دارد که قبل از دخول، از تسلیم خودش به زوج امتناع کند تا اینکه مهریه‌اش را دریافت نماید...؛ زیرا نکاح با صدق معاوضه نسبت به آن، در کیفیت مقتضی با معاوضه متحد می‌باشد؛ از این رو برای هر یک از متعاضین، حق امتناع از تسلیم است تا اینکه عوض را قبض کند. (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۱/۳۱)

شیخ انصاری نیز در بیان دلیل حق حبس دقیقاً عبارت شهید ثانی را می‌آورد. (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۶۵)

تعدادی از حقوقدانان نیز به تبعیت از فقها دلیل مذکور را برای اثبات حق حبس پذیرفته اند. که به دو مورد آن اشاره می‌کنیم:

محقق داماد یزدی قائل است که نکاح هر چند از جمله معاوضات حقیقی به شمار نمی‌رود، ولی به آنها ملحق است به خصوص آنکه در آن مهریه ذکر گردد. (محقق داماد، ۱۳۸۷: ۲۴۵)

امامی نیز می‌نویسد: نکاح اگر چه عقدی است که دارای جنبه اجتماعی است و از اقسام معاملات نمی‌باشد، ولی نباید از نظر دور داشت که بعضی قواعد معاوضه تا آنجایی که منافات با جنبه عمومی نکاح ندارد نسبت به مهریه در مقابل بضع جاری می‌گردد، این است که گفته می‌شود نکاح به اعتبار مهر و نزدیکی در حکم عقد معاوضی است. (امامی، بی تا، ۳۶۷/۴)

۲. روایات

مشهور، غالباً در منابع فقهی خود به دو روایت از وسایل‌الشیعه استناد می‌کنند که به بیان این دو روایت و نحوه استدلال ایشان می‌پردازیم.

– روایت اول، روایت سماعه است که آورده:

«از امام (علیه‌السلام) درباره مردی سؤال کردم که ازدواج کرده (دائم یا موقت) سپس همسرش مهرش را بر او حلال نموده. آیا برای این مرد جایز است قبل از اینکه چیزی به همسرش بدهد با او آمیزش کند، حضرت فرمودند آری وقتی زن مهرش را بر مرد حلال نمود به معنی این است که آن را قبض نموده است.»^۱ (حرعاملی، ۱۴۰۹: ۳۰۱/۲۱، روایت ۲۷۱۳۱-۲)

۱. و یاسنادیه عن الحسن بن سعید عن الحسن عن زرعة عن سماعة قال: «سألته عن رجل تزوج جاریه أو تمنع بها - ثم جعلته من صدقها في حل - أيجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئاً - قال نعم إذا جعلته في حل فقد قبضته منه»

مکارم شیرازی نیز پس از انکار و رد جریان حق حبس در نکاح می‌گوید: اگر بخواهیم کوتاه هم بیاییم و احتیاط کنیم، تفصیل این ادیس را قائل می‌شویم که زوجه در برابر زوج معسر، حق امتناع از تمکین را ندارد ولی در مقابل موسر حق امتناع از تمکین را دارد. (مکارم، ۱۳۷۱: ۵۴/۶)

ادله دیدگاه‌ها

واضح است اختلاف فقها در این موضوع، به ادله و نحوه تعامل ایشان با ادله برمی‌گردد؛ از این رو برای اعتبار سنجی سه دیدگاه مطرح شده و پذیرش دیدگاه صحیح، ادله دیدگاه اول نقل و بررسی می‌گردد؛ زیرا با توجه به اشتراک ادله دیدگاه اول و سوم در قسم موسر بودن زوج، در صورت رد ادله قایلین این دو دیدگاه، دیدگاه دوم به عنوان دیدگاه برگزیده باقی می‌ماند.

ادله دیدگاه اول

۱. ماهیت معاوضی داشتن مهریه

نکاح در واقع نوعی معاوضه است؛ اگرچه به اسم معاوضه انجام نمی‌شود، ولی روح معاوضه بر آن حاکم است. در معاوضه هر یک از طرفین می‌تواند متاعش را نگه دارد تا عوض را بگیرد و نکاح هم در واقع نوعی معاوضه بین منافع زوجه و مهریه است و از آنجا که موسر بودن یا معسر بودن مشتری در معاوضه هیچ فرقی ندارد، در نکاح نیز موسر بودن یا معسر بودن زوج برای پرداخت مهریه (در صورت حق حبس) هیچ تأثیری ندارد. این مطلب از تعابیر مشهور که به برخی آن در ذیل اشاره می‌کنیم استفاده می‌شود:

عَلَامَهُ حَلِيٌّ فِي «تَبَصُّرَةِ الْمُتَعَلِّمِينَ فِي أَحْكَامِ الدِّينِ»، مَهْرِيَّةٌ رَأْسًا فِي تَعْرِيفِهَا مَعْنَى: «وَهُوَ عَوَضُ الْبُضْعِ». (علامه حلی، ۱۴۱۱: ۱۴۱)

شهید ثانی قائل است که نکاح بنا بر تقدیر ذکر مهریه در

مطالبته غیر آنها لا يجوز لها أن تمنعه نفسها من الاستمتاع و يجب عليها تسليم نفسها.

مسئله ۳۳۹: ما تقول في الزوجة إذا امتنعت على الزوج، و قالت: لا أسلم نفسي حتى استوفى مهرى أو بعضه، و لم يكن الزوج قادراً على المهر ما أذى يلزمها في ذلك؟ الجواب و بالله التوفيق: لا يجوز لها الامتناع من طاعة الزوج، و يجب عليها تسليم نفسها إليه سواء كان قبل الدخول أو بعده، إذا كان غير قادر على مهرها، فأما إذا كان قادراً موسراً فلها الامتناع إذا لم يكن دخل بها، فإن كان قد دخل فليس لها أيضاً الامتناع.

ادعای اجماع و معوضی دانستن نکاح نمی‌شناسم^۲ (بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۴/۴۵۹)

صاحب جواهر می‌گوید اجماع بر این است که برای بضع عوض وجود دارد؛ خواه نکاح عقد معوض باشد یا نباشد.^۳ (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۱/۴۱)

۴. قاعده نفی ضرر و حرج

از جمله دلایلی که صاحب جواهر برای اثبات حق حبس برای زوجه ذکر می‌کند، قاعده نفی ضرر و حرج برای زوجه است. با این بیان که در صورت نبودن چنین حقی برای زوجه، وی دچار حرج، عسر و ضرر خواهد شد.^۴ (همان)

۵. شرط ضمنی عرفی

شرط ضمنی عرفی به شرطی اطلاق می‌شود که نه قبل از عقد و نه در ضمن عقد به صراحت، مورد مذاکره و توافق طرفین قرار نمی‌گیرد، ولی عرف و عقلا، وجود آن را مسلم فرض می‌کنند. به عبارت دیگر، به علت بداهت آن در نزد عرف، در ضمن عقد ذکر نمی‌شود ولی مدلول التزامی قرارداد بوده و لازم الاجرا هست. (محقق داماد یزدی، ۱۳۸۷: ۱۶۵، ۱۶۶ و ۶۱)

برخی مبنای حق حبس را شرط ارتكازی (شرط ضمنی عرفی) دانسته و معتقدند که در عقود مبتنی بر معاوضه، تملیک در مقابل تملک قرار می‌گیرد که در نکاح نیز جریان می‌یابد. به این صورت که پرداخت مهریه قبل از آمیزش شرط ضمنی عرفی عقد نکاح است و اگرچه به آن در قبل یا ضمن عقد تصریح نشده است، ولی معتبر و لازم‌الوفا بوده و زوجه به اقتضای این شرط حق دارد از تمکین امتناع کند تا مهریه را کامل دریافت دارد.

محقق بحرانی، شرط ضمنی عرفی را به عنوان دلیل مطرح شده از جانب شیخ احمد جزایری نقل می‌کند و می‌نویسد: برخی از مجتهدان در استدلال برای قول مشهور، خود را به سختی دچار نموده و به ادله‌ای استدلال کرده‌اند که خالی از قصور نیست؛ آنجا که ایشان می‌نویسد: مطابق نظر مشهور فقها، حق امتناع برای زوجه، وجود دارد تا اینکه زوجه یا

روایت مذکور از جمله دلایلی است که صاحب جواهر با استناد به آن، حق حبس را اثبات می‌نماید. (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۱، ۴۱)

مفهوم روایت این است که اگر زن مهریه‌ی حال را قبض نکرده باشد، بر زوج دخول جایز نیست و تمکین از ناحیه‌ی زوجه هم لازم نیست. به عبارت دیگر، روایت می‌فرماید: اگر زوجه مهریه را ببخشد، زوج می‌تواند دخول کند چون بخشش مهریه، به منزله‌ی قبض مهریه است، یعنی زوجه مهر را گرفته و برگردانده است، پس اگر قبض مهری از ناحیه‌ی زوجه حاصل نشود، دخول جایز نیست پس تمکین هم واجب نیست؛ بنابراین حق حبس ثابت می‌شود. (مکارم شیرازی، ۱۳۷۱: ۵۳/۶)

مرحوم خوانساری نیز درباره‌ی نحوه‌ی استدلال مشهور به این روایت می‌نویسد: این روایت به واسطه‌ی مفهومی، بر عدم جواز دخول به زن، قبل از قبض مهریه‌اش دلالت دارد. (خوانساری، ۱۴۰۵: ۴/۴۲۵)

- روایت دوم، روایت ابی بصیر است:

«حضرت صادق (علیه السلام) فرمودند: وقتی مردی با زنی ازدواج می‌کند، فرج زن برایش حلال نمی‌شود تا اینکه درهمی یا بیش از آن را برایش بفرستد یا هدیه‌ای از آرد و مانند آن را به او بدهد.»^۱ (حرعاملی، ۱۴۰۹: ۲۵۴/۲۱، روایت ۲۷۰۲۴-۱؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۷/۳۵۷)

از روایت بالا استفاده می‌شود که تا پرداخت مهریه به زن، مرد اجازه آمیزش را ندارد پس زن می‌تواند تمکین نکند و حق حبس ثابت می‌شود.

۳. اجماع

احکام مربوط به حق حبس هر چند از قواعد حاکم بر معاوضات اتخاذ گردیده و نکاح نیز در خصوص مهر به معاوضات مالی ملحق است، ولی با توجه به تمایزات ماهوی نکاح با سایر معاملات معوضه، مستند فقهی اصلی و اساسی در این مسئله اجماع است. (محقق داماد یزدی، ۱۳۸۷: ۲۴۷)

صاحب حدائق، اجماع را تنها دلیل مشهور معرفی می‌کند و می‌نویسد هیچ دلیلی را برای قائلین به حق حبس، غیر از

۲. «ولا اعرف لهم دلیلا غیر ما یدعونه من الاجماع و ان النکاح من قبیل المعاوضات».

۳. «فلها أن تمتنع قبل الدخول بها من تسلیم نفسها حتی تقبض مهرها اتفاقا... لأن للبضع عوضا بالاجماع، کان النکاح معاوضه أو لا».

۴. «فلها أن تمتنع قبل الدخول بها من تسلیم نفسها حتی تقبض مهرها اتفاقا... للجرح و العسر و الضرر و الظلم علیها إن لم یکن لها الامتناع».

(وإن) خلأها قبل أن يدخل بها- رَدَّتْ الْمَرْأَةُ عَلَى الزَّوْجِ نِصْفَ الصَّنَاقِ».

۱. «ابی بصیر عن ابی عبد الله ع قال: إذا تزوج الرجل المرأة فلا يحل له فرجها حتى يسوق إليها شيئا درهما فما فوقه أو هديته من سويق أو غيره».

صاحب تفسیر «اطیب البیان»، مهریه را عطیه الهی معرفی می‌کند که خداوند برای زنان قرار داده و در معنای نحله می‌گوید عطیه‌ای است بدون عوض (طیب، ۱۳۶۹: ۴/۱۳). در تفسیر نور آمده است: مهریه، نرخ زن نیست، بلکه نشانهٔ صداقت مرد در علاقه و دوستی به همسر است (قرائتی، ۱۳۸۸: ۲۰/۲).

شهید مطهری در تفسیر آیه مذکور می‌نویسد: بدان جهت در آیه به مهر صداق یا صدقه گفته می‌شود که نشانهٔ راستین بودن علاقهٔ مرد است. همچنین با کلمهٔ «نحله» کاملاً تصریح می‌کند که مهر هیچ عنوانی جز عنوان تقدیمی و پیشکشی و عطیه و هدیه ندارد. (مطهری، بی‌تا: ۱۹/۲۰۰).

علاوه بر این گروهی از فقها نیز به معاوضی نبودن مهریه در نکاح تصریح کرده‌اند. از جمله:

صاحب نه‌ایه‌المرام بیان می‌دارد: تسلیم زوجه برای همسرش، حق وی هست به گردن زن و تسلیم مهریه به زوجه توسط زوج، حق زن است به گردن مرد و واجب است بر هر یک که طرف مقابل را به حقتش برساند و هر وقت هر یک از زوجین در اجرای وظیفه‌اش اخلال نمود، او نسبت به واجبی عصیان کرده و با این عصیان حق طرف مقابلش ساقط نمی‌شود (موسوی عاملی: ۱/۴۱۳).

صاحب حدائق قائل است مهریه در نکاح به هیچ وجه به منزلهٔ عوض در معاملات نیست؛ بلکه تمکین و مهریه، دو وظیفهٔ مستقل از هم هستند. ایشان دقیقاً مطلب مذکور در کتاب نه‌ایه‌المرام را بیان داشته و در ادامه می‌نویسد: این موافق عدل بوده و چیزی است که در آیه (واوفوا بالعقود) به آن امر شده است. پس واجب است بر هر یک از زن و مرد، وفای به آنچه عقد، اقتضای آن را دارد بدون این که هر یک متوقف بر دیگری باشد (بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۴/۴۶۰-۴۶۹).

ایشان در ردّ این ادعا که نکاح از معاوضات است، می‌نویسد: هیچ دلیلی حتی برحق امتناع در معاوضات وجود ندارد و با فرض وجود دلیل در معاوضات، حمل نکاح بر معاوضات، قیاس می‌باشد که مناسب اصول مذهب ما نیست؛ خصوصاً با اعتراف ایشان به این که نکاح، معاوضهٔ حقیقی نبوده و فقط در برخی موارد شبیه به معاوضات می‌باشد و مجرد این شباهت اقتضا نمی‌کند که نکاح در تمام جهات مثل معاوضات باشد. همچنین ادله، بر وجوب اقامهٔ حقوق زوجیت بر عهدهٔ زوجه دلالت دارند و هر آنچه بر آن دلیلی اقامه شود، از عموم این ادله خارج می‌شود و باقی موارد تحت عموم ادله باقی می‌ماند و قضیهٔ مزبور از این موارد است؛ زیرا که دلیل شرعی برای

وکیلش، مهریه را قبض کند؛ زیرا تقدیم تمام یا بعض مهریه در تمام اعصار متعارف بوده و سنت نیز بر آن جریان یافته است، پس وقتی عقد به نحو مطلق باشد، به منزلهٔ این است که تقدیم مهریه (قبل از آمیزش) شرط شده است، پس برای زوجه حق امتناع وجود دارد تا اینکه مهریه را قبض کند یا به چیزی غیر از مهریه رضایت دهد؛ به خاطر عمل به مقتضای شرط و آنچه به منزلهٔ شرط است. (بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۴/۴۶۲)

بررسی و نقد ادلهٔ دیدگاه اول

- نقد دلیل اول

ماهیت معاوضی داشتن مهر استدلالی قابل مناقشه است؛ زیرا: اولاً معوض بودن مهریه محرز نیست و در آن تردید وجود دارد. گرچه نکاح شبیه معاوضه و مهر شبیه اجور است، ولی در حقیقت معاوضه نیست؛ چه بسا مهر یک اعطای مجانی بوده و عوضی نداشته باشد.

آیه ۴ سوره مبارکه نساء «وَآتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً» مطلب بالا را تأیید می‌کند.

واژهٔ «نحله» در آیه شریفه از نحل مشتق شده، اشتقاق این کلمه از نحل به این جهت است که نحله، بخشش و عطیه‌ای است از نوع آنچه زنبور عسل می‌بخشد. (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۷۹۵)

واژه‌شناسان این واژه را به عطیه بدون عوض (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳/۲۳۰) و اعطای از روی طیب نفس بدون مطالبه (واسطی، ۱۴۱۴: ۵/۴۰۲) معنی نموده‌اند.

در برخی منابع تفسیری نیز به این معنی اشاره شده است. از دیدگاه علامه طباطبایی، صدقه و صدقه و صدق هر سه به معنای مهریه‌ای است که به زنان می‌دهند و کلمه نحله به معنای عطیه‌ای است مجانی که در مقابل ثمن قرار نگرفته باشد (طباطبایی، ۱۳۷۴: ۴/۲۶۹).

در تفسیر نمونه ذیل آیه مذکور آمده است: «صدقات» جمع صدق به معنی مهریه است. آیه فوق، اشاره به یکی از حقوق مسلم زنان می‌کند و تأکید می‌نماید که: مهریه زنان را به طور کامل همانند یک بدهی بپردازید؛ یعنی همان‌طور که در پرداخت سایر بدهی‌ها مراقب هستید که از آن چیزی کم نشود، در مورد پرداخت مهریه نیز باید همان حال را داشته باشید (این در صورتی است که نحله را به معنی بدهی بگیریم) و اگر به معنی عطیه و بخشش باشد تفسیر آیه چنین خواهد شد: مهریه را که یک عطیه الهی است به طور کامل ادا کنید (مکارم شیرازی، ۱۳۷۱: ۳/۲۶۲).

توجیه امتناع زوجه در این رابطه اقامه نشده است (همان: ۴۷۲/۲۴).

مرحوم خوانساری نیز توجیه مشهور را مبتنی بر معاوضه بودن عقد نکاح مردود دانسته و می‌گوید نکاح دائم از نوع نقل و انتقال نیست، پس نکاح بدون ذکر مهریه هم صحیح است و لازمه استدلال مشهور این است حتی بعد از آمیزش هم برای زوجه، حق حبس محفوظ باشد، در حالی که مشهور ملتزم به این امر نیستند (خوانساری، ۱۴۰۵: ۴۲۴/۴).

تعدادی از حقوقدانان نیز مطلب بالا را پذیرفته اند. از جمله: طاهری می‌گوید مهریه در نکاح به منزله عوض در معاملات عادی نیست. به همین جهت می‌تواند اصلاً در عقد نکاح دائم، مهریه ذکر نشود و پس از عقد، زوجین بر امری توافق نمایند یا پس از نزدیکی، مهرالمثل به عهده زوج قرار گیرد (طاهری، ۱۴۱۸: ۱۶۶/۳).

کاتوزیان قائل است که عقد نکاح با سایر عقود تفاوت دارد؛ چرا که انسان قابل مبادله با پول نیست و تصور اینکه زناشویی به معنی معاوضه همخوابگی با مهر است، مشکل به نظر می‌رسد. از آن رو که جنبه روحانی نکاح تحت الشعاع قرار می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۳۳).

ثانیاً فرق‌های متعددی بین عقد نکاح و بیع وجود دارد که خود، دال بر معاوضی نبودن مهریه است:

مورد اول: واجب نبودن ذکر مهریه در عقد نکاح است که اگر نکاح در حقیقت معاوضه بود، می‌بایست حد و حدود عوض در آن تعیین گردد.

مورد دوم: باطل نبودن عقد نکاح در صورت فساد عوض و مهریه است (مثل اینکه شراب و خوک را مهریه قرار دهند؛ گرچه مهریه باطل است، ولی عقد باطل نیست)؛ در حالی که در معاوضات حقیقی اگر یکی از عوضین فاسد باشند، معامله باطل خواهد بود.

مورد سوم: عدم امکان انشای نکاح با لفظ «آجرتک» و یا سایر الفاظ معاوضه است؛ در حالی که اگر نکاح در حقیقت معاوضه بود، می‌بایست با الفاظ معاوضه هم عقد نکاح صحیح باشد.

مورد چهارم: عدم جریان خیار غبن و خیار عیب به تمامه در عقد نکاح است؛ در حالی که در تمام ابواب معاوضات، فرد مغبون حق خیار فسخ دارد، ولی در باب نکاح، مغبون خیار غبن ندارد (مثلاً می‌بایست صد سکه مهر قرار می‌داد، ولی دویست سکه قرار داده) و یا در معاوضه هر عیبی، خیار عیب می‌آورد، ولی در نکاح بعضی از عیوب، خیار عیب می‌آورد.

تمامی موارد چهارگانه بالا نشان می‌دهند که نکاح، معاوضه حقیقی نیست. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۵۳/۶).

ثالثاً اگر مهریه، عوض از تمکین است، چرا در طلاق قبل از دخول، نصف مهریه به زن تعلق می‌گیرد؟ به عبارتی نصف مهریه به چه عنوانی به زن داده می‌شود؟

بر طبق ماده ۱۰۹۲ قانون مدنی: «هرگاه شوهر قبل از نزدیکی، زن خود را طلاق دهد زن مستحق نصف مهریه خواهد بود و اگر شوهر بیش از نصف مهریه را قبلاً داده باشد، حق دارد مازاد از نصف را عیناً یا مثلاً یا قیمتاً استرداد کند».

رایعاً قبول معاوضه بودن مهریه در نکاح، چه بسا لوازمی دارد که پذیرش آن لوازم از مذاق شارع بعید است. از جمله:

لازمه اول در جایی است که مهریه سنگین بوده و زوج توان پرداخت آن را ندارد؛ چه بسا پرداخت مهریه سال‌ها به طول بیانجامد و با توجه به مستحق بودن زوجه نسبت به نفقه، مرد ملزم به پرداخت نفقه هم باشد. در حقیقت این امر با روح ازدواج و مذاق شریعت اسلامی سازگار نیست. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۵۳/۶)

لازمه دوم در صورتی است که دو طرف از تسلیم و تسلّم امتناع نمودند و اگر یکی اقدام به تسلیم نمود، طرف مقابلش به تسلّم اجبار می‌شود، این درحقیقت نوعی گروکشی هست که اصلاً با جنبه عبادی نکاح نمی‌سازد و موجب تزلزل بنیان خانواده می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۳۳)

با توجه به موارد فوق‌الذکر، اگر دلیل حق حبس را ماهیت معاوضی یا شبه معاوضی نکاح تلقی کنیم نمی‌تواند توجیه مناسبی برای اثبات حق حبس باشد؛ زیرا اصل چنین ماهیتی مخدوش است.

– نقد دلیل دوم

استدلال به روایات نیز برای اثبات حق حبس قابل قبول نیست. هرچند عده‌ای تصور کرده‌اند که روایاتی مبنی بر اثبات حق حبس داریم، اما در حقیقت روایات مطرح شده درصدد بیان حکم دیگری بوده و هیچ دلالتی بر حق حبس ندارند و به تعبیر برخی از فقها مانند صاحب نهاییه‌المرام (موسوی عاملی، ۱۴۱۱: ۴۴۱/۱) و صاحب حدائق (بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۴/۴۶۱) این مسئله اصلاً نصی ندارد.

جناب اراکی قائل است: استناد به برخی اخبار برای اثبات حق حبس، صرفاً یک توهّم است و انصاف این است که این اخبار از بحث مزبور اجنبی هستند. (اراکي، ۱۴۱۹: ۵۴۶)

ایشان در تبیین اشکال استدلال به روایت سماعه مذکور

تزوج امرأه، أیحل له أن یدخل بها قبل أن یعطیها شیئاً؟ قال: نعم». (همان: ۲۶۲)

با توجه به قاعده «الجمع مهمما امکن اولی من الطرح» در جمع بین این دو دسته روایات به ظاعر متعارض، روایت ابی بصیر، حمل بر استحباب دادن چیزی قبل از آمیزش به زوجه می‌شود تا ناچار به کنار زدن روایات مذکور نشویم.

مرحوم خوانساری نیز تصریح نموده که روایت ابی بصیر، بر کراهت آمیزش قبل از دادن هدیه یا مهریه به زوجه حمل می‌شود. (خوانساری، ۱۴۰۵: ۴/۴۲۵)

بنابراین با توجه به وجود روایاتی که آمیزش قبل از پرداخت مهریه را جایز می‌داند و در نهایت مهریه را به عنوان دینی بر عهده زوج ثابت می‌داند و از طرفی روایت ابی بصیر نیز تصریح بر عنوان مهریه ندارد، این روایت دلالتی بر اثبات حق حبس نمی‌تواند داشته باشد.

– نقد دلیل سوم

اجماع ادعا شده در این بحث نیز مخدوش است؛ زیرا این اجماع مسلم نیست. با مراجعه به کتب فقهی موافقان حق حبس متوجه می‌شویم که این اجماع به ایشان نسبت داده شده و هیچ کس در این قضیه قائل به اجماع نمی‌باشد. بلکه با الفاظی از قبیل معروف است، مشهور است، اتفاق است و امثال این تعابیر در این قضیه بحث شده است که به قوت اجماع نمی‌رسد.

ضمن اینکه اجماع مطرح شده چه بسا از جانب برخی حقوقدانان بوده که آن را به فقها نسبت داده‌اند. به عنوان مثال در کتاب «بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن» (محقق داماد یزدی، ۱۳۸۷: ۲۴۷) گفته شده: «با توجه به تمایزات ماهوی نکاح با سایر معاملات معوضه، مستند فقهی اصلی و اساسی در این مسئله اجماع است». سپس نگارنده مطلب را به دو کتاب «مسالك الافهام» و «جواهر الکلام» ارجاع می‌دهد. در کتاب «حقوق مدنی» (طاهری، ۱۴۱۸: ۲/۲۰) نیز به همین شکل عمل شده است، ولی وقتی به منابع ارجاع داده شده مراجعه می‌کنیم صحبتی از اجماع را نمی‌یابیم؛ بلکه صاحب مسالك این مسئله را اتفاقی معرفی می‌نماید.^۱ (عاملی، ۱۴۱۳: ۸/۱۹۴).

می‌نویسد: مشهور با استناد به این روایت بین عدم جواز آمیزش و عدم لزوم تمکین خاص توسط زوجه تلازم برقرار نموده‌اند، در حالی که اصلاً صحبت در تمکین و عدم تمکین زوجه نیست؛ بلکه بحث در این است که زوج باید قبل از آمیزش مهر نقد را بدهد که وظیفه‌ای از وظایف زوج است و یک حکم استحبابی است. یعنی مستحب است زوج قبل از آمیزش مهریه را به زوجه تسلیم کند. در حقیقت روایت سماعه نه با منطوق خود (به انواع دلالت مطابقی، تضمینی والتزامی) و نه با مفهومی، بر حق حبس دلالت ندارد؛ بلکه حق حبس لازمه بیعی است که از روایت استفاده می‌شود که اصلاً قابلیت استدلال بر مدعا را ندارد. (همان: ۵۳۳-۵۳۴)

صاحب حدائق معتقد است که روایت مذکور و سایر روایات مشابه در باب مهریه دلالت بر استحباب دادن چیزی به زوجه قبل از آمیزش دارند؛ زیرا فرج زن به واسطه عقد بر مرد حلال شده نه به واسطه دادن مهریه یا چیزی به زن بعد از عقد. (بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۴/۴۶۶-۴۶۷)

بنابراین مهر در این خصوص دخالتی ندارد و حتی عدم ذکر مهریه در عقد، مخل نیست و با عدم ذکر مهریه پس از عقد، زوج مالک بضع زن خواهد شد. در غیر این صورت ما ناچار به طرح و کنار زدن اخباری هستیم که بر این مطلب دلالت دارند. مرحوم خوانساری در رابطه با روایت سماعه می‌گوید: بعید نیست مساق خبر سماعه، مساق اخباری باشد که حمل بر کراهت آمیزش قبل از پرداخت مهریه شده‌اند. (خوانساری، ۱۴۰۵: ۴/۴۲۵) تعدادی از این اخبار در باب «۷» از ابواب مهر کتاب وسائل الشیعه آمده است.

استدلال به روایت ابی بصیر بر مدعا نیز مخدوش است؛ زیرا:

اولاً این روایت هیچ دلالتی بر لزوم اعطای مهریه ندارد و تکلیف به اعطای درهمی یا بیش از آن یا هدیه دیگری از آرد و مانند آن، غیر از مهریه است. (اراکي، ۱۴۱۹: ۵۳۴)

ثانیاً در کنار روایت ابی بصیر، روایاتی وجود دارد که بر «جواز آمیزش قبل از اعطای مهر» دلالت دارد از جمله این دو روایت:

– «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة فلا يكون عنده ما يعطيها فيدخل بها؟ قال: لا بأس، إنما هو دين لها عليه». (حر عاملی، ۱۱۰۴: ۲۱/۲۵۶)

– «و ما رواه أحمد بن محمد بن عيسى في كتاب النوادر في الموثق عن زراره قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل

۱. «ان الزوجه ان كانت كامله صالحه للاستمتاع و لم يكن قد دخل بها الزوج و المهر حال و هو موسر فلها الامتناع من التمكين حتى تقبض مهرها بتمامه اتفاقاً».

تمسک به این دو قاعده صورت می‌گیرد که راه‌های دیگر وصول مهریه پر مشقت و یا پر هزینه باشد. به عنوان مثال اگر زوجه بتواند با مراجعه به محاکم قضایی یا مراجع ثبتی، مهریه خود را بدون زحمت و صرف هزینه قابل توجهی وصول کند، تحقق حرج و ضرر منتفی است و زن اجازه استفاده از حق حبس را ندارد. بنابراین به عنوان یک قاعده کلی نمی‌توان برای توجیه حق حبس برای زوجه در تمام موارد به این دو قاعده استناد جست.

ثالثاً در صورت پذیرش این قاعده، حق حبس محدود به زمان و شرایط خاص می‌شود؛ یعنی اگر با عدم جریان حق حبس، زوجه دچار ضرر و حرج شد، اجازه استفاده از حق حبس را دارد و در غیر این صورت این اجازه منتفی است. به عبارت دیگر، این دلیل اخص از مدعاست.^۲

رابعاً به فرض پذیرش این استدلال، نباید بین قبل از آمیزش و بعد از آمیزش فرق بگذاریم. براین اساس هر وقت بعد از آمیزش، زوجه مهریه‌اش را مطالبه نمود و زوج از پرداخت آن امتناع ورزید، زوجه براساس قاعده نفی ضرر و حرج باید بتواند از حق حبس استفاده نماید؛ در حالی که موافقان حق حبس و از جمله صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۱ / ۴۱) این حق را مختص قبل آمیزش می‌دانند.

– نقد دلیل پنجم

دلیل شرط ضمنی عرفی نیز ناتمام است؛ زیرا اولاً شرایط زمانی، مکانی و فرهنگ و عادات قبایل مختلف در شرط ضمنی عرفی دخیل می‌باشند؛ یعنی برای لحاظ این شرط نیاز است این امور مد نظر قرار گیرد و نمی‌توان برای تمامی زمان‌ها، مکان‌ها، افراد مختلف با آداب و رسوم خاص، یک امر ثابت را شرط ضمنی عرفی دانست؛ بلکه ممکن است امری برای یک‌سری افراد در یک منطقه، شرط ضمنی عرفی محسوب شود، ولی برای مردم منطقه‌ای دیگر چنین نباشد. بنابراین نمی‌توان یک امر متغیر را مبنای یک قانون فقهی در تمام زمان‌ها و مکان‌ها قرار داد.

ثانیاً بر فرض پذیرش این دلیل، اگرچه ممکن است در عرف زمان حاضر، این شرط در عقود معاوضی مثل بیع پذیرفته باشد، ولی با توجه به رد معاوضی بودن مهریه و تمکین، در

صاحب جواهر نیز مثل صاحب مسالک، مسئله را اتفاقی خوانده و فقط در رابطه با این قضیه که برای بضع، عوضی وجود دارد، ادعای اجماع نموده که البته اجماع در این قضیه هم منتفی است. (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۱ / ۴۱)

حتی محقق حلی این مسئله را مورد اختلاف معرفی نموده که بیانگر عدم اجماع است. (محقق حلی، ۱۴۱۳: ۳۰۵) صاحب حدائق الناضره، قول حق حبس را به مشهور نسبت داده و نسبت ادعای اجماع را به صورت مجهول بیان نموده بدون استناد به فرد خاصی یا کتاب خاصی.^۱ (بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۴ / ۴۶۰)

صاحب نه‌ایه‌المرام حتی اتفاق نظر در این مسئله را با عبارت «قیل» بیان می‌کند و می‌فرماید: «هذا الحکم ... مشهور بین الأصحاب، بل قیل: انه موضع وفاق». (موسوی عاملی، ۱۴۱۱: ۱ / ۴۱۳)

مرحوم خوانساری مسئله را با عنوان معروف بین اصحاب معرفی می‌کنند: «المعروف بین الأصحاب أن المرأة لها الامتناع من تسليم نفسها للزوج قبل الدخول حتى تقبض مهرها». (خوانساری، ۱۴۰۵: ۴ / ۴۲۵)

از تعابیر بالا مشخص می‌شود:

اولاً اجماع محصل به هیچ وجه در کار نبوده و اجماع منقول نیز صرفاً در حد یک ادعا می‌باشد.

ثانیاً اگر بر فرض، وجود اجماع هم ثابت شود، اجماع مدرکی است چون مسئله، دلیل دیگری هم دارد. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۶ / ۵۲).

– نقد دلیل چهارم

چهارمین دلیل مشهور در اثبات حق حبس یعنی قاعده «نفی ضرر و حرج» به دلایل زیر مخدوش است:

اولاً جریان دو قاعده لاجرم ولا ضرر برای برداشتن حکم تمکین زوجه، متفرع بر پذیرش عوض بودن مهریه و تمکین و اثبات این قضیه که ضرر و حرج از ناحیه تمکین است، می‌باشد؛ در حالی که این قضیه مخدوش است؛ زیرا سابقاً عوض بودن این دو را رد کردیم.

ثانیاً به فرض پذیرش عوض بودن مهریه و تمکین، تمسک به این دو قاعده غیر ممکن می‌باشد؛ زیرا اجرای این دو قاعده پس از بسته بودن راه‌های دیگر است؛ یعنی زمانی

۲. مدعا اثبات حق حبس به طور کلی است، ولی دلیل مختص شرایط ضرر و حرج است.

۱. «و المشهور - بل ادعی علیه الإجماع - هو جواز الامتناع لها، و لا أعرف لهم دليلاً غير ما يدعونته من الإجماع ...».

اسلامیه.

شیخ انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ هـ ق.).
 کتاب النکاح (للشیخ الأنصاری). در یک جلد. قم: کنگره
 جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری. چاپ اول.
 _____ (۱۳۷۸). کتاب المکاسب و البیع و
 الخیارات. جلد ۶. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم
 انصاری. چاپ اول.

آراد، علی (۱۳۴۱). مهر تاریخچه ماهیت و احکام آن. تهران:
 چاپ مصطفوی تهران. چاپ اول.
 بجنوردی، سیدمحمد بن حسن موسوی (۱۴۰۱ هـ ق.). قواعد
 فقهیه. ۲ جلد. تهران: مؤسسه عروج. چاپ سوم.
 بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم (۱۴۰۵ هـ ق.).
 الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة. ۲۵ جلد. قم:
 دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه
 علمیه قم. چاپ اول.

جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰ هـ ق.). الصحاح - تاج
 اللغة و صحاح العربیه. ۶ جلد. بیروت: دار العلم للملایین.
 چاپ اول.

حرّعاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ هـ ق.). وسائل الشیعه. ۳۰
 جلد. قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام. چاپ اول.
 حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی (۱۴۱۷-۱۴۱۸). العناوین.
 جلد ۲. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به حوزه علمیه
 قم. چاپ اول.

حمیری، نشوان بن سعید (۱۴۲۰ هـ ق.). شمس العلوم و دواء
 کلام العرب من الکلام. ۱۲ جلد. بیروت: دار الفکر المعاصر.
 چاپ اول.

خوانساری، سید احمد بن یوسف (۱۴۰۵ هـ ق.). جامع المدارک
 فی شرح مختصر النافع. ۷ جلد. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
 چاپ دوم.

راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ هـ ق.). مفردات
 ألفاظ القرآن. ۱ جلدی. بیروت: دار الشامیه.
 سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ هـ ق.). مهذب الأحکام
 (للسبزواری). ۳۰ جلد. قم: مؤسسه المنار - دفتر حضرت
 آیت الله. چاپ چهارم.

شعبانی، قاسم (۱۳۸۵ ش.). تعیین خسارت در قراردادهای و
 تعهدات: تحقیقی تطبیقی در حقوق کشورهای ایران،
 آمریکا و انگلیس در خصوص تعیین قراردادی خسارت
 تخلف از اجرای تعهد. تهران: اطلاعات. چاپ اول.
 طاهری، حبیب الله (۱۴۱۸ هـ ق.). حقوق مدنی. ۵ جلد. قم:

نکاح، کمتر قابل ادعا است. از این رو دلیل ایشان اخص از
 مدعیان بوده؛ زیرا مدعا چنین بود که اخذ مهریه قبل از
 آمیزش، شرط ضمنی عرفی می باشد - که در میان تمام مردم
 و در تمام زمان ها بین مردم رواج داشته است - و حداقل این
 دلیل در زمان ما قابل اعتنا نیست؛ زیرا به ندرت زنی مهریه
 خود را قبل از آمیزش دریافت می دارد.

بحث و نتیجه گیری

یکی از راه های اثبات ادعا، تلاش در جهت عدم اثبات ادعای
 رقیب و مناقشه نمودن در آن است که رویکرد پژوهش حاضر
 در بازبینی و نقد دلایل قائلین به حق حبس در عقد نکاح است
 و ماحصل آن چنین است که به دلیل مخدوش بودن تمامی
 ادله دیدگاه اول - که موافق حق حبس به طور مطلق می باشد
 - به رغم پذیرش آن توسط بسیاری از فقها و حقوقدانان و
 تصریح به آن در قانون مدنی، قابل دفاع نیست.

دیدگاه سوم نیز که قائل به تفصیل بین حالت اعسار و
 ایسار زوج بود، به علت اشتراک ادله ایشان با ادله دیدگاه اول،
 در اثبات حق حبس در صورت ایسار زوج، محکوم به سرنوشت
 دیدگاه اول خواهد بود و در صورت اعسار زوج نیز مدعی حق
 حبس نیست. در نتیجه با رد دلایل دیدگاه اول و سوم، نظریه
 مخالف حق حبس به طور مطلق یعنی دیدگاه دوم بلا معارض
 و مقبول بوده و از این رو لازم است قوانین مربوطه در این زمینه
 مورد بازبینی و اصلاح واقع شوند.

منابع

قرآن کریم، (ترجمه فولادوند).

قانون مدنی.

ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۲۹ هـ ق.).
 أجوبة مسائل و رسائل فی مختلف فنون المعرفة. در یک
 جلد. قم: دلیل ما. چاپ اول.

ابن فارس، ابو الحسین، احمد بن فارس بن زکریا (۱۴۰۴ هـ
 ق.). معجم مقائیس اللغة. ۶ جلد. قم: انتشارات دفتر تبلیغات
 اسلامی حوزه علمیه قم. چاپ اول.

ابن منظور، ابو الفضل، جمال الدین، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ هـ
 ق.). لسان العرب. ۱۵ جلد. بیروت: دار الفکر للطباعة و
 النشر و التوزیع - دار صادر. چاپ سوم.

اراکي، محمدعلی (۱۴۱۹ هـ ق.). کتاب النکاح (للأراکی). در
 یک جلد. قم: نور نگار. چاپ اول.

امامی، سیدحسن (بی تا). حقوق مدنی. ۶ جلد. تهران: انتشارات

- دفترا انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم. چاپ دوم.
- طباطبایی، محمدحسین (۱۳۷۴ ه.ش.). ترجمه تفسیر المیزان. ۲۰ جلد. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی. چاپ پنجم.
- طریحی، فخرالدین بن محمد (۱۳۷۵ ه.ش.). مجمع البحرین. ۶ جلد. تهران: مرتضوی. چاپ سوم.
- طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن (۱۴۰۷ ه.ق.). تهذیب الأحکام. ۱۰ جلد. تهران: دار الکتب الإسلامیه. چاپ چهارم.
- _____ (۱۳۸۷ ه.ق.). المبسوط فی فقه الإمامیه. ۸ جلد. تهران: المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه. چاپ سوم.
- طیب، عبدالحسین (۱۳۶۹ ه.ش.). اطیب البیان فی تفسیر القرآن. ۱۴ جلد. تهران: اسلام. چاپ دوم.
- عاملی، محمد بن مکی (شهید اول) (۱۴۱۰ ه.ق.). اللمعه الدمشقیه فی فقه الإمامیه. در یک جلد. بیروت: دار التراث - الدار الإسلامیه. چاپ اول.
- عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی) (۱۴۱۳ ه.ق.). مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام. ۱۵ جلد. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه. چاپ اول.
- _____ (۱۳۹۸ ه.ق.). الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه. نجف: چاپ محمد کلانتر (چاپ افست قم ۱۴۱۰).
- علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۱ ه.ق.). تبصره المتعلمین فی أحكام الدین. در یک جلد. تهران: مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی. چاپ اول.
- فاضل هندی اصفهانی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ ه.ق.). کشف اللثام و الإیهام عن قواعد الأحکام. ۱۱ جلد. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم. چاپ اول.
- فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰ ه.ق.). کتاب العین. ۸ جلد. قم: نشر هجرت. چاپ دوم.
- فیومی، احمد بن محمد مقرئ (بی تا). المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی. در یک جلد. قم: منشورات دار الرضی. چاپ اول.
- قزائنی، محسن (۱۳۸۸ ه.ش.). تفسیر نور. ۱۰ جلد. تهران: مرکز فرهنگی درس‌هایی از قرآن. چاپ اول.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). حقوق مدنی (خانواده). تهران: شرکت سهامی انتشارات. چاپ هفتم.
- محقق حلّی، نجم‌الدین، جعفر بن حسن (۱۴۱۳ ه.ق.). الرسائل التسع (للمحقق الحلّی). در یک جلد. قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی. چاپ اول.
- محقق داماد یزدی، سیدمصطفی (۱۳۸۷ ه.ق.). بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن. در یک جلد. قم: ایران. چاپ اول.
- محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ ه.ق.). جامع المقاصد فی شرح القواعد. جلد ۱۳. قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام. چاپ دوم.
- مطهری، شهید مرتضی (بی تا). فقه و حقوق (مجموعه آثار). ۳ جلد. قم: ایران. چاپ اول.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ ه.ق.). مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان. ۱۴ جلد. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم. چاپ اول.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ ه.ق.). کتاب النکاح (مکارم). ۶ جلد. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام. چاپ اول.
- _____ (۱۳۷۱ ه.ش.). تفسیر نمونه. ۲۸ جلد. تهران: دار الکتب الإسلامیه. چاپ دهم.
- موسوی خمینی، سیدروح‌الله (بی تا). تحریر الوسیله. ۲ جلد. قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم. چاپ اول.
- موسوی عاملی، محمد بن علی موسوی (۱۴۱۱ ه.ق.). نهاییه المرام فی شرح مختصر شرائع الإسلام. ۲ جلد. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم. چاپ اول.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. ۴۳ جلد. بیروت: دار إحياء التراث العربی. چاپ هفتم.
- نوری، حسین بن محمد تقی (۱۴۰۸ ه.ق.). مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل. قم. چاپ اول.
- واسطی زبیدی، حنفی؛ محب‌الدین، سید محمد مرتضی حسینی (۱۴۱۴ ه.ق.). تاج العروس من جواهر القاموس. ۲۰ جلد. بیروت: دار الفکر للطباعه و النشر و التوزیع. چاپ اول.
- مرتضی بن محمدامین انصاری (۱۳۷۸). المکاسب. جلد ۶. قم. ص ۲۶۳.