مطالعات اسلامی زنان و خانواده
دوفصلنامه علمی- پژوهشی
سال هشتم- شماره چهاردهم
بهار و تابستان ۱۴۰۰

نقدی بر مشروعیت حق حبس در عقد نکاح

سیدمحمد شجاعی[۱]
محمد اسدی[۲]
عبدالله امیدی‌فرد[۳]

چکیده

از دیرباز میان فقها و دانشمندان اختلاف است که آیا در عقد نکاح، زوجه از حق حبس، متمکّن است؟ یا قائل شدن به آن، مبنای شرعی و وجاهت علمی ندارد؟ دلیل اختلاف علما، شباهت برخی از احکام نکاح به معاوضات است. ازاین‌رو، عدّه کثیری از فقها، عقد نکاح را معاوضه و یا در حکم معاوضه دانسته و مهر و بضع را با عوض و معوّض در عقد بیع مقایسه کرده‌اند. یافتن پاسخ به این اختلاف ریشه‌دار، می‌تواند گره‌گشای بخشی از اختلافات امروزی زوجین باشد. حاصل پژوهش نشان می‌دهد، حق حبس در عقد نکاح برخلاف حق حبس در معاملات، پشتوانه شرعی و قابل قبول ندارد و با تشیید و تحکیم مبانی خانواده و استواری روابط خانوادگی، مغایر است. اجماع فقها در اعصار مختلف نیز به دلیل وجود مستندات روایی، اجماع مَدرکی بوده و محرز نمی‌باشد. پژوهش حاضر به روش توصیفی-تحلیلی و با استناد به منابع کتابخانه‌ای صورت گرفته است.

واژگان کلیدی: حق حبس، زوج، زوجه، نکاح، مشروع‌بودن.

---

۱. دانش‌آموخته سطح چهار حوزه علمیه، جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران mohammad.sh2100@gmail.com
۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه قم، قم، ایران (نویسنده مسئول) asadi.mohammad21@gmail.com
۳. دانشیار، دانشکده الهیات، دانشگاه قم، قم، ایران omidifard.f@gmail.com
تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۹/۵/۲۰ تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۹۹/۱۰/۱۰

مقدمه

خانواده کوچک‌ترین و اصلی‌ترین نهاد اجتماعی و خاستگاه تمدّن بشری است. این نهاد، جایگاه ویژه‌ای در ادیان توحیدی دارد و از عقد نکاح که اولین قدم برای تشکیل خانواده می‌باشد، با عنوان «میثاق غلیظ» یا پیمان محکم تعبیر شده است. (نساء:۲۱)

با انعقاد عقد نکاح و تحقق میثاق غلیظ، مجموعه‌ای از حقوق و تکالیف شکل می‌گیرد که بخشی از آنها مربوط به امور مالی و بخش دیگر مربوط به امور غیر مالی است. از جمله آثار عقد نکاح و حقوق متصور برای زوجین، تمکین خاص (تمتع جنسی) و مسئله مهر است که بر ذمه زوج ثابت می‌باشد.

گاهی در فراز و نشیب‌های زندگی و در رابطه با تمکین و مهر مسائلی پدید می‌آید که زندگی زوجین را به چالش می‌کشد. یکی از مسائل پرچالش، زمان پرداخت مهر و ضمانت اجرای آن است. این‌که آیا زن می‌تواند شوهر خود را به پرداخت مهر الزام کند؟ و آیا زوجه می‌تواند تا زمان دریافت تمام یا قسمتی از مهر، از تمکین زوج امتناع نماید؟ در این میان، نقش وقوع یا عدم وقوع نزدیکی چیست؟

با تتبع در آرای فقهی متوجه می‌شویم که زوج با انعقاد عقد نکاح، حق تمکین دارد و زوجه از حق امتناع از تمکین بهره‌مند است تا زمانی‌که شوهر به تعهد خود عمل نموده و مهر متعلق به زوجه را بپردازد. البته برای اجرای چنین حقی، اجتماع شرایط آن ضروری است. از سوی دیگر، نظام حقوقی اسلام به عنوان مکتبی انسان‌ساز، با اصل و محور قراردادن کانون خانوادگی، بیشترین عنایت را به تکریم، تنزیه و تعالی خانواده دارد و از آن‌جا که خانواده، واحد بنیادین جامعه اسلامی است، قوانین، مقررات و برنامه‌ریزی‌های مربوط باید در راستای تسهیل تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی بر پایه حقوق و اخلاق اسلامی باشد.

بر این اساس، متظاهر آن است که به رسمیت‌شناختن حق حبس در نظام خانواده، با مقاصد شارع و تشیید مبانی خانواده مغایرت دارد؛ زیرا خلاف اخلاق و حسن معاشرت است و با توجه به واقعیت‌های جامعه کنونی، امتناع زوجه از تمکین خاص در ابتدای زندگی مشترک برای نیل به مهریه، می‌تواند سبب بروز کدورت‌ها و اختلافات جبران‌ناپذیری باشد و بالاتر از

این امر، اثبات چنین حقی برای زوجه، بنیان خانواده را در معرض تزلزل قرار می‌دهد. به‌ویژه در جایی که مهریه، حالّ بوده و زوج از پرداخت مهر عاجز باشد. در این حالت، پس از اجرای حق حبس از جانب زوجه، زوج به استناد قواعد ثانوی نظیر عسر و حرج و لاضرر، حق دارد برای اجتناب از ارتکاب در گناه، ازدواج مجدد کند. زوجه نیز مستحق حق حبس است، بدون آن‌که تمکین خاص نماید و می‌تواند زوج را به پرداخت مهر الزام نموده و در صورت ازدواج مجدد زوج، پس از صدور گواهی عدم امکان سازش، مطالبه طلاق کند (بند ۱۲ عقدنامه). روشن است که تمام این امور، مخالف با هدف غایی شارع در تحکیم و تشیید نظام خانواده است.

با عنایت و ملاحظه مطالب فوق، نویسنده در پژوهشی مستقل در مسئله حق حبس زوجه، در پی‌ریشه‌یابی مشروعیت یا عدم مشروعیت آن است و چون نظام حقوقی کنونی، ریشه در فقه امامیه دارد، نگارنده از دریچه منابع فقهی، وارد شده و به نقد و بررسی دیدگاه‌های ارائه‌شده در این زمینه و در نهایت به طرح نظریه مختار می‌پردازد.

۱. پیشینه تحقیق

مسئله حق حبس، بیشتر در کتاب‌های فقهی و در ذیل باب نکاح و به صورت متفرقه بحث شده است که ذکر تمامی عناوین کتب فقهی در این مجال نمی‌گنجد. بیشتر فقها در منابع معتبر فقهی، به تبع از ابن‌جنید، به مشروعیت حق حبس اذعان کرده‌اند. ابن‌جنید از نخستین فقیهانی است که به مشروعیت حق حبس قائل است (اسکافی، ۱۴۱۶، ص۱۸۳-۱۸۴). علاوه بر این، در موضوع حاضر، پژوهش‌های متعددی نیز صورت پذیرفته که به طور کلی می‌توان آنها را در این چهار بخش دسته‌بندی کرد.

۱،۱. حق حبس در قراردادها و عقود معاوضی: این پژوهش‌ها غیر از پژوهش حاضر، یعنی حق حبس زوجه در عقد نکاح است؛ از قبیل مقاله «حق حبس و مبنای آن در عقود معاوضی با تکیه بر دیدگاه امام خمینی ﷺ» از اعظم امینی و محمدحسن حائری؛ مقاله «شرایط ایجاد و امکان اجرای حق حبس در تعهدات منفی قراردادی» از علیرضا ابراهیمی؛ پایان‌نامه «حق حبس در بیع» از کاظم اسپرهم و «بررسی حق حبس در اقاله» از فریده قویدل.

۱,۲. حق حبس در عقود معاوضی و عقد نکاح: در این دسته از پژوهش‌ها، نویسندگان توأمان به بررسی حق حبس در عقود معاوضی و حق حبس در عقد نکاح پرداخته‌اند که اصولاً به دلیل بررسی محدوده وسیع‌تری از حق حبس، مطالب آنها از عمق کافی برخوردار نیستند؛ مانند مقاله «حق حبس» از احمد باقری. نویسنده در این پژوهش در خصوص حق حبس در عقد نکاح، تنها طی سه پاراگراف اعلام می‌دارد: «استفاده از تعبیر حق حبس در مورد عدم تمکین زن قبل از زفاف و در وقتی که مطالبه مهر نموده و مرد هنوز آن را به وی تسلیم نکرده است، تعبیری نامناسب و در غیر محل آن است» (باقری و طباطبایی، ۱۳۸۴، ص۹۷). در مقاله «حق حبس» از محمدعلی صفا، نویسنده در خصوص حق حبس زوجه، طی دو پاراگراف چنین نتیجه‌گیری کرده است که شبهه مصداقیه نسبت به معاوضی‌بودن عقد نکاح، مخل به حق حبس نسبت به مطلق عقود معاوضی نیست. (صفا، ۱۳۸۸، ص۶۶)

۱,۳. حق حبس زوجه در فرض اعسار زوج: همان‌طور که در عبارات آتی خواهد آمد، این موضوع با پژوهش حاضر ارتباطی ندارد و به اصطلاح فنی، تخصّصاً از موضوع مقاله حاضر خارج است؛ مانند: مقاله «حق حبس زوجه با وجود اعسار زوج» از خدیجه مرادی؛ مقاله «عسر و حرج ناشی از اعمال حق حبس» از زهرا فتاح‌زاده و پایان‌نامه «آثار و احکام فقهی و حقوقی اعسار زوج در زندگی مشترک» از سمانه گلیج.

۱,۴. حق حبس زوجه در عقد نکاح: تنها در این قِسم است که بخشی از مطالب پژوهش‌های صورت‌گرفته، با مقاله حاضر همپوشانی دارند؛ نظیر مقاله «حق حبس مهریه زوجه در حقوق موضوعه» از محسن علی‌نژاد و زهرا علی‌نژاد. در این پژوهش، علاوه بر زوجه، زوج نیز مستحق بهره‌مندی از حق حبس است. مقالات «حق حبس در نظام حقوقی خانواده در اسلام» از فائزه عظیم‌زاده اردبیلی؛ «بررسی ماهیت حق حبس در نکاح و چگونگی استیفای آن» از محمود قیوم‌زاده؛ «تحلیل منطقی حق حبس در حوزه نکاح» از هادی کرمی و پایان‌نامه «حق حبس در فقه و حقوق موضوعه» از احمد صادق و «حق حبس زوجه در حقوق ایران و فقه حنفی» از علی تجری.

ابتکار مقاله، در ماحصل تحقیق و نقد و بررسی ادله تمامیت حق حبس است که نشان می‌دهد هیچ دلیل شرعی بر مشروعیت حق حبس در عقد نکاح وجود ندارد. این در حالی است که پیش‌فرض قریب به اتفاق مقالات چاپ‌شده، مشروعیت حق حبس است و با این فرضیه، در فروعات اختلافی عقود معاوضی و عقد نکاح بحث کرده‌اند و یا در نهایت، به مشروعیت حق حبس نائل گشته‌اند. امتیاز پژوهش حاضر، در تمرکز بر اصل مشروعیت یا عدم مشروعیت حق حبس است به گونه‌ای که حاصل پژوهش می‌تواند در امر قانونگذاری و هدف‌گذاری سیاست‌های کلان نسبت به مسائل بنیادین خانواده مفید باشد.

۲. مفهوم‌شناسی حق حبس

واژه حبس که در لغت «ضد تخلیه» است، در معانی «منع و بازداشتن»، «منع از انبعاث» و «آن‌چه وقف شود» به کار رفته است. (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص۲۱۶ و جوهری، ۱۴۱۰، ج۳، ص۹۱۵)

حق حبس اصطلاحی را که در برخی عبارات به «حق امتناع» تعبیر شده، چنین تعریف کرده‌اند: «هرگاه یکی از طرفین معامله، تعهد خود را انجام ندهد، طرف دیگر می‌تواند از انجام‌دادن تعهد خود امتناع ورزد. حق مزبور را حق حبس نامند» که مبتنی بر اصل معاوضه و ناشی از رابطه میان عوض و معوض است (امامی، بی‌تا، ج۱، ص۲۲۵). تعریف دیگری در معنا و مضمون تعریف فوق، بیان می‌دارد: «حقی است برای عاقد عقد معوّض، در برابر طرف مقابل که تعلّل و مسامحه در اقباض معقودعلیه کلاً یا بعضاً کند». (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱، ج۲، ص۲۹۱)

۳. تبیین محلّ بحث

عدم پرداخت مهر از سوی زوج و عدم تمکین از جانب زوجه، حالات و فروض مختلفی دارد که احکام هر یک متفاوت است و در منابع فقهی، با بررسی تک‌تک این فروض به صورت مستقل و جدا مواجه هستیم که عبارتند از:

۱. عدم تمکین با فرض مهر حالّ (یا مهر مطلق) و تمکّن مالی زوج، قبل از وقوع نزدیکی و خلوت زوجین، در جایی‌که مهر از جانب زوج پرداخت نشده است.

۲. عدم تمکین با فرض مهر حالّ (یا مهر مطلق) و تمکّن مالی زوج، قبل از وقوع نزدیکی و بعد از خلوت زوجین، در جایی‌که مهر از جانب زوج پرداخت نشده است.
۳. عدم تمکین با فرض مهر حالّ (یا مهر مطلق) و تمکّن مالی زوج، بعد از وقوع نزدیکی از روی اختیار، در جایی‌که مهر از جانب زوج پرداخت نشده است.
۴. عدم تمکین با فرض تنگدستی زوج و مهر حالّ (یا مهر مطلق)، بعد از وقوع نزدیکی به اجبار، در جایی‌که مهر از جانب زوج پرداخت نشده است.
۵. عدم تمکین با فرض تنگدستی زوج از پرداخت مهرِ حالّ قبل از وقوع نزدیکی.
۶. عدم تمکین قبل از وقوع نزدیکی در جایی‌که مهرالمسمی مدت‌دار بوده و مدت آن فرا نرسیده است.
۷. عدم تمکین قبل از وقوع نزدیکی در جایی‌که مهرالمسمی مدت‌دار بوده و مدت آن فرا رسیده است.

قدر متیقن از مشروعیت حق حبس برای زوجه، همان فرض اول است و فقها بر آن اجماع دارند و محل بحث پژوهش حاضر نیز همین قِسم است و از پرداختن به سایر فروض اجتناب می‌گردد. پرواضح است که اگر حق حبس در فرض اول به اثبات نرسد، به طریق اولی، در سایر فروض اثبات نخواهد شد.

۴. کلام فقها و ادلّه ناظر بر مسئله

دیدگاه مشهور فقها و قدر متیقن در حق حبس زوجه چنین است که هرگاه مَهر زوجه حالّ باشد، زوجه حق دارد آن‌را مطالبه کند و قبل از وقوع نزدیکی می‌تواند از تسلیم خود و تمکین زوج امتناع نماید تا این‌که به حق خود نائل گشته و مهریه را قبض نماید. تنها عدّه معدودی از فقیهان در حکم مسئله مناقشه کرده‌اند که اولین آنها مرحوم مقدس اردبیلی است. (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج۸، ص۵۰۴)

شیخ طوسی در کتاب نهایه به نحو مطلق، به حق امتناع زوجه تا زمان قبض مهر قائل شده است و تفصیلی در آن نداده که مقتضایش، عدم فرق میان قبل یا بعد از نزدیکی است

(شیخ طوسی، ۱۴۰۰، ص۴۷۵). ایشان در کتاب مبسوط می‌فرماید: «هرگاه معلوم شود که مهر زوجه، حالّ است؛ خواه مدت‌دارنبودن آن شرط شود و خواه از اطلاق عقد فهمیده شود، زوجه حق دارد از تسلیم خود امتناع نماید تا این‌که صداق خود را قبض نماید. چنان‌چه زوج از تسلیم مهر امتناع کند و زوجه قبل از قبض مهر، تسلیم خود را اختیار نماید، زوجه تا زمانی‌که نزدیکی رخ نداده، حق امتناع دارد. زیرا تسلیم، همان قبض است و قبض در نکاح، همان نزدیکی است و چون نزدیکی واقع نشده، قبضی رخ نداده و در این مسئله اختلافی نیست». (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ الف، ج۴، ص۳۱۳)

شیخ دلیل حق حبس برای زوجه و عدم تمکین را دو امر می‌داند که عبارتنداز:

اول) قانون معاوضات: طبق قانون معاوضه، تا عوض (مهر) پرداخت نگردد، معوّض (تمکین) تسلیم نمی‌گردد. زیرا بضع در مقابل مهر قرار دارد و خاصیت معاوضه چنین است که مالکان عوضین حق دارند از تسلیم آنها قبل از تسلیم دیگری امتناع نمایند و در این مسئله، میان فقیر (تنگدست) و ثروتمند تفاوتی نیست.

مرحوم فاضل لنکرانی پس از بیان دیدگاه امام خمینی ﷺ مبنی بر حق امتناع زوجه مطابق با دیدگاه مشهور فقها (خمینی، بی‌تا، ج۲، ص۲۹۹) می‌فرماید: «برخی علما چنین اعتقاد دارند که ادای حق بر هر یک از زوجین واجب است؛ اگرچه یک طرف سرپیچی نماید. سپس در ردّ این نظریه و دفاع از دیدگاه امام ﷺ می‌نویسد: مخفی نیست که مقتضای معاوضه، حق امتناع طرفین تا زمان قبض عوضین است». (لنکرانی، ۱۴۲۱، ص۴۳۳)

دوم) عدم خلاف: اگرچه «عدم الخلاف» به درجه اجماع نمی‌رسد، با وجود این می‌تواند تایید خوبی برای دلیل اصلی به حساب آید. به طور کلی، فقها در حکم مسئله فوق، اجماع دارند؛ به‌گونه‌ای‌که در کمتر مسئله‌ای تا این اندازه ادعای اجماع شده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج۳۱، ص۴۱ و کرکی، ۱۴۱۴، ج۱۳، ص۳۵۴) و ظاهر خلاف و مبسوط، «عدم الخلاف» در حکم مسئله میان فقها بوده و شهید اول، قول صحیح‌تر را در امتناع می‌داند. (شهیداول، ۱۴۱۰، ص۱۸۵)

صاحب جواهر چنین می‌نویسد: «حق حبس زوجه در نکاح، مورد اتفاق علماست. چون نکاح همراه با صداق، نسبت به تسلیم نفس، معاوضه است و این دو در کیفیت مقتضی با

یکدیگر اتحاد دارند. لذا هر یک از متعاوضین، حق امتناع از تسلیم دارند تا زمانی‌که عوض آن قبض گردد. همچنین به خاطر خبر زرعه از سماعه که می‌گوید: از امام علیه‌السلام درباره مردی سؤال کردم که کنیزی را عقد کرده، سپس کنیز، مهریه را بخشیده است. آیا نزدیکی با کنیز قبل از آن‌که چیزی به او پرداخت شود، جایز است؟ امام علیه‌السلام فرمودند: بلی. چون بخشیدن مهر به منزله قبض است. افزون بر آن، اگر زوجه حق امتناع نداشته باشد، دچار عسر و حرج و ضرر می‌گردد؛ زیرا بضع به اجماع فقها، عوضِ مهر است، خواه نکاح معاوضه محسوب شود خواه چنین نباشد. همچنین به دلیل اخبار مستفیضی است که می‌گوید: آن‌چه زوج عطا می‌کند، نزدیکی را ممکن و فرج زن را حلال می‌گرداند» (نجفی، ۱۴۰۴، ج۳۱، ص۴۱). بر اساس بیانات صاحب جواهر، دلیل مشروعیت حق حبس زوجه در عقد نکاح عبارت است از: روایت سماعه و اخبار مستفیض، اجماع فقها، قانون معاوضات و عسر و حرج یا ضرری که از فقدان حق حبس برای زوجه نشأت می‌گیرد.

صاحب حدائق به نقل از شیخ احمد جزائری می‌فرماید: «تقدیم مهر و یا قسمتی از آن در تمامی زمان‌ها، امری متعارف بوده است و سنّت بر این منوال جاری شده است. بر این اساس، هرگاه عقدی به صورت مطلق واقع شود، باز به متعارف و عقد مشروط بر تقدیم مهر منصرف شده و به منزله شرط ارتکازی در ضمن عقد می‌گردد و زوجه تا زمان قبض مهر یا رضایت به چیزی، حق حبس دارد» (بحرانی، ۱۴۰۵، ج۲۴، ص۴۶۲). ایشان قبل از تقسیم مسئله بر سه قِسم، چنین می‌فرماید: هرگاه زوج به لحاظ مالی، توانمند بوده و مهریه حالّ باشد، به حسب ظاهر میان اصحاب، اختلافی نیست که زوجه غیر مدخوله حق دارد از تسلیم خود امتناع کند تا این‌که مهر را قبض کند و در صورت تنگدستی زوج و یا مطالبه مهر بعد از دخول، میان فقها اختلاف است (بحرانی، ۱۴۰۵، ج۲۴، ص۴۵۹-۴۶۰).

در قسم اول (حالّ‌بودن مهر و عدم دخول) قول مشهور و بلکه اجماع فقها بر جواز امتناع است و دلیل این امر اجماع و قانون معاوضات است. صاحب حدائق، ادله مشهور (اجماع و قانون) را تایید نکرده و سراغ کلام شهید ثانی در مسالک رفته و زمینه را برای طرح دیدگاه خلاف مشهور آماده می‌کند.

شهید ثانی در مسالک می‌نویسد: «هرگاه زوجه کامله، صالح برای استمتاع بوده و مدخوله نباشد و مهر او حالّ بوده و زوج، تمکّن مالی داشته باشد، زوجه می‌تواند از تمکین امتناع کند تا زمانی که مهر را به تمامه قبض نماید و این مسئله، مورد اتفاق علما است. زیرا نکاح در معنی معاوضه است، هرچند معامله محض نمی‌باشد؛ اما بدان معنا نیست که پرداخت مهر ابتدائاً بر زوج واجب باشد؛ بلکه زوج یا این کار را انجام می‌دهد و یا این‌که همزمان قبض می‌کنند؛ بدین‌نحو که زوج مهر را در دست شخص عادلی قرار می‌دهد و پس از تمکین زوجه، شخص عادل، صداق را به زوجه تسلیم می‌کند و طریق جمع میان دو حق، همین است.» (شهیدثانی، ۱۴۱۰، ج۵، ص۳۶۹)

صاحب حدائق پس از ذکر دو وجه دیگر برای حل مسئله تقابض؛ یعنی اجبار زوج به تسلیم مهر و تسلیم نفس زوجه پس از آن یا عدم اجبار یکی از زوجین و بلکه تسلیم یک طرف پس از تسلیم طرف مقابل، هر زمان که تسلیم اراده شود که در این فرض، نزاع حل نمی‌شود، در نهایت، کلام نوه شهید در شرح نافع را می‌پسندد. (بحرانی، ۱۴۰۵، ج۲۴، ص۴۵۹-۴۶۰)

عبارت سیدمحمد در شرح نافع چنین است: «ما در مسئله حاضر به نصّی دست نیافتیم و از نظر ما، تسلیم نفس زوجه، حق زوج بر زوجه است و تسلیم مهر، حق زوجه بر زوج است و رساندن حق به مستحق بر هر یک از زوجین واجب می‌باشد و چنان‌چه یکی از زوجین در این امر واجب اخلال ورزد، معصیت کرده و حق دیگری به واسطه نافرمانی طرف مقابل از بین نمی‌رود. بر این اساس، اگر به مانند اکثریت فقها، قائل به اجماع در استحقاق زوجه نسبت به امتناع نفس تا زمان دریافت مهر باشیم، حرفی نیست؛ در غیر این صورت (اگر قائل به اجماع نباشیم) رفتن به راهی که بیان کردیم، واجب است و نافرمانی یک طرف، سبب سقوط حق طرف دیگر نیست» (عاملی، ۱۴۱۱، ج۱، ص۴۱۳). این قول مختار سیداحمد خوانساری نیز می‌باشد. (خوانساری، ۱۴۰۵، ج۴، ص۴۲۴-۴۲۵)

خلاصه این‌که هیچ یک از مهر و تمکین، مطابق با قانون معاوضه، بر دیگری ترجیح ندارد و زوجین مکلف به ادای حقوق یکدیگرند و ادای هر یک از دو حق، به دیگری وابسته نیست و نافرمانی یک طرف، نافرمانی طرف دیگر و سقوط حق او را در پی ندارد. بنابراین هرگاه زوج از

تسلیم مهر امتناع ورزد، گناه کرده و چنان‌چه زوجه نیز به واسطه عدم پرداخت مهر از تمکین خودداری کند، هر دو گناه کرده‌اند.

۵. ارزیابی مستندات فقها در مشروعیت حق حبس

قبل از ورود به مستندات فقهی دالّ بر مشروعیت حق حبس، ذکر یک مقدمه ضروری است و آن این‌که اصل در مسئله «حق حبس»، عدم مشروعیت و عدم استحقاق زوجه است. بر این اساس، اگر بخواهیم حق حبس را داخل در عقد شرعی نکاح به حساب آوریم، به دلیل شرعی نیاز داریم و چنان‌چه اخبار و ادله واردشده در بحث، از اثبات مدّعا عاجز بماند، حق حبس تحت سیطره اصاله العدم (عدم مشروعیت) باقی مانده و موجب علم و عمل نخواهد بود. بنابراین، مشروعیت حق حبس تنها در گرو ادله قاطع است و امر عدمی (عدم مشروعیت) احتیاج به دلیل ندارد. اکنون جا دارد به بررسی و نقد ادله مشروعیت حق حبس بپردازیم.

۵،۱. تمسک به اخبار

۵،۱،۱. روایت سماعه

الحسین‌بن سعید عن الحسن عن زُرْعه عن سَماعه قال: «سَأَلْتُه عن رَجُل تَزوَّج جاریه ثمّ جَعَلَتْه من صداقها فی حلّ أَیجوز له أَن یدخل بها قَبْل أَن یُعطیها شیئاً قال نعم، إِذا جَعَلَتْه فی حِلّ فقد قَبَضَتْه منْه؛ از امام صادق علیه‌السلام درباره مردی سؤال کردم که با کنیزی ازدواج کرده، سپس صداقش را برای زوجش حلال می‌کند [بخشیده]. آیا مرد می‌تواند قبل از دادن چیزی به او نزدیکی کند؟ حضرت فرمود: بلی! وقتی حلال کرد به منزله آن است که مهر را قبض کرده است. مفهوم روایت چنین است که اگر قبض مهر از ناحیه زوجه حاصل نشود، دخول جایز نیست. (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ الف، ج۷، ص۳۷۴)

این حدیث، هم سندش معتبر است و هم دلالتش خوب است، و ظاهراً دلیل خوبی برای صاحب جواهر و مشهور است. شخص اول سند، ضمیر «إسناده» است که مرجع آن محمدبن

الحسن الطوسی است که همان شیخ طوسی است و ثقه، امامی، عدل و مورد تأیید می‌باشد. شخص دوم سند، حسین‌بن سعید اهوازی است و برقی و ابن‌داوود گفته‌اند: حسین‌بن سعید اهوازی، انسان عظیم‌الشأن و بزرگ، ثقه و مورد وثوق است، صاحب تصنیفات است و کوفی‌الاصل می‌باشد (شیخ طوسی، ۱۴۲۷، ص۳۵۵ و حلی، ۱۳۸۳، ص۱۲۴). شخص سوم سند، حسن‌بن سعید اهوازی برادر حسین‌بن سعید است که مانند برادرش، ثقه و مورد اطمینان بوده و از دوستان امام زین‌العابدین علیه‌السلام است. (شیخ طوسی، بی‌تا، ص۱۳۶) شخص چهارم سند، زرعه‌بن محمد حضرمی است که واقفی مذهب می‌باشد و شخص پنجم سند نیز سماعه‌بن مهران است که نجاشی در رجالش هر دو را توثیق کرده است. (نجاشی، ۱۴۰۷، ص۱۷۶-۱۹۳)

دو اشکال اساسی برای استدلال به این روایت وارد است:

اول: روایت، اصلا در مقام بیان حکم در تمکین و عدم تمکین زوجه نیست؛ بلکه آداب معاشرت و دخول را مطرح می‌کند که زوج قبل از نزدیکی، اقدام به پرداخت مهر می‌نماید و در این خصوص برخی روایات، ظهور در وجوب پرداخت مهر و برخی دیگر، ظهور در استحباب دارند (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج۲۱، ص۲۵۴-۲۵۵) که جمع آنها، حکم استحبابی است و ربطی به اکراه و رضایت زوجه ندارد. به عبارتی، روایت به سنت حسنه‌ای اشاره دارد که در زمان معصومین علیهم‌السلام مرسوم بوده و زوج قبل از وقوع نزدیکی، مهر یا هدیه‌ای به زوجه پرداخت می‌کرد. در روایت نیز شاهدی وجود دارد که نشان می‌دهد در این‌جا مسئله تمکین و پرداخت مهر قبل از وقوع نزدیکی مطرح نبوده است و این جمله «قبل أن یعطیها شیئاً» اشاره به همین مطلب دارد. در غیر این صورت اگر بحث تمکین و پرداخت مهر مدّ نظر می‌بود، بهتر بود به جای «شیئاً» عبارت «مهراً یا صداقاً» به کار می‌رفت.

دوم: ادعای مستدلّین آن است که تا قبض کل مهر، زوجه حق امتناع از تمکین دارد؛ حال آن‌که ارتکاز سائل چنان‌چه در سؤال آمده، چنین است که آیا قبل از اعطاء شیء که قهراً تمام مهر نیست، نزدیکی جایز است یا نه؟ یقیناً پرداخت تمام مهر قبل از نزدیکی متعارف نبوده است؛ بنابراین دلیل، اخص از مدّعا بوده و نمی‌تواند اثبات‌کننده آن باشد. (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹، ج۲۲، ص ۷۰۲۶)

۵،۱،۲. روایت ابی‌بصیر

صحیحه فضیل و صحیحه عبدالرحمن‌بن حجاج با این مضمون که: «فرج زن بدون اعطای چیزی از مهر یا غیر مهر حلال نمی‌گردد» (کلینی، ۱۴۰۷، ج۵، ص۳۸۵). اشکالات وارد بر این روایات عبارت است از:

اول: اشکالات روایت قبل، در این‌جا نیز مطرح است.

دوم: حلال‌شدن فرج به سبب مهر را نمی‌توان حمل بر ظاهر نمود. چون قدر مسلّم آن است که فرج به سبب عقد نکاح حلال می‌شود نه به سبب مهریه. بلکه عقد بدون مهر، عقد مفوضه المهر و عقد مفوضه البضع و حتی عقد با مهر فاسد نیز صحیح است و بضع حلال می‌باشد (شهیدثانی، ۱۴۱۰، ج۵، ص۳۴۷-۳۵۲). این احکام و سنت حسنه مذکور است که قرینه می‌باشد بر این‌که ظاهر این جمله در این روایات مراد نیست؛ بلکه مراد از حلال‌نشدن فرج بدون چیزی، کراهت است نه حرمت و مراد از پرداختن مهر یا چیز دیگری قبل از نزدیکی، استحباب است نه وجوب.

سوم: در بیشتر این روایات، در کنار پرداختن مهریه قبل از نزدیکی، پرداختن چیز دیگری کمتر یا بیشتر از مهریه را نیز بیان کرده‌اند و روشن است که پرداختن چیزی غیر از مهریه قبل از وقوع نزدیکی واجب نیست و حلال‌شدن فرج اصلاً وابسته به آن نیست. پس معلوم می‌گردد که نزدیکی، بدون پرداخت همه این‌ها (چه مهر و چه غیر مهر) نیز جایز است.

علاوه بر این، روایاتی وجود دارد که بیانگر خلاف روایات فوق است. مانند روایاتی که از امام علیه‌السلام درباره زنی که بدون پرداخت مهریه‌اش، دخول شده سؤال می‌کنند. امام علیه‌السلام می‌فرماید: «اشکالی ندارد، بعداً پرداخت نماید» یا «دین بر ذمه شماست» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ الف، ج۷، ص۱۲۸، ح۱ و ص۳۵۸، ح۱۷ و ح۱۹). همچنین با بررسی و دقت در کلام فقها نیز به این مطلب می‌رسیم که درباره حق امتناع زوجه قبل از وقوع نزدیکی، نصّ صریحی وجود ندارد. (سبزواری، ۱۴۲۳، ج۲، ص۲۱۹)

۵،۲. اجماع

یکی از دلایل اصلی مشروعیت حق حبس برای زوجه در عقد نکاح، اجماعی‌بودن مسئله

نـزد فقیهـان اسـت؛ به‌نحـوی کـه در کمتـر مسـئله‌ای بـه ایـن انـدازه، ادعـای اجمـاع شـده اسـت. صاحـب جواهـر در این‌باره چنیـن می‌نویسد: «زوجه قبـل از وقوع نزدیکی، حق دارد از تسلیم خود امتنـاع ورزد تـا زمانی‌کـه بـه قبـض مهـر نائـل گـردد و ایـن مطلـب همان‌طورکـه در کشـف اللثـام و غیـره آمـده، مـورد اتفاق فقهاسـت» (نجفی، ۱۴۰۴، ج۳۱، ص۴۱). خوانساری در ایـن خصوص ادعای شـهرت کـرده و می‌فرمایـد: «مشـهور میـان اصحـاب آن اسـت کـه زوجـه قبـل از دخـول می‌توانـد از تمکیـن امتنـاع ورزد تـا این‌که مهـر خـود را قبـض کنـد». (خوانساری، ۱۴۰۵، ج۴، ص۴۲۴)

از فقهایـی کـه در حکـم مسـئله، ادعـای اجمـاع کرده‌انـد، می‌تـوان بـه ابن‌ادریـس در کتـاب سرائر؛ فاضل آبـی در کشف الرموز (که با عبارت بلاخلاف - بین المسلمین- مطرح نموده)؛ شیخ طوسی در مبسوط؛ فخرالمحققین در ایضاح؛ ابن‌فهد در مهذب البارع و مقتصر؛ محقق کرکی در جامع المقاصد؛ شهید ثانی در روضه و مسالک؛ ابن‌زهره در غنیه و صیمری در نهایه المرام اشاره نمود و بسیاری از فقها، به حق حبس زوجه اذعان کرده‌اند و صاحب حدائق پس از آن‌که قول مشهور و بلکه اجماع فقها را بر مشروعیت حق حبس دانسته، می‌نویسد: «بر ادعای مذکور، دلیلی غیر از اجماع نیافتم». (بحرانی، ۱۴۰۵، ج۲۴، ص۴۶۰)

بر این اساس، از آن‌جا که «این مسئله از اصول مسائل مهر است و از فروع نیست تا بگوییم از مستحدثات بوده و خارج از محل ابتلاست و در زمان معصومین علیهم‌السلام نیز رایج بوده و در منظرِ ایشان بوده است، پس ادله تقریر معصوم که دلیل حجیت اجماع است، شامل این مسئله می‌شود و اجماع، دلیل مستقلی بر آن می‌باشد». (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹، ج۲۲، ص۷۰۲۲)

مطابق با دیدگاه برخی دیگر از علما، اجماع در این مقام، مسلّم و محرز نیست و بر فرض ثبوت اجماع، چنین اجماعی مدرکی است و فقها در کنار اجماع، مشروعیت حق حبس را به ادله دیگری همچون روایات، مستند کرده‌اند. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج۶، ص۵۲)

به اعتقاد نگارنده، اجماع نمی‌تواند دلیل مستقلّی بر مشروعیت حق حبس در عقد نکاح باشد؛ زیرا اجماع از نظر امامیه زمانی حجیت دارد که کاشف از قول معصوم علیه‌السلام باشد و اجماع با این وصف، در حکم خبر است. بر این اساس، اولاً نمی‌توان با قاطعیت ادعا کرد که اجماع در مسئله مورد بحث، کاشف از قول معصوم علیه‌السلام است؛ زیرا اگر چنین قطعیتی حاصل می‌بود،

مخالفت عده‌ای از فقها و نامشروع‌دانستن حق حبس معنا نداشت. ثانیاً با وجود مستندات روایی، استدلال به اجماع، وجهی ندارد و باید معقد اجماع مورد توجه قرار گیرد. بر این اساس، اگر روایات مطروحه، توان اثبات مشروعیت حق حبس را داشته باشند، اجماع مدرکی، سبب تقویت دلالی اخبار خواهد بود و در فرض عدم دلالت بر مشروعیت حق حبس، اجماع نمی‌تواند دلیل شرعی مستقل به حساب آید مگر در جایی که کاشف از رأی معصوم بوده و اجماع منقول نباشد.

۵،۳. استدلال به قانون معاوضات

از دیدگاه فقها، هرگاه در عقد نکاح مهری ذکر شود، نکاح در حکم معاوضه در معاملات است و همان‌طور که متبایعین در عقود معاوضی تا زمانی که طرف مقابل به موضوع تعهد در معامله عمل ننموده، حق امتناع از تسلیم موضوع تعهد خود دارند، زوجه در عقد نکاح نیز حق دارد تا زمان قبض مهریه از تمکین در برابر زوج خودداری کند. از آن‌جا که در تقابض ثمن و مثمن در معاملات نقدی، حق امتناع موجود است و تمکّن مالی یا تنگدستی در آن شرط نیست، در عقد نکاح نیز، حق امتناع در مهریه حالّ برای زوجه موجود است؛ اگرچه زوج متمکّن یا تنگدست باشد. (شهیدثانی، ۱۴۱۳، ج۸، ص۱۹۱و سبزواری، ۱۴۱۳، ج۲۵، ص۱۵۹)

با به‌رسمیت‌شناختن حق حبس توسط ابن‌جنید، فقهای دیگر همچون شیخ مفید و پس از ایشان سیدمرتضی و شاگرد ایشان شیخ طوسی، ابن‌زهره، محقق حلی، علامه حلی، شهید اول و سایر فقهای نامدار نیز، حق حبس را مورد توجه قرار داده و بدان اذعان نموده‌اند. (اسکافی، ۱۴۱۶، ص۱۸۴ و شیخ مفید، ۱۴۱۳، ص۵۱۰)

برای استدلال به قانون معاوضات و مشروعیت حق حبس در عقد نکاح، باید مقدمه آن اثبات گردد که عبارت است از این ادعا که: «نکاح، حکم معاوضه در معاملات را دارد». اگر این مسئله ثابت شود، می‌توان جریان احکام معاملات و معاوضات در عقد نکاح را مدعی شد. اکثریت فقها، نکاح را نوعی معاوضه دانسته و در برخی موارد، حکم معاوضه را در آن جاری کرده‌اند و عده اندکی نیز نکاح را عقد مستقل و منحصر به فردی می‌دانند که در زمره معاوضات نیست.

۵،۳،۱. طرفداران معاوضه

کسانی که نکاح را معاوضه یا در حکم معاوضه می‌دانند، در مواضع مختلفی از باب مهر گفته‌اند که نکاح، معاوضه است.

شیخ طوسی می‌فرماید: «زمانی که مرد، زنی را به مهر معلوم تزویج کرد، زن با عقد نکاح، مالک مهر و مرد، مالک بضع می‌شود، چون نکاح، عقد معاوضی است» (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج۴، ص۳۱۰). صاحب جامع المدارک می‌نویسد: «نکاح، معاوضه است و چون یکی از طرفین، عوض را از جانب خود و با اختیار تسلیم کرد، دیگر حق ندارد آن را تا زمان تسلیم عوض دیگر حبس کند» (کرکی، ۱۴۱۴، ج۱۳، ص۳۵۴). ملامحسن کاشانی می‌گوید: «نکاح، نوعی معاوضه است و زوجین می‌بایست با هم عوضین را قبض کنند». (فیض کاشانی، بی‌تا، ج۲، ص۲۸۰)

با تتبع در متون فقهی متوجه می‌شویم بسیاری از فقها، که به ذکر معاوضی‌بودن یا در حکم معاوضه بودن عقد نکاح اذعان کرده‌اند، دلیلی بر ادعای خود بیان ننموده‌اند؛ با وجود این، صاحب جواهر مدعی است که چون نکاح در کیفیت مقتضی با معاوضه متحد است، هر یک از متعاقدین، حق امتناع از تسلیم تا قبض عوض را دارا می‌باشند. (نجفی، ۱۴۰۴، ج۳۱، ص۴۱)

صاحب حدائق، جمع ادله طرفداران را بدین نحو بیان می‌دارد:

۱. صداق، مملوک به عقد معاوضی است و مانند مبیع در بیع است.
۲. از آیه ﴿و آتوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ معاوضه، ظاهر می‌شود.
۳. قول فقها «زوجتک بکذا» همانند «بعتک بکذا» است.
۴. با ظهور عیب در مهریه، زوجه همانند مبیع معیوب در عقد بیع می‌تواند مهر را رد کند.
۵. امتناع از تمکین تا زمان استیفا و قبض مهر، از احکام معاوضه است. (بحرانی، ۱۴۰۵، ج۲۴، ص۴۵۵)

در این‌جا سؤالی به ذهن متبادر می‌شود که آیا شبیه‌بودن برخی از احکام یک موضوع به موضوع دیگر، دلالت می‌کند بر این‌که ماهیت هر دو موضوع واحد است؟ مثلاً نوشتن الف، شبیه به نوشتن عدد یک می‌باشد؛ آیا این شباهت دلیل بر آن است که ماهیت الف و عدد

یک، متحد بوده و هر دو از لحاظ ماهیت، یک چیز هستند؟

تمام ادله فوق به جز دلیل دوم صاحب حدائق، حکایت از شباهت عقد نکاح به معاوضه دارد و چه بسا در لابلای احکام نکاح غیر از این پنج موضع، موارد دیگری نیز پیدا شود که شباهت به معاوضه دارند. روشن است که این شباهت نمی‌تواند دلیل کافی و لازم بر موضوع ادعایی (اتحاد ماهوی) باشد. دلیل دیگری که در بیان فقها دیده نشده، لکن می‌توان در ردیف ادله طرفداران معاوضه ذکر کرد و چه بسا از برخی ادله مذکور قوی‌تر باشد، روایاتی است که از مهر به «عِوض» تعبیر نموده است. مانند این روایت که حلبی می‌گوید:

«از امام صادق علیه‌السلام درباره زنی پرسیدم که خود را برای مردی می‌بخشد و مرد با زن بدون مهر ازدواج می‌کند. امام علیه‌السلام فرمود: این کار برای شخصی غیر از نبی شایسته نیست، مگر آن‌که چیزی را عوض قرار داده و قبل از دخول، به زن تقدیم کند؛ خواه مقدار ناچیز باشد یا مقدار زیاد (کلینی، ۱۴۰۷، ج۵، ص۳۸۴). طریق استدلال به این روایات آن است که امام علیه‌السلام از آن‌چه در مقابل بضع قرار دارد، تعبیر به عوض کرده است. بر این اساس، نکاح، هیئت معاوضی دارد.

در خصوص این روایات و دلیل دوم صاحب حدائق، روشن است که تعبیر به عوض در روایات و اجور در آیه، تعبیر حقیقی نیستند؛ مانند روایتی که می‌گوید: «سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ علیه‌السلام عَنِ الرَّجُلِ يُرِيدُ أَنْ يَتَزَوَّجَ الْمَرْأَةَ أَيَنْظُرُ إِلَيْهَا قَالَ نَعَمْ إِنَّمَا يَشْتَرِيهَا بِأَغْلَى الثَّمَنِ» (کلینی، ۱۴۰۷، ج۵، ص۳۶۵).

پرواضح است که بیع حر جایز نبوده و در این روایت، معنای کنایی بیع مقصود است. بر این اساس، اگر عوض و اجور در معنای حقیقی خود به کار رفته باشند، باید صحیح باشد که در عقد نکاح، به جای «انکحت»، عبارت «آجرت» به کار ببریم و با الفاظ معاوضه، عقد نکاح را واقع سازیم. به این دلیل که ماهیت نکاح، معاوضه حقیقی است؛ حال آن‌که هیچ‌یک از فقها بدان قائل نشده‌اند. از طرف دیگر، اگر مهریه و تمکین، عوض و معوض هستند چرا در صورتی که شوهر، زن خود را قبل از نزدیکی طلاق می‌دهد باید نصف مهرالمسمی را به زن بپردازد؟ در این‌جا زن بدون هیچ عوضی، مالک نصف مهر شده است. بر این اساس، مهر و تمکین دو موضوع کاملاً مجزا از هم و با قواعد خاص خود هستند و نمی‌توان آنها را عوض و معوض و در مقابل هم تلقی کرد و از قائلین به معاوضه باید پرسید: این چه عوضی است (مهر) که در سرنوشت عقد اصلی

(نکاح) و معوض خود (تمکین) تأثیری ندارد؟ همچنین اگر مهر عوض بضع باشد، طبق شرایط عوضین باید تعیین گردد، در غیر این صورت عقد باطل است (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ج۴، ص۲۰۶-۲۱۰) در حالی‌که عقد دائم بدون ذکر مهر صحیح است. (شهیداول، ۱۴۱۰، ص۱۸۳)

حاصل کلام این‌که، ادله فقها در اثبات این مقدمه که «نکاح در حکم معاوضه است» کافی نیست و شباهت احکام نکاح به احکام معاوضات، بر عینیّت و اتحاد ذاتی آنها دلالت نمی‌کند. بر فرض که در برابر این ادعا تسلیم شده و اذعان کنیم که نکاح در حکم معاوضات است، باز نتیجه مد نظر فقها استنتاج نمی‌شود و پرواضح است که احکام نکاح در بسیاری از موارد با احکام معاوضات همخوانی ندارد؛ زیرا اگر میان این دو ملازمه برقرار باشد، زوجه بعد از وقوع نزدیکی نیز حق حبس خواهد داشت حال آن‌که هیچ یک از فقها به این سخن ملتزم نشده است. افزون بر آن، فاسدبودن عوض و عدم تعیین آن در معاوضه، مستلزم بطلان معامله است در حالی‌که ذکرنکردن یا عدم تعیین و یا حتی فساد مهر، تأثیری در صحت عقد نکاح ندارد.

۵،۳،۲. منتقدین معاوضه

اولین شخصی که در صحت حق حبس تردید کرد، مقدس اردبیلی بود و بعد از اشاره ایشان به اتفاق عمومی در این مسئله، می‌فرماید: «پذیرش حق حبس مشکل است. چون نصّی وجود ندارد و انتقال عوضین با عقد حاصل می‌شود و تسلیم هر یک از عوضین بر دیگری واجب است و حبس آن جایز نیست» (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج۸، ص۵۰۴). بعد از ایشان، محقق سبزواری در مشروعیت حق حبس، تردید نموده و از این کار منع می‌کند (سبزواری، ۱۴۲۳، ج۱، ص۴۸۵). محدث بحرانی پس از نقل اجماع فقها، به فقدان دلیل در این خصوص اذعان کرده و بعد از تایید کلام مقدس اردبیلی، در نهایت حق حبس زوجه را به رسمیت نمی‌شناسد؛ هرچند مهر زن حالّ باشد. (بحرانی، ۱۴۰۵، ج۲۴، صص۲۶۱-۲۶۲)

ادله طرفداران عدم معاوضه عبارت است از:

اول: مدلّل‌نبودن یا فقدان نصّ: مشروعیت حق حبس در عقد نکاح، خلاف قاعده است و به دلیل، احتیاج دارد و در میان ادله شرعی، دلیل یا نصّی برای اثبات این نهاد حقوقی نداریم. چنان‌چه در برخی معاملات، دلیلی بر صحت آن بیابیم، چون مسئله، خلاف قاعده است،

نمی‌توان به تمام معاملات تسرّی داد و باید به قدر متیقّن اکتفا کرد. (بحرانی، ۱۴۰۵، ج۲۴، ص۴۶۵)

دوم: حقیقی‌نبودن عوض در عقد نکاح: اگر عقد نکاح، معاوضه حقیقی باشد، باید احکام و شرایط معاوضه را تمام و کمال دارا باشد؛ مانند رکن بودن عوضین، معین بودن عوضین، تلف نشدن عوضین و فاسد و متزلزل‌نبودن عوضین. هرگاه یکی از این شرایط در عقد معاوضه موجود نباشد، عقد باطل و یا فسخ می‌گردد. حال آن‌که در عقد نکاح، هیچ‌یک از شرایط مذکور معتبر نیست؛ به‌طوری‌که اگر مهر تلف گشته یا فاسد و متزلزل باشد و یا معین نباشد و حتی اگر مهر ذکر نگردد، عقد باطل نمی‌شود و چون شرط و رکن معاوضه در نکاح دخیل نیست، قطعا ماهیت آن متفاوت از معاوضه است. تعبیر نحله (هدیه) از مهر در آیه ﴿**وَ آتُوا النِّساءَ صَدُقاتِهِنَّ نِحْلَه**﴾ (نساء:۴) نیز موید عدم معاوضه است (بحرانی، ۱۴۰۵، ج۲۴، ص۴۵۵). شاهد دیگر آن است که «در تمام ابواب معاوضات، مغبون، خیار فسخ دارد؛ ولی در باب نکاح اگر کسی مغبون شود، خیار غبن ندارد و یا در معاوضه، هر عیبی خیار عیب می‌آورد ولی در نکاح، بعضی از عیوب، خیار عیب می‌آورد و نشان می‌دهد که نکاح، معاوضه حقیقی نیست. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج۶، ص۵۳)

سوم: مقصود از ضمان در نکاح، ضمان ید است (نه ضمان معاوضی): هرگاه عین مالی که تسلیم آن به مالکش واجب است، تلف شود و سبب استحقاق مالک ساقط نگردد، رجوع به بدل عین واجب می‌گردد همانند غصب و قرض و عاریه نزد کسی که آن را ضامن است و در تلف مهر، رجوع به مهرالمثل، نیازمند دلیل است و بلکه باید به مثل یا قیمت آن رجوع کرد (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ ب، ج۴، ص۳۷۱). بر این اساس، کسانی که نکاح را معاوضه نمی‌دانند، ضمان مهر را «ضمان ید» می‌شمارند نه «ضمان معاوضی». اگر ضمان در عقد نکاح به‌مانند عقد بیع، که عوضین از ارکان معامله محسوب می‌شود، معاوضی باشد، با تلف‌شدن یکی از عوضین، معامله باطل می‌گردد و بر طبق این گفته، با تلف‌شدن مهریه، مهرالمسمّی ملغی گشته و مهرالمثل ثابت می‌شود و عقد نکاح بنابر دلیل خاص، باطل نمی‌گردد. اما اگر ضمان را به‌مانند ضمان عاریه، ضمان ید بدانیم، با تلف‌شدن مهر و مثلی‌بودن آن، مثلِ مهر و در صورت قیمی‌بودن آن، قیمتِ مهر بر ذمه ثابت می‌گردد.

شیخ طوسی در کتاب خلاف درباره ضمان تلف در مهر می‌نویسد: وقتی شیء معینی مانند لباس و عبد به عنوان مهر قرار بگیرد و قبل از قبض تلف گردد، حق زوجه از عین صداق ساقط گردیده و نکاح بدون خلاف، به حال خود باقی می‌ماند و چنان‌چه مثلی باشد، پرداخت مثل مهر و چنان‌چه مثلی نباشد، پرداخت قیمت آن واجب می‌گردد. (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ب، ج۴، ص۳۷۰)

صاحب جواهر بعد از طرح ضمان معاوضی و ضمان ید در تلف مهر می‌فرماید: «معروف نزد ما قول دوم (ضمان ید) است و برای ضمان معاوضی، قولی از اصحاب نیافتم و این قول قطعاً به بعضی از اهل سنت اختصاص دارد» (نجفی، ۱۴۰۴، ج۳۱، ص۳۹) و برخی از فقهای دیگر بدان تصریح نموده است. (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج۷، ص۴۰۸)

چهارم: مشروع‌نبودن حق حبس در معاملات: عده‌ای از فقها به صراحت اعلام کرده‌اند که متعاقدین حتی در معاملات و معاوضات نیز از حق حبس برخوردار نیستند و ملکیت عوضین با انعقاد عقد، حاصل و عوضین به مالک جدید خود منتقل می‌گردد و تسلیم عوضین بر هر یک از طرفین عقد واجب است؛ اگرچه یکی از دو طرف از تسلیم عوض متعلق به دیگری امتناع ورزد و در هر حال، حق حبس اعتبار ندارد. (سبزواری، ۱۴۲۳، ج۱، ص۴۸۵)

در نقد مطلب فوق گفته‌اند: «رضا به بیع، تنها با انتفاع از عوض قراردادی و دریافت آن حاصل می‌گردد نه با مجرد تملیک و تملّک اعتباری. بنابراین هرگاه یکی از طرفین از تحویل عوض خودداری کند، طرف مقابل حق حبس دارد تا زمانی‌که به مقصود اصلی از معامله و قبض عوض نائل گردد». (حسینی عاملی، بی‌تا، ج۴، ص۷۲۰)

از دیدگاه نگارنده، اگر این ادعا در عقودی مانند بیع و اجاره و امثال آن صحیح باشد، در عقد نکاح صحیح نخواهد بود، چون جنبه غیر مالی نکاح، قوی‌تر از جنبه مالی آن است و متعاقدین، عقد نکاح را صرفاً برای دستیابی به عوضین واقع نمی‌سازند؛ بلکه مصالح و اهداف عالی‌تری نظیر رسیدن به کمال وجودی، تداوم نسل و تربیت انسان‌های صالح، پشتوانه عقد نکاح است و شاید فلسفه صحت عقد نکاح دائم بدون ذکر مهر، همین مطلب باشد. برخلاف عقد موقّت که دستیابی به عوضین، از اهداف عمده آن است.

۵،۴. استدلال به قواعد کلی

یکی از دلایل و مستندات صاحب جواهر مبنی بر مشروعیت حق حبس برای زوجه، استدلال به ادله احکام ثانوی و قواعد عام است و بر این مبنا، مشروع‌نبودن حق حبس، ملازم با ورود ضرر و عسر و حرج به زوجه است و در نهایت، منجر به ظلم در حق وی می‌شود؛ چراکه به اجماع فقها، برای بضع، عوضی است و خاصیت معاوضه چنین است که دو مالك عوضین، حق دارند از تسلیم آن قبل از تسلیم دیگری، امتناع کنند. (سبزواری، ۱۴۱۳، ج۲۵، ص۱۵۹)

این ادله به منزله علاج واقعه قبل از وقوع است؛ به عبارت دیگر پیش‌گیری از ضرر و حرج‌ها و ظلم‌های احتمالی است و ارتباطی به حق فعلی زوجه ندارد؛ لذا تمسّک به قاعده نفی ضرر و حرج در این مورد با إشکال مواجه است:

اول: همان‌طور که از مطالب گذشته روشن شد، معاوضی‌بودن عقد نکاح، مردود بوده و ادله قائلین به معاوضه، مخدوش و ضعیف است.

دوم: در مفاد قاعده نفی حرج و ضرر، اختلاف است و برخی از علما گفته‌اند: این قاعده، تنها احکام ضرری را نفی می‌کند و هیچ دلالتی ندارد بر اثبات حکم دیگری که از عدم جعل آن، ضرری لازم می‌آید (خویی، بی‌تا، ج۳، ص۱۴۳). مانند همین بحث ما که از عدم حکم به حق حبس، زوجه، ضرر یا حرج می‌بینند. بر این اساس، قواعد کلی و ادله احکام ثانوی، شامل حق امتناع زوجه نمی‌شود؛ اما اگر شخصی میان احکام وجودی و عدمی فرق نگذارد، تمسک به این قواعد، قابل توجیه است.

سوم: ممکن است با امتناع زوجه، عسر و حرج یا ضرر و ظلم به زوج وارد شود؛ چنان‌که شیخ انصاری در جایی که زوج تنگدست است می‌فرماید: امتناع زوجه، عرفاً ظلم بر زوج است، پس شرعاً حرام است (انصاری، ۱۴۱۵، ص۲۶۵). چه بسا تزاحم و تعارض بین ضرر و حرج زوجین پیش آید، آن‌گاه تقدیم نفع هر یک از آنها، ترجیح بدون دلیل است، در نتیجه این قواعد، در این مورد کاربردی ندارد.

چهارم: از دیدگاه محقق اردبیلی و صاحب مدارک، حتی اگر مهر و بضع را عوض یکدیگر قرار دهیم، زوج و زوجه به محض انعقاد عقد نکاح، مالک عوضین می‌گردند و با امتناع هریک

از طرفین از تسلیم عوض متعلق به دیگری، مرتکب خلاف شرع شده و ارتکاب خلاف شرع از یک طرف، نمی‌تواند مجوز برای ارتکاب حرام از جانب دیگری باشد و آیه شریفه ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ مجوز انجام محرمات نمی‌باشد. (عاملی، ۱۴۱۱، ج۱، ص۴۱۳ و اردبیلی، ۱۴۰۳، ج۸، ص۵۰۴)

پنجم: زوجه می‌تواند با رجوع به حاکم شرع و محاکم قضایی و تقدیم دادخواست الزام به پرداخت مهر حالّ، زوج را به پرداخت آن اجبار کند. بر این اساس، وقتی زوجه بدون امتناع از تمکین می‌تواند مهر خود را از راه‌های قانونی به دست آورد، بدون آن‌که ضرر و حرجی پیش آید، دیگر تمسّک به این قواعد معنا ندارد.

نتیجه‌گیری

بر اساس آن‌چه در مقاله حاضر از نظر گذشت، عقد نکاح عقدی مستقل و با قواعد خاص است که تشابه برخی از احکام آن با سایر عقود، به اتحاد در ماهیت منجر نمی‌شود. مهر و بضع در عقد نکاح، عوض حقیقی نبوده و با انعقاد عقد، بر ذمه ثابت می‌گردد و معاوضی‌دانستن نکاح و جاری‌کردن احکام معاوضات در عقد نکاح، غیر معقول است. چون هدف اصلی از بیع و معاوضات، دستیابی به عوضین است؛ حال آن‌که قصد واقعی از نکاح، رسیدن به اهداف و مصالح عالی‌تر بوده و صِرف رسیدن به مهر و بضع نمی‌باشد و ادله قائلین به مشروعیت حق حبس، ناتمام است. در این میان، مدلّل‌نبودن حق حبس و معاوضه، حقیقی‌نبودن مهر و بضع که با قرائن و مؤیدات محکمی همراه است، بر عدم مشروعیت حق حبس تأکید دارد؛ به‌ویژه که برخی فقها، حق حبس را در معاوضات نیز مشروع نمی‌دانند. بر این اساس، با انعقاد عقد نکاح، پرداخت مهر بر زوج و تمکین بر زوجه واجب می‌شود و هیچ یک از زوجین، حق امتناع از ادای حقوق دیگری را ندارد و عصیان یک طرف، مجوزی برای عصیان دیگری نخواهد بود. زیرا به حکم عقل و شرع، ادای حق بر هر مسلمانی واجب بوده و امتناع از آن، خلاف شرع است و رجوع به قواعد عام و ادله احکام ثانوی برای مشروعیت حق حبس ناکارآمد می‌باشد.

فهرست منابع

ـ قرآن کریم

کتاب

۱. اردبیلی، احمد (۱۴۰۳ق)، *مجمع الفائده و البرهان*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۲. اسکافی، محمد (۱۴۱۶ق)، *مجموعه فتاوی ابن‌جنید*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۳. امامی، حسن (بی‌تا)، *حقوق مدنی*، تهران: انتشارات اسلامیه.

۴. بحرانی، یوسف (۱۴۰۵ق)، *حدائق الناضره*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۱ش)، *الفارق*، تهران: گنج دانش.

۶. جوهری، اسماعیل (۱۴۱۰ق)، *الصحاح- تاج اللغه و صحاح العربیه*، بیروت: دارالعلم للملایین.

۷. حر عاملی، محمد (۱۴۰۹ق)، *وسائل الشیعه*، قم: مؤسسه آل البیت علیهم‌السلام.

۸. حسینی عاملی، جواد (بی‌تا)، *مفتاح الکرامه*، بیروت: دار إحیاء التراث العربی.

۹. حلی، حسن‌بن علی‌بن داود (۱۳۸۳ق)، *رجال ابن‌داود*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

۱۰. خمینی، روح‌الله (بی‌تا)، *تحریرالوسیله*، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.

۱۱. خوانساری، احمد (۱۴۰۵ق)، *جامع المدارک*، قم: موسسه اسماعیلیان.

۱۲. خویی، ابوالقاسم (بی‌تا)، *مصباح الفقاهه*، مقرر: محمدعلی توحیدی، بی‌جا: بی‌نا.

۱۳. راغب اصفهانی، حسین (۱۴۱۲ق)، *مفردات ألفاظ القرآن*، لبنان: دارالعلم- الدارالشامیه.

۱۴. سبزواری، عبدالأعلی (۱۴۱۳ق)، *مهذّب الأحکام*، قم: مؤسسه المنار.

۱۵. سبزواری، محمد (۱۴۲۳ق)، *کفایه الأحکام*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۱۶. شبیری زنجانی، موسی (۱۴۱۹ق)، *کتاب نکاح*، قم: مؤسسه پژوهشی رای‌پرداز.

۱۷. شهید اول، محمد (۱۴۱۰ق)، *لمعه دمشقیه*، بیروت: دارالتراث-الدارالإسلامیه.

۱۸. شهید ثانی، زین‌الدین (۱۴۱۳ق)، *مسالک الأفهام*، قم: مؤسسة المعارف الإسلامیه.

۱۹. ـــــــــــــــ (۱۴۱۰ق)، *روضه البهیه*، شارح: محمد کلانتر، قم: کتابفروشی داوری.

۲۰. شیخ انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق)، *کتاب المکاسب*، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

۲۱. ـــــــــــــــ (۱۴۱۵ق)، *کتاب النکاح*، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

۲۲. شیخ طوسی، محمد (۱۳۸۷ق)، *المبسوط*، مصحح: محمدتقی کشفی، تهران: المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه.

۲۳. ـــــــــــــــ (۱۴۰۰ق)، *النهایه*، بیروت: دارالکتاب العربی.

۲۴. ـــــــــــــــــ (۱۴۰۷ق) الف، *تهذیب الأحکام*، تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۲۵. ـــــــــــــــــ (۱۴۰۷ق) ب، *خلاف*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۶. ـــــــــــــــــ (۱۴۲۷ق) *رجال شیخ طوسی*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۷. ـــــــــــــــــ (بی‌تا)، *الفهرست*، نجف اشرف: المکتبه الرضویه.
۲۸. شیخ مفید، محمد (۱۴۱۳ق)، *المقنعه*، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید ﷺ.
۲۹. عاملی، محمد (۱۴۱۱ق)، *نهایه المرام*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۰. فاضل هندی، محمد (۱۴۱۶ق)، *کشف اللثام*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۱. فیض کاشانی، محمدمحسن (بی‌تا)، *مفاتیح الشرائع*، قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی ﷺ.
۳۲. کرکی، علی (۱۴۱۴ق)، *جامع المقاصد*، قم: مؤسسه آل‌البیت ﷺ.
۳۳. کلینی، محمد (۱۴۰۷ق)، *کافی*، مصحح: علی‌اکبر غفاری، تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۳۴. لنکرانی، محمدفاضل (۱۴۲۱ق)، *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله-النکاح*، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار ﷺ
۳۵. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق)، *کتاب النکاح*، قم: انتشارات مدرسه امام علی‌بن ابی‌طالب ﷺ.
۳۶. نجاشی، احمد (۱۴۰۷ق)، *رجال نجاشی*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۷. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، *جواهر الکلام*، بیروت: دار إحیاء التراث العربی.

مقاله

۱. باقری، احمد و طباطبایی، محمدصادق (۱۳۸۴ش)، «حق حبس»، *مطالعات اسلامی*، ش۶۷، ص۹۷.
۲. صفا، محمدعلی (۱۳۸۸ش)، «حق حبس»، *فقه و تاریخ تمدن*، سال پنجم، ش۲۰، ص۶۶.