

مطالعه تطبیقی ماهیت حق حبس زوجه و قابلیت اسقاط آن در فقه و حقوق

فخر آفاق حمیدی^۱، سید احمد علی هاشمی^۲✉، حسین ناصری مقدم^۳

چکیده

زمینه و هدف: حق حبس، حق امتناع زوجه در فقه و حقوق اسلامی است که بر اساس آن زن حق دارد از تمکین شوهر تا دریافت مهریه خودداری کند، بدون اینکه این عمل نشوز محسوب شده و مسقط حق وی بر نفقه گردد. این حق بنا به نظر مشهور پس از یک‌بار تمکین از بین می‌رود. مبنای حق حبس در ماهیت، معوض یا شبه معوض یا در حکم معوض عقد نکاح، در فقه اسلامی است و به عنوان امتیازی برای زنان مقرر گردیده است که طبق نظر مشهور و رای وحدت رویه دیوان عالی کشور، تقسیط مهر موجب سقوط آن نمی‌گردد؛ اگرچه به نظر می‌رسد پذیرش چنین امری برخلاف عدل و انصاف و مغایر با مصالح خانواده باشد.

روش‌شناسی: مقاله حاضر توصیفی-تحلیلی بوده و با استفاده از روش کتابخانه‌ای به بررسی سؤال مورد اشاره پرداخته است.

یافته‌ها و نتایج: ضمن شناسایی مبانی حق مذکور از منظر فقهی و حقوقی، یافته تحقیق بیانگر آن است که «حس» از مقوله حق بوده و قابلیت اسقاط یکی از ویژگی‌های اساسی حق می‌باشد. لذا، زوجه می‌تواند بعد از نکاح، حق حبس خود را ساقط نماید، اما اسقاط حق مذکور پیش از وقوع نکاح و وجوب مهریه، مصادق مالم یجب بوده و بلااثر می‌باشد.

واژگان کلیدی: حق حبس، زوجه، تمکین، اسقاط، عقد معوض.

* استناددهی (APA): حمیدی، فخر آفاق؛ هاشمی، سید احمد علی و ناصری مقدم، حسین (۱۴۰۰). **مطالعه تطبیقی ماهیت حق حبس زوجه و قابلیت اسقاط آن در فقه و حقوق**. تحقیقات حقوقی آزاد. ۱۴(۵۱): ۱۵۷-۱۳۹. قابل بازیابی از: http://alr.iauctb.ac.ir/article_684636.html

* گروه حقوق، واحد نیشابور، دانشگاه آزاد اسلامی، نیشابور، ایران. رایانامه: law.1399@yahoo.com

** گروه حقوق، واحد نیشابور، دانشگاه آزاد اسلامی، نیشابور، ایران و گروه حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران. (نویسنده

مسئول) رایانامه: hashemi.a@pnu.ac.ir

*** گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران. رایانامه: naserimoqadam@yahoo.com



مقدمه

زن به مجرد عقد نکاح مالک مهر می‌شود و می‌تواند هر نوع تصرفی که بخواهد در آن بکند (حلی، ۱۴۲۱: ۵۵۲). در قانون هم قانون‌گذار در ماده ۱۰۸۲ ق.م.ا.ین نظر را انعکاس داده است. بنابراین، زوجه حق دارد که پس از عقد، مهر تعیین شده را در صورتی که حال باشد، مطالبه نماید. از سوی دیگر، امکان دارد که زوج از پرداخت مهریه امتناع کند و آن را به همسرش تسلیم نکند. در این صورت، مطابق نظر مشهور فقهای شیعه، زن تا دستیابی مهر می‌تواند از تمکین خودداری کند تا مهر را وصول کند (طوسی، ۱۳۷۸: ۱۲۰؛ کاسانی، ۱۴۰۹: ۲۳۷؛ ابن‌عابدین، ۹۷۸: ۵۶۱؛ کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۸۷)؛ که در ماده ۱۰۸۵ ق.م.ا.ین مطلب به نوشتار درآمده است. از این حق زوجه در ادبیات فقهی و حقوقی به حق حبس یا احتباس یا امتناع (کرکی، ۱۴۰۸: ۳۵۵؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳: ۳۷؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۴۳) یاد شده است.

حق حبس در نوشته‌های فقهی فقط به آمیزش جنسی یا «تمکین خاص» اشاره دارد؛ به این معنا که زن می‌تواند از نزدیکی با شوهر خودداری کند، ولی از تکالیف دیگر زن مانند سکونت در خانه شوهر و مانند این‌ها که به «تمکین عام» معروف است، صحبتی نشده است. اما قانون مدنی ایران از عبارت «وظایفی که در مقابل شوهر دارد» استفاده کرده که ظاهراً به تمامی انواع تمکین و تکالیف زن اشاره دارد. برخی حقوقدانان (صفایی و امامی، ۱۳۸۴: ۱۵۶) معتقدند با توجه به اینکه مأخذ این ماده فقه امامیه است و یک قاعده استثنائی نیز به شمار می‌رود، آن را فقط باید به معنی تمکین خاص دانست. اما از نظر برخی دیگر (محقق داماد، ۱۳۹۵: ۲۴۷) حق حبس شامل وظایف دیگر زناشویی نیز می‌شود و معتقدند: «زوجه می‌تواند مادام که مهر را دریافت نداشته است، از سکونت در مسکنی که شوهر تهیه نموده، خودداری کند و اگر چنین کرد، ناشزه محسوب نمی‌شود». حقوقدان دیگری (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۴۵) به دشواری جداکردن وظایف زناشویی از یکدیگر اشاره می‌کند و معتقدست: «چگونه می‌توان از زنی انتظار داشت که به خانه شوهر رود و با او زندگی کند و بتواند از تمکین امتناع ورزد.» به نظر می‌رسد رویه قضائی هم همین نظر را تأیید کرده و آرای وجود دارد که استتکاف زن از رفتن به خانه شوهر تا قبل از دریافت مهریه را مشروع و در راستای اعمال حق حبس زوجه دانسته‌اند، همان‌گونه که شعبه سوم دیوان عالی کشور طی حکم شماره ۲۴۶۰-۱۳۱۸/۴/۲۹-۱۳۱۸ بازگشت زن به منزل شوهر را از مصادیق تمکین دانسته است.

از سوی دیگر، مشهور فقهای امامیه اصل مسئله را که برای زوجین بطور متقابل حق حبس محقق می‌شود، تصدیق نموده‌اند. با توجه به نظر آنان، نکاح شبیه معاوضه است به دلیل وجود مهر، که جنبه مالی نکاح را دارد، بنابراین، احکام معاوضات را نیز خواهد داشت. از جمله این احکام، حق متقابل زوجین در امتناع است (عاملی، ۱۴۱۴: ۱۹۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۱: ۴۱؛

انصاری، ۱۴۱۵: ۲۶۵)؛ به این معنا که در نکاح نیز همچون قراردادهای مبتنی بر معاوضه، هر یک از طرفین حق دارد تا تسلیم عوض توسط طرف مقابل، از تسلیم عوض خودداری کند.

از این روی، اگر بخواهیم قواعد حق حبس و قراردادهای معوض را به طور کامل در نکاح اجرا کنیم، باید شوهر را نیز دارای حق حبس دانسته، از این حیث که بتواند تا زمان تمکین زن از پرداخت مهریه خودداری کند، اما در وجود چنین حقی برای شوهر تردید است. مانند این نظر از صاحب جواهر که می‌نویسد: «بعید نیست در نکاح که یک معاوضه حقیقه نیست، حق حبس اختصاص به زن داشته باشد و در مشابهت آن با معاوضه کافست که فقط یک طرف دارای چنین حقی باشد.» (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۱: ۴۲). البته، از نظر حقوق مدرن حتی پذیرفتن حق حبس برای زن نیز با توجه به ماهیت ازدواج در حقوق جدید که کاملاً متفاوت از معاوضات مانند خرید و فروش است، دارای اشکال است و حتی برخی فقها نیز به وجود حق حبس در نکاح ایراد گرفته‌اند. از جمله مقدس اردبیلی که با حق حبس چه در بیع و چه در نکاح مخالفت کرده و معتقد است احادیث صریحی در مورد آن وجود ندارد.

در مواد ۱۰۸۵ و ۱۰۸۶ ق.م نیز به این حق اشاره شده و آن را مختص زوجه دانسته است؛ در ماده ۱۰۸۵ آمده است: «زن می‌تواند تا مهریه او تسلیم نشده، از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد، امتناع کند، مشروط بر اینکه مهر او حال باشد و این امتناع مسقط حق نفقه نخواهد بود.» همچنین، در ماده ۱۰۸۶ مقرر شده: «اگر زن قبل از اخذ مهر به اختیار خود به ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد، قیام نمود، دیگر نمی‌تواند از حکم ماده قبل استفاده کند معذالک حقی که برای مطالبه دارد، ساقط نخواهد شد.»

در مقاله حاضر، برآنیم تا با شناسایی مبانی حق حبس و شرایط ایجاد آن، به این سوالات پاسخ دهیم که اولاً، ماهیت حق مذکور حق است یا حکم و ثانیاً، با توجه به ماهیت حق مذکور آیا امکان اسقاط آن از سوی زوجه پیش از عقد نکاح یا بعد از آن امکان‌پذیر می‌باشد یا خیر؟

۱. مبناي فقهی حبس

نکاح در فقه اسلامی یک عقد معاوضی، یا شبه معاوضی به شمار آمده و در معاوضات، هر یک از طرفین می‌توانند از انجام وظایف خود امتناع ورزند. اگر نکاح یک عقد معاوضی باشد، باید شوهر نیز حق حبس داشته باشد، یعنی بتواند از تسلیم مهر خودداری نماید تا زن وظایف زناشویی خود را انجام دهد. حق حبس زوجه در حقوق امروز یک قاعده استثنایی است که به پیروی از فقه امامیه، برای حمایت از حقوق زن پیش‌بینی شده و قانون فقط آن را برای زن ذکر کرده است و نباید شوهر را در این زمینه به زن قیاس کرد (صفایی، امامی، ۱۳۹۳: ۱۷۷). در توجیه حق حبس زوجه به دو دسته روایات عام (که مخصوص باب مهر نیستند، مانند قاعده

لاضرر) و روایات خاص استدلال شده است، که به ترتیب مورد توجه قرار می‌گیرد.

الف) روایات عام

بعضی از فقها به ادله عامی نظیر نفی حرج و نفی ضرر در جهت اثبات حق حبس زوجه استناد نموده‌اند. صاحب جواهر(ره) در این خصوص بیان داشته‌اند: «اگر برای زوجه حق امتناع نباشد، وی متحمل عسر و حرج و ضرر می‌شود و ستم خواهد دید» (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۱). در این استدلال، که به صورت قضیه شرطیه می‌باشد، دارای یک مقدم و تالی هست که در مقدم آن علت آمده است که همان عدم امتناع باشد. در همین حالت، معلولی به نام عسر و حرج ایجاد می‌کند، زیرا طبق قاعده «الواحد لایصدر منه الا الواحد»، «واحد» همان علتی است که حیثیت واحدی در جهت ایجاد معلول واحد (از همان جهت و حیثیت) می‌باشد. در اینجا نیز عدم امتناع، یک حیثیت واحدی است که برای زوجه محقق می‌شود و از همین جهت هم جایگاه عسر و حرج برای او به طور طبیعی به وجود خواهد آمد. فقها بر این مسأله اتفاق نظر دارند. زنی که همسرش با او نزدیکی نکرده است، می‌تواند قبل از دریافت مهر از مباشرت امتناع نماید؛ زیرا اگر زن حق امتناع نداشته باشد، موجب عسر و حرج و ظلم و ضرر به زن می‌شود. شیخ مفید در مقنعه و شیخ طوسی در مبسوط اعتقاد دارند که تمکین زن قبل از دریافت مهریه مانع عدم تمکین بعدی او نیست و می‌تواند تمکین را مشروط به دریافت مهر کند. اما مشهور فقهای امامیه معتقدند در این صورت حق حبس او ساقط می‌شود و نمی‌تواند به علت عدم دریافت مهر از وظایف زناشویی خودداری کند (امامی، ۱۳۸۶: ۳۶۹). قانون مدنی نیز در مواد ۱۰۸۵ و ۱۰۸۶^۱ از همین نظر پیروی کرده است.

ب) روایات خاص

فقهای معتقد به وجود حق حبس در عقد نکاح، عمدتاً از سه روایت برای استدلال خود استفاده نموده‌اند:

۱- روایت سماعه که می‌گوید: از امام صادق(ع) سؤال کردم راجع به مردی که همسرش پس از عقد، مهرش را برای او حلال کرده است؛ آیا رواست پس از اعطای چیزی به او با وی آمیزش نماید؟ امام در پاسخ فرمودند: «نعم اذا جعلته فی حل فقد قبضته منه»، آری وقتی زن مهرش را بر مرد حلال نموده است، مانند آن است که زن مهرش را قبض کرده است. نحوه استدلال به روایت فوق به مفهوم آن است. امام(ع) فرمودند: اگر زن مهرش را بر مرد حلال کرد، به منزله آن

^۱ ماده ۱۰۸۵: «زن می‌تواند تا مهریه او تسلیم نشده، از ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد، امتناع کند، مشروط بر این که مهر او حال باشد و این امتناع مسقط نفقه نخواهد بود.»

ماده ۱۰۸۶: «اگر زن قبل از اخذ مهر به اختیار خود به ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد، قیام نمود، دیگر نمی‌تواند از حکم ماده قبل استفاده کند و حقی که برای مطالبه مهر دارد، ساقط نخواهد شد.»

است که آن را قبض نموده است و بنابراین، مرد می تواند با وی آمیزش نماید. مفهوم بیان امام (ع) این است که اگر زن مهرش را قبض نکرده باشد، پس بر مرد روا نیست (بدون رضایت او) با وی آمیزش کند (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱: ۴۳۳). آنچه در روایت فوق آمده است، دلالت مطابقی^۱ می باشد که حضرت در جواب سوال سماعه داده اند. اما به دلالت التزامی^۲ می توان گفت: وقتی حضرت در جواب سوال سماعه، حلال شدن مهر را به منزله قبض مهر دانسته اند؛ به این معنی که این زن تمکین در قبال شوهرش را پذیرفته است و در صورت سوال از حضرت اگرچه دخول و عدم دخول می باشد، منتها به دلالت التزامی تمکین را از زوجه پذیرفته اند؛ زیرا دخول و عدم دخول التزاماً با تمکین و عدم تمکین مناسبت دارد. بنابراین، دلالت روایت سماعه بر مفهوم منطقی می باشد (سبزواری، ۱۴۲۳: ۱۸؛ طوسی، ۱۳۷۸: ۲۵۳).

۲- روایت ابی بصیر از امام صادق (ع) که فرمودند: «اذا تزوج الرجل المرأة فلا يحل له فرجها حتى يسوق اليها شيئاً درهماً فما فوقه او هديه من سويق او غيره»؛ وقتی مردی با زنی ازدواج نماید، فرج زن بر مرد حلال نمی شود مگر آنکه درهمی یا بیشتر برایش بفرستد یا هدیه ای از آرد و مانند آن به او بدهد (طوسی، ۱۳۷۸: ۳۵۷). دلالت این روایت را به دلیل اینکه تکلیف به اعطای درهم و... غیر از مهریه است و یا اینکه از آداب معاشرت دانسته اند. با دقت در مفهوم مهر، چیزی است که زن مستحق آن می شود، چه در خود عقد بیان شود و یا بعد از عقد معین گردد و یا اینکه به سبب وطی این مهر معین بشود. مفهوم مهر، مفهوم کلی هست که می تواند مصادیق فراوانی را به خود اختصاص بدهد. الفاظی که امام معصوم (ع) در روایت به کار برده اند مانند: درهم، هدیه ای از آرد و... از نوع الفاظ متباین هستند که هر کدام از الفاظ برای معنی خاص خودشان وضع شده اند. در محل بحث نیز مانند درهم و هدیه ای از آرد و غیره هم الفاظ متباین به نحو متمائل اند که در «مال» اشتراک دارند. از طرفی، مهر هم می تواند ماهیت مالی به خود داشته باشد. بنابراین، مشکلی برای تطبیق مهر بر این مثال هایی که در روایت آمده است، نیست.

۳- امام باقر (ع) راجع به زنی که پس از فوت شوهرش، از ورثه زوج متوفای مهر و میراث اش را طلب نموده است، فرمودند: اما میراث، پس او حق دارد مطالبه کند. و اما مهر، آنچه را که پیش از آمیزش از زوج اخذ کرد، پس همین است که با آن فرج زن بر مرد حلال شده است، خواه کم باشد یا زیاد. زمانی که آن را قبض کرد و آن را پذیرفت و بر شوهر وارد شد، دیگر پس از آن حقی ندارد. به این روایت مذکور اشکال شده است که آنچه زوجه را بر مرد حلال می کند، عقد است و مهر در این خصوص دخالتی ندارد. یا اینکه دلالت این روایت به امتناع زوجه روشن

۱- دلالت مطابقی یعنی لفظی بر تمام معنای موضوع اش تطابق کرده باشد.

۲- دلالت التزامی یعنی گاهی لفظ بیان می شود، مراد متکلم لازم آن معنا (خارج معنای موضوع له) است که لفظ را در مقابل آن وضع نموده اند، مثل لفظ انسان که مقصود (گاهی) ضاحک (خندان) می باشد.

نیست. این روایت حداکثر بر مکروه دلالت می‌کند که مرد پس از آمیزش، مهر همسرش را یا حداقل قسمتی از آن را به او ندهد (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹: ۲۸۷).

قضیه حمله‌ای که امام (ع) فرمودند: «فهو الذی حلّ للزوج به فرجها» از یک موضوع (مهر) و محمول (حلّ للزوج به فرجها) و نسبتی که بین این دو هست تشکیل یافته است. این نوع قضیه حمله از نوع طبیعی، که حکم در قضیه اگر برخورد با موضوع کلی بدون نظر به افرادش شده باشد، نام دارد (یزدی، ۱۳۷۸: ۵۷). دلالت مطابقی این روایت نمی‌تواند بر حق امتناع زوجه باشد، اما به دلالت التزامی با توجه به طبیعت قضیه (حمله طبیعی) می‌تواند بر حق حبس راهی باز بکند.

۲. مبنای حقوقی حبس

طبق ماده ۲۲ قانون ح.خ، زوجه می‌تواند تا قبل از دریافت مهریه خود از وظایف زناشویی امتناع کند؛ به عبارت دیگر، حق حبس دارد. در فقه و حقوق به انگیزه تعدیل و تنظیم روابط دوسویه یک تعهد و نیز مقرر داشتن نوعی ضمانت اجرا در صورت امتناع یک طرف از اجرای تعهد خود، حق حبس در قراردادهای معوض منظور شده است (طوسی، ۱۳۷۸: ۱۲۰). در منابع فقهی و حقوقی گاهی به جای این اصطلاح از تعبیر احتباس استفاده شده است. در قوانین ایران، تعبیر حق حبس فقط در ماده ۳۷۱ قانون تجارت آمده و در سایر قوانین، تعبیرات دیگری به کار رفته است؛ مانند خودداری از تسلیم مبیع یا ثمن، امتناع از ایفای وظایف زناشویی، امتناع از تسلیم مال التجاره و امتناع از اجرای تعهد (مواد ۳۷۷، ۳۸۰ و ۱۰۸۵ ق.م). قانون مدنی ایران نیز در ماده ۱۰۸۵ بر این حق صحه نهاده، مقرر می‌دارد: «زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده، از ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد، امتناع کند». سؤالی که مطرح است، این است که آیا حق حبس در نکاح طرفینی است؟ یا این که این حق اختصاص به زوجه دارد و شوهر حق حبس ندارد و به عبارت ساده، آیا این تنها زن است که می‌تواند تمکین خود را منوط به پرداخت مهر نماید و شوهر حق ندارد با امتناع از پرداخت مهر تمکین همسرش را خواستار باشد؟

با این که ماده ۱۰۸۵ به صراحت دلالت بر این امر دارد که تنها زن حق امتناع دارد، برخی بر طرفینی بودن حق حبس اشاره دارند (صالحی مازندرانی، ۱۳۷۶: ۴۲۶). این عقیده با توجه به وجود فتاوی‌ای برخی فقها مبنی بر این که شوهر باید قبلاً مهر پرداخت کند و با عنایت به روایاتی که می‌گوید شوهر نباید با همسرش نزدیکی نماید، مگر آنکه قبلاً چیزی به او داده باشد، مردود است. فقها نیز در صورت امتناع مرد از پرداخت مهر و منوط کردن آن به تمکین زن، وی را به دادن مهر مجبور می‌سازند. صاحب جواهر نیز گفته است: «بعید نیست که حق حبس در نکاح که یک معاوضه حقیقی نیست، خاص زن باشد» (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۱).

برخی فقها (مامقانی، ۱۳۸۱: ۲۷۲) فراتر از این معتقدند که اساساً چنین حقی در نکاح که یک قرار داد شخصی است، نه مالی و معوض وجود ندارد و زن و مرد را مکلف به ادای وظایف زوجیت

و منع گروکشی دانسته‌اند، اما به نظر می‌رسد این عقیده نمی‌تواند حق زن را در تضمین مهر حفظ نماید، زیرا در جایی که شوهر پرداخت مهر را به تمکین منوط سازد، شوهر اجبار می‌گردد که مهر را قبلاً به زن پرداخت نماید؛ زیرا خسارت مال را می‌توان جبران کرد، اما خسارتی که به زن وارد می‌شود، قابل جبران نیست. به تعبیری، خسارت مالی برخلاف خسارت غیر مالی (بضع) قابل جبران نیست (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۲). به همین جهت، حق حبس برای شوهر وجود ندارد و تصریح به آن در مواد قانونی مانع برداشت‌های متفاوت است. حق حبس زوجه در حقوق امروز یک قاعده استثنایی است که به پیروی از فقه امامیه، برای حمایت از حقوق زن پیش‌بینی شده و قانون فقط آن را برای زن ذکر کرده است و نباید شوهر را در این زمینه به زن قیاس کرد (صفایی؛ امامی، ۱۳۹۳: ۱۷۷).

۳. شرایط اعمال حق حبس

برای این که زوجه بتواند از حق حبس خود استفاده کند، باید شرایطی فراهم باشد:

الف: حال بودن مهر: مهریه باید حال باشد یا به نوعی عندالمطالبه باشد و زمان مشخصی برای آن معین نشده باشد. اگر مهریه مدت دار باشد، زمانی زوج حق مطالبه آن را دارد که مدت سپری شود. در اینجا زوج مجاز است ایفای وظایف زناشویی را از زوجه طلب کند و زوجه نمی‌تواند از حق حبس خود استفاده کند. اگر شوهر وضعیت مالی مناسبی نداشته باشد و دادگاه این را به رسمیت بشناسد، برای پرداخت مهریه اقساط تعیین می‌کند. اعسار شوهر حق حبس زن را از بین نمی‌برد، زیرا گرچه در چنین حالتی مطالبه مهر از او امکان ندارد، ولی باید دانست که امکان گرفتن مهریه با استفاده از حق حبس ارتباط مستقیمی ندارد. همچنین، در موردی که دادگاه به درخواست شوهر و به دلیل اعسار به او مهلت دهد، نباید تصور کرد مهریه مدت دار شده است، چون مدتی که بدین گونه بر زن تحمیل می‌شود، حاکی از اراده او بر سقوط نیست. در ماده ۲۲ قانون حمایت خانواده استفاده از حق حبس این گونه است که اگر زن مهریه خود را ۱۱۰ سکه قرار دهد، نسبت به آن حق حبس دارد و می‌تواند تا زمان دریافت مهریه از وظایف خود امتناع کند؛ اما در صورتی که بیش از ۱۱۰ سکه باشد، زن فقط نسبت به ۱۱۰ سکه حق حبس دارد و برای بیش از آن از لحاظ قانونی حقی برای او وجود ندارد؛ چه دارا بودن همسر خود را اثبات کند، چه اثبات نکند.

ب) جهل زوجه به عدم ملائت زوج: شرط دیگر آن است که هنگام عقد نکاح، زوجه نداند زوج قادر به پرداخت مهر نیست. چنانچه مهر مدت دار باشد، قدرت زوج بر پرداخت مهر هنگام تادیه لازم است و چنانچه مهر تماماً یا جزئاً حال باشد و زوجه زمان عقد نکاح نداند که زوج قادر به پرداخت نیست و یا بعد از عقد نکاح تا موقع «عروسی» زوج معسر و نادر گردد، حق حبس زن

برای زوجه تا گرفتن تمام یا آن قسمت از مهر که حال است، وجود خواهد داشت؛ زیرا امکان گرفتن مهر با استفاده از حق حبس زن ملازمه ندارد. همچنین، در موردی که دادگاه یا اجرای ثبت به درخواست شوهر و به دلیل اعسار او مهلت عاقله می‌دهد یا قرار اقساط می‌گذارد، نباید مهر را موجدل پنداشت، زیرا اجلی که بدین گونه بر زن تحمیل می‌شود، حاکی از اراده او بر سقوط حق حبس نیست. اما این پرسش مطرح است اگر هنگام عقد نکاح زوج ندر بوده و زوجه از این امر آگاه بوده است و مهریه نیز حال باشد، آیا زوجه می‌تواند به استناد حق حبس زن از تمکین و ایفای وظایف در مقابل شوهر تا گرفتن مهریه خودداری کند؟ ابتدا باید توجه داشت که قوانین و مقررات مربوط به موضوعات خانواده که بنیان جامعه را شکل می‌دهند، مربوط به «مصلح اجتماعی» بوده و تابع مقررات آمره و اجتناب‌ناپذیر هستند. اگرچه در تمامی عقود رضایی که با توافق منعقد می‌شود، طرفین به آسانی می‌توانند آنها را بر هم زده و حتی آثار آنها را هم زایل کنند، اما انحلال زندگی مشترک مستلزم پیروی از قواعدی است که حکومت با هدف جلوگیری از فروپاشی خانواده آنها را وضع نموده است و حتی با انحلال نکاح آثار به جای مانده از نکاح مانند انتساب فرزندان مشترک به والدین را نمی‌توان از بین برد و همانطور که گفته شد، بین مهریه و پیوند زناشویی رابطه علیت وجود ندارد و نباید عقد نکاح را با خرید و فروش یا سایر عقود معوض قیاس تام کرد. کما اینکه قانونگذار در مواد ۱۰۸۱ و ۱۰۸۷ و ۱۱۰۰ ق.م. مقرراتی پیش‌بینی کرده است که به طور حتم دلالت بر آن دارد که وضعیت مهریه ارتباطی با اصل نکاح و طلاق ندارد. بنابراین، خانمی که اطلاع دارد خواستگار وی قادر به پرداخت مهریه نیست و با این وصف، به عقد وی درمی‌آید، نه تنها نمی‌تواند به لحاظ عدم قدرت و استطاعت زوج بر پرداخت مهریه تقاضای بطلان عقد (۱۰۸۱ ق.م) را بنماید، بلکه مجاز به استفاده از حق حبس هم نیست و می‌بایست بلافاصله پس از عقد با درخواست زوج به ایفای وظایف زناشویی اقدام نماید و گرنه «ناشزه» محسوب خواهد شد. بعضی از دلایل درستی این ادعا به شرح زیر می‌باشد:

۱. از آیه ۲۳۱ سوره مبارکه بقره «لا تمسکو هن ضرارا لتعتدوا» و قاعده لا ضرر استنباط می‌شود؛ اگر کسی برای دستیابی به حق خود راهی را انتخاب کند که موجب ضرر دیگری شود در حالی که می‌توانست از طریقی دیگر که ضرری متوجه دیگری نشود، به آن حق یا امتیاز دست یابد. این نحو عمل مذموم و ممنوع می‌باشد (ممنوعیت استیفای حق به ضرر غیر). خانمی که یکی از مقاصد وی تحصیل مهریه (حق مشروع و قانونی) است، می‌بایست همسری مردی را برگزیند که هنگام عقد متمکن باشد و گرنه با علم و اطلاع از اینکه زوج متمکن نیست، نمی‌تواند استیفای حقش را به ضرر زوج اعمال نماید. قاعده «عدل و انصاف» که بر رعایت موازنه در امور استوار است و ناشی از وجدان و فطرت انسانی است و همان حق حبس زوجه را تجویز می‌نماید، به خانمی که عالماً عامداً به عقد مردی درآمده که فاقد قدرت و استطاعت مالی است، این اجازه را

نمی‌دهد که از ایفای وظایف زناشویی سرباز زند.

۲. قاعده فقهی «اقدام» دلالت دارد: «هر کس به ضرر خود اقدامی کند، در مورد این عمل کسی در مقابل او مسؤولیت مدنی ندارد». در فرضی که خانمی هنگام عقد نکاح با علم به اینکه زوج قدرت و استطاعت پرداخت مهریه را ندارد، به نکاح وی درمی‌آید، فی‌الواقع مبادرت به «اقدام» علیه خود کرده است. لذا، نمی‌تواند به لحاظ اقدام خود مسؤولیت زوج را به پرداخت فوری مهریه بخواهد، بلکه مکلف است ضمن ایفای وظایف زناشویی تا زمان قدرت و استطاعت زوج به پرداخت مهریه منتظر بماند.

۳. وقتی که زوج می‌پذیرد مهریه او مدت‌دار باشد، در حقیقت بطور ضمنی حق حبس خود را ساقط کرده است. بالطبع وقتی که هنگام عقد نکاح می‌داند زوج قادر به تادیه مهریه نیست، فی‌الواقع پذیرفته است که مهریه را زمانی از زوج مطالبه کند که وی مستطیع از پرداخت باشد و در اینجا نیز بطور ضمنی حق حبس خود را ساقط کرده است.

ج) عدم تکین زوجه: اکثر فقهای امامیه (عاملی، ۱۴۱۰: ۳۷۲؛ خوانساری، ۱۳۵۵: ۴۲۵) بر این عقیده‌اند که نزدیکی مسقط حق حبس است؛ زیرا امر مذکور به منزله قبض بضع است. در مقابل، عده‌ای از فقها از جمله شیخ طوسی بر این باورند که حق حبس پس از تمکین نیز قابل تصور است (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۱۶۰)، زیرا با یک بار نزدیکی، تسلیم بضع محقق نمی‌شود و بضع تحت ید زوج در نمی‌آید. در توجیه این نظریه گفته‌اند مهر در مقابل مطلق بضع قرار ندارد تا زوجه پس از تمکین دیگر نتواند از حق حبس خود استفاده نماید، بلکه عوض مهر، جمیع منافع جنسی زن است که امری تدریجی‌الاحصول است که یکباره حاصل نمی‌شود و مهر، عوض در مقابل همه این تمتعات است. به تعبیر دیگر، مهر در قبال هر وطی در نکاح قرار دارد (میرشمسی، ۱۳۸۰: ۷۹؛ حلی، ۱۴۱۳: ۱۷۰). حقوقدانان نیز به اتفاق بر این عقیده‌اند که تمکین خاص مسقط حق حبس است (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۴۵؛ صفایی و امامی، ۱۳۸۷: ۱۶۳؛ محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۴۷). قانون مدنی نیز در ماده ۱۰۸۶ از نظر مشهور فقها تبعیت کرده است و نتیجه‌ای که می‌توان از نظریات مختلف گرفت، آن است که نزدیکی، حق حبس زوج را منتفی خواهد کرد.

حال باید دید منظور از تمکین خاص که مسقط حق حبس است، صرفاً دخول است یا هرگونه استمتاع جنسی از قبیل تقبیل، مضاجعه و تفخیز را هم شامل می‌شود؟ اغلب فقها (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۱؛ خویی، ۱۴۱۰: ۲۸۱) معتقدند که حق حبس با دخول ساقط می‌شود و اجازه زوج برای سایر استمتاع‌ها موجب از بین رفتن حق حبس نمی‌شود. به عبارت دیگر، دخول موضوعیت دارد. به علاوه، در این خصوص استفتائاتی از چند تن از فقهای معاصر بعمل آمد که در پاسخ آیت الله اراکی چنین استماعتاتی را مسقط حق حبس دانسته است.

در مقابل، آیت الله مکارم شیرازی و فاضل لنکرانی عقیده به بقای حق حبس دارند (مکارم

شیرازی، ۱۳۸۸: ۱۱۴). اداره حقوقی قوه قضائیه نیز در نظریه مشورتی شماره ۷. ۵۴۵۵ مورخه ۱۳۸۱/۵/۳۰ چنین اظهار نظر کرده است: «منظور از عبارت «ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد» مذکور در مواد ۱۰۸۵ و ۱۰۸۶ ق.م.تمکین خاص به معنای مطلق دخول است، لذا اذن زوجه به زوج برای برخورداری از سایر استمتاعات بدون دخول، حق حبس زوجه را ساقط نمی‌کند». به نظر می‌رسد چنانچه زوجه با رضایت به اینگونه استمتاعات، قصد اسقاط حق خویش را داشته باشد، طبیعتاً حق وی ساقط می‌شود. اما در صورت عدم آگاهی و یا عدم قصد اسقاط عمل وی دلالت بر اسقاط حق حبس نخواهد داشت. بنابراین، تمکین خاص زوجه که در معنای اخص آن عمل موقوعه یا دخول می‌باشد، مسقط حق حبس است.

۴. تاثیر تمکین عام

جنبه مبهم دیگر در تعیین قلمروی تمکین اینست که آیا تمکین عام زوجه نیز موجب سقوط حق حبس خواهد بود؟ بحث سقوط حق حبس با تمکین عام، محل اختلاف است، زیرا این بحث در کتب حقوقی سابقه چندانی نداشته و فقها نیز در این باره کلامی بیان ننموده‌اند و محاکم نیز در این خصوص رویه خاصی اتخاذ نکرده‌اند. اساساً این بحث از زمان صدور رای وحدت رویه ۷۱۸ دیوان عالی کشور، که قلمرو حق حبس را به تمکین عام نیز سرایت داده، قوت گرفته است و پیش از آن مسوق به سابقه نمی‌باشد. مشهور فقها (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۱؛ خمینی، ۱۳۷۹: ۲۹۹) عقیده دارند که زن در مقام اعمال حق حبس تنها می‌تواند از تمکین خاص خودداری کند و حق امتناع از تمکین عام را ندارد. لذا، آنچه که حق حبس زوجه را ساقط می‌کند، تمکین خاص بوده و تمکین عام نمی‌تواند موثر در مقام باشد. اکثر حقوق دانان نیز به همین راه رفته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۱۴۴؛ امامی، ۱۳۸۶: ۳۹۴).

بر اساس ماده ۳۷۸ قانون مدنی، عنصر اساسی در سقوط حق حبس «تسلیم» می‌باشد. اگرچه ماده ۱۰۸۶ ق.م. از تسلیم نامی به میان نیاورده، لکن می‌توان از ملاک ماده ۳۷۷ ق.م. استفاده نمود و گفت ایفای وظایف زناشویی از جانب زوجه در حکم تسلیم و ایفاء تعهد از جانب وی می‌باشد. حال با توجه به اینکه در کشور ما به محض انعقاد عقد، زوجه تمکین عام را شروع و به تکلیف خود مبنی بر حسن معاشرت و اطاعت از شوهر، عمل می‌نماید، عملاً زوجه به ایفای بخشی از وظایف زناشویی پرداخته و تسلیم محقق گردیده است و عدم انجام دخول را نمی‌توان به عدم تسلیم و ایفای تعهد تعبیر نمود. زیرا اولاً، عدم انجام عمل دخول، در غالب موارد، بدلیل سنت‌های قدیمی و آداب و رسوم برخی از نواحی کشور می‌باشد که هنوز هم در برخی مناطق کشورمان اجرا می‌شود. ثانیاً، به موجب رای وحدت رویه شماره ۷۱۸ دیوان عالی کشور، قلمرو حق حبس به تمکین عام افزایش یافته است. لذا، با توجه به مدلول ماده ۱۰۸۶ ق.م. تمکین عام نیز موجب سقوط این حق خواهد شد. در حقیقت، این رای با گسترش قلمرو حبس از تمکین

خاص به عام، گستره عوض را نیز تغییر داده است؛ یعنی عوضی که از ناحیه زن می‌باشد، تمام وظایف زناشویی را در بر می‌گیرد. ثالثاً، برخلاف معاوضات که در آن حق حبس قابل تجزیه است، حق حبس زوجه غیر قابل تجزیه می‌باشد. لذا، اگر زوجه قسمتی از وظایف زناشویی خود را انجام دهد، به حکم ماده ۱۰۸۶ ق.م.ح. حق حبس وی ساقط و نسبت به وظایف انجام نشده، حق حبس نخواهد داشت. رابعاً، چنانچه مهر در مقابل بضع بعنوان عوض قرار گیرد، در صورت عدم وقوع نزدیکی و تمکین خاص از ناحیه زوجه نباید هیچ مهری به زوجه تعلق گیرد، در حالی که در طلاق قبل از نزدیکی به حکم ماده ۱۰۹۲ ق.م.ح. زن مستحق نیمی از مهر است. جالب‌تر آنکه، در صورت فوت احدی از زوجین قبل از نزدیکی، زوجه مستحق تمامی مهرالمسمی تعیین شده خواهد بود. لذا، به نظر می‌رسد که نیمی از مهر در مقابل تمکین عام قرار می‌گیرد، امری که در استدلال دادستان کل کشور در زمان صدور رای وحدت رویه ۷۱۸ دیوان عالی کشور نیز عنوان گردید.

قانون مدنی در مواد ۱۱۰۳ و ۱۱۰۴، ۱۱۱۴، ۱۱۰۵ و ۱۱۱۷ به طور کلی مواردی از تمکین عام را بیان نموده است. اموری چون حسن معاشرت با شوهر و معاضدت او در تشیید مبانی خانواده، پذیرش ریاست شوهر و اطاعت از او، سکونت در منزلی که تعیین می‌کند و در ماده ۱۱۰۸ ضمانت اجرای آن را عدم استحقاق نفقه بیان نموده است. به نظر می‌رسد از جمع مواد ۱۰۸۵ و ۱۱۰۸ ق.م.ح. می‌توان چنین استنباط کرد که از منظر قانون‌گذار، وظایف زناشویی وظایفی است که در صورت اجرای آن از ناحیه زوجه، به وی نفقه تعلق می‌گیرد و در صورت عدم انجام آن، زن ناشزه تلقی و حق مطالبه نفقه نخواهد گرفت، مگر آن که مانع مشروعی جهت عدم تمکین داشته باشد، مانند حق حبس. بنابراین، ایفای وظایف زناشویی با پرداخت نفقه رابطه‌ای مستقیم و تنگاتنگ دارد. پس، برای پاسخ به این سؤال که آیا با یک بار اطاعت زوجه از زوج و معاشرت با او، تمکین محقق گردیده و زن مستحق نفقه است، باید گفت پاسخ به سوال فوق منفی است، زیرا در تمامی موارد فوق، امتناع زن باید استمرار داشته باشد، به طوری که عرفاً بتوان گفت زن از ادای وظایف زناشویی خود سرپیچی می‌نماید. پرواضح است که عرف جامعه ما، زنی را به صرف یک بار همراهی نکردن با شوهر یا روی برگرداندن از او ناشزه نمی‌شمارد. بنابراین، از آنجا که عدم انجام وظایف زناشویی از ناحیه زوجه برای یک بار نشوز تلقی نمی‌گردد و وی را محروم از نفقه نمی‌کند، پس یک بار انجام آن نیز ایفای وظایف زناشویی تلقی نمی‌شود و تمکین محقق نخواهد شد. از نظر دکتر کاتوزیان: «نه تنها وظایفی که زن در برابر شوهر دارد، با الزام به دادن مهر ارتباط حقوقی ندارد، در نظر عرف ناظر به تمام دوره زناشویی است؛ یعنی باید در مسکنی که شوهرش تعیین می‌کند، سکونت گزینند، با او خوشرویی کند و در اداره خانواده معاون و یاور همسر خود باشد. پس، با یک بار خوشرویی کردن یا چند دقیقه به خانه شوهر

آمدن نمی توان ادعا کرد که او به وظایف زناشویی عمل کرده است» (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۴۵). محقق داماد نیز در تفسیر ماده ۱۱۰۸ ق.م. در خصوص زن ناشزه می گوید: «واژه امتناع، کاملاً ظهور در یک حالت تمرد مستمر دارد و بر یک یا دو بار صدق نمی کند و از طرفی، وظایف زوجیت چیزی بیش از حق استمتاع است» (محقق داماد، ۱۳۷۴: ۲۹۶). پس، بر دادرسی است که در هر دعوی بطور جداگانه، با توجه به اوضاع و احوال بررسی نماید آیا در روابط زوجین، تمکین عام و ادای وظایف زناشویی به نحوی بوده که اسقاط ضمنی حق حبس تلقی شود یا خیر؟ در این راستا، بررسی عناصری همچون مدت زمانی که از انعقاد عقد نکاح سپری گردیده، انجام مراسم عروسی و سکونت در منزل شوهر، بهره مندی زوج از استمتاعات جنسی غیر از دخول و... می تواند راهگشا بوده و دادرسی را در رسیدن به مقصود یاری دهد. برخی از محاکم نیز بعد از صدور رای وحدت رویه ۷۱۸ دیوان عالی کشور در آرای خود به مقوله سقوط حق حبس با تمکین عام گرایش نشان داده اند. در ذیل بخشی از رای شماره ۹۱۰۹۹۷۱۲۹۳۲۰۰۲۶۰ مورخه ۱۳۹۱/۳/۱۰ صادره از شعبه دوم دادگاه حقوقی جویبار را که در همین راستا صادر گردیده، به عنوان نمونه ذکر می کنیم: «...زن زمانی از حق حبس برخوردار است که سابقاً تمکین به نحو عام ننموده باشد، در مانحن فیه زوجه اقرار به تمکین عام نموده است. بنابراین، حقی بابت حق حبس ندارد و مستنداً به مواد ۱۱۰۲ لغایت ۱۱۰۵ و ۱۱۱۴ قانون مدنی و رای وحدت رویه ۷۱۸ مورخه ۱۳۹۰/۲/۱۳ هیات عمومی دیوان عالی کشور حکم به تمکین صادر می گردد.»

۵. قابلیت اسقاط

اسقاط حق عملی است ارادی که موجب زوال مستقیم حق از سوی دارنده آن می گردد. با توجه به اصل حاکمیت اراده (ماده ۱۰ ق.م) و قاعده تسلیط (ماده ۳۰ ق.م) و پاره ای اصول و قواعد دیگر به اختصار می توان گفت هر صاحب حقی می تواند در قالب یکی از اعمال حقوقی مبادرت به اسقاط حق خود نماید، مگر اینکه اسقاط حق مزبور مخالف با قواعد امری (نظم عمومی، قوانین امری و اخلاق حسنه) باشد. همچنین، در رعایت ماده ۹۵۹ ق.م باید گفت اسقاط حقی جایز است که جزئی باشد؛ بنابراین، اسقاط تمام حقوق به طور کلی باطل است. با توجه به ماهیت حق حبس، زوجه نیز می تواند نسبت به اسقاط حق مذکور اقدام نماید. اما مسأله ای که اراده وی را محدود می نماید، در زمان اسقاط حق است که آیا زوجه می تواند پیش از وقوع نکاح و در توافقات ابتدایی قبل از عقد، حق حبس خود را ساقط نماید یا اسقاط حق مذکور برای بعد از نکاح و وجوب مهر بر وی، امکان پذیر است؟ اگر به فرض اول پاسخ مثبت دهیم، باید قایل به صحت اسقاط مالیم. در حالیکه در پذیرش آن اختلاف نظرانی وجود دارد که در ذیل به آن خواهیم پرداخت.

۵-۱. دلایل قائلین به صحت اسقاط مالیم یجب

الف) با توجه به ماده ۴۰۲ ق.م خیار تأخیر ثمن سه روز بعد از وقوع بیع به وجود خواهد آمد؛ بنابراین، در زمان عقد این خیار هنوز به وجود نیامده، ولی شرط اسقاط آن در ضمن عقد به استناد ماده ۴۴۸ ق.م صحیح بوده و سبب سقوط خیار می شود. امکان اسقاط خیار تأخیر ثمن در ضمیمه بیع، با اینکه در زمان عقد نه خود خیار و نه سبب آن (گذشتن سه روز از موعد عقد و عدم پرداخت ثمن) هنوز به وجود نیامده اند، معنایی جز تأیید جواز اسقاط مالیم یجب ندارد.

ب) ماده ۳۶۵ ق.م.ا مصوب ۱۳۹۲ اعلام می کند: «در قتل و سایر جنایات عمدی، مجنی علیه می تواند پس از وقوع جنایت و پیش از فوت، از حق قصاص گذشت کرده یا مصالحه نماید و اولیای دم و وارثان نمی توانند پس از مرگ او، حسب مورد، مطالبه قصاص یا دیه نمایند.» اگر اسقاط حق قصاص قبل از ایجاد آن صحیح باشد، به طریق اولی اسقاط حق در امور مالی صحیح خواهد بود، زیرا ارزش و احترام نفوس، بی گمان بیشتر از ارزش اموال است.

ج) برابر ماده ۶۳۳ ق.آ.د.م افراد می توانند قبل از ایجاد اختلاف نیز ملتزم شوند که اختلافات آینده خود را از طریق ارجاع به داوری حل و فصل نمایند. ارجاع اختلافات آینده به داوری به معنای اسقاط ضمنی حق اقامه دعوی در دادگستری است. با اینکه مالیم یجب بودن چنین اسقاطی جای تردید است، از سوی مقنن مجاز شمرده شده است.

د) ماده ۳۰ ق.م اعلام می دارد: «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق هرگونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.» این ماده اگرچه مربوط به تصرف در املاک و اموال است، ولی با توجه به ملاک آن می توان همین حکم را برای صاحبان حقوق نیز اتخاذ کرد. اعراض از حقوق عینی و ابراء حقوق دینی نیز از زمره این تصرفات بوده و تفاوتی نمی کند که تصرف در حق فعلی باشد یا حقی که در آینده به وجود می آید. پس، تا وقتی که مانع قانونی در میان نباشد، باید سلطه دارنده حق را در اسقاط حقوقی کنونی و آینده پذیرفت.

و) به موجب ماده ۱۰ ق.م و اصل حاکمیت اراده، عقود و شروط، مادامی که مخالف قوانین امری نباشند، نافذ و معتبرند؛ بنابراین، عقد با شرطی که متضمن اسقاط مالیم یجب باشد، جایز است مگر اینکه قانون آن را منع کرده باشد.

ه) اطلاق پاره ای از مواد که اسقاط بعضی از حقوق را اجازه داده اند نیز می تواند مؤید امکان و جواز اسقاط مالیم یجب باشد (مثل مواد ۸۲۲ و ۲۸۹ ق.م)، زیرا مقنن امکان اسقاط چنین حقوقی را مقید به زمان خاصی، بلکه حق شفعه و ابراء مدیون را علی الاطلاق اجازه داده است؛ بنابراین، مواد مزبور از لحاظ زمان اسقاط، اطلاق داشته و انشاء این حقوق قبل از ایجاد نیز در قلمرو این مواد قرار می گیرد.

۵-۲. دلایل قائلین به بطلان اسقاط مالیم یجب

در فقه امامیه برای بطلان چنین اسقاطی عمدتاً به دلایل زیر استناد کرده‌اند:

الف) دلیل عقلی: اسقاط مالیم یجب عقلاً و ماهیتاً محال است، زیرا تصور از بین بردن چیزی که وجود ندارد، ممکن نیست. همچنین، تعلق اراده به امر معدوم غیرممکن بوده و تصرف در آنچه وجود ندارد، ممتنع است. به علاوه، حتی اگر چنین اسقاطی ممکن باشد، کاری بیهوده و عبث است، چون از بین بردن چیزی که معدوم است، تحصیل حاصل بوده و فایده‌ای ندارد. در مقام ارزیابی دلیل نخست باید گفت: برای درک امکان یا امتناع عقلی اسقاط مالیم یجب باید میان دو فرض موضوعی و حکمی تفاوت قائل شد. بدین معنا که، اگر منظور از چنین اسقاطی، از بین بردن حق در زمان نیستی و عدم آن باشد، این اسقاط به دلیل نامعقول و نامتصور بودن آن بی‌گمان باطل و بی‌اثر است؛ اما اگر منظور اسقاط حق در محل ثبوت و ظهور و ایجاد آن باشد، چنین اسقاطی عقلاً ممکن و ماهیتاً متصور است. اما برخی فقها همانند صاحب جواهر، ضمن رد امکان چنین اسقاطی، برای جواز اسقاط حق شفعه قبل از بیع به گونه دیگری استدلال کرده‌اند. به نظر ایشان، اگر منظور از اسقاط حق، قبل از حصول متعلق آن قول صحیح‌تر عدم سقوط حق شفعه است، زیرا به عقیده او، تاثیر انشاء قبل از حصول متعلق آن با فرض عدم وجود دلیلی شرعی، غیرقابل تصور است، ولی اگر مراد از اسقاط حق شفعه قبل از بیع، اذنی باشد که فعلاً و حکماً تا زمان عقد باقی است، امکان اسقاط آن با چنین فرضی موجه به نظر می‌رسد (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۷). در هر صورت، آنچه در ایجاد محل اختلاف است، شیوه استدلال است و گرنه هر دو نظر نتیجتاً قائل به امکان اسقاط حق شفعه قبل از بیع بوده و از این لحاظ تفاوتی با هم ندارند؛ بنابراین، اشکالی نخواهد داشت که استدلال اخیر را نیز به عنوان یک راه‌حل و قاعده برای امکان اسقاط سایر حقوقی که هنوز ایجاد نشده‌اند، به کار گرفت، همچنان که پاره‌ای از حقوقدانان نیز با همین استدلال اسقاط برخی حقوق را قبل از ایجاد جایز دانسته‌اند. به عقیده برخی (خوانساری، ۱۳۵۵: ۱۴۸) اگر منظور از چنین اسقاطی از بین بردن مقتضی و سبب ایجاد حق باشد، اشکال مالیم یجب بودن رفع می‌گردد، زیرا در این فرض، با انشاء اسقاط، مقتضی ایجاد حق از بین می‌رود و حقی به وجود نخواهد آمد تا بحث از اسقاط آن در آینده مطرح باشد. بدین ترتیب، می‌توان گفت اگر منظور از اسقاط مالیم یجب یا اسقاط حقی که هنوز ایجاد نشده، اسقاط حق در زمان فقدان و نیستی حق باشد، بی‌گمان چنین اسقاطی نامعقول و در نتیجه، باطل است؛ اما اگر مراد از آن اسقاط حق در محل ثبوت یا از بین بردن مقتضی و سبب ایجاد حق باشد، مانعی عقلی برای امکان آن وجود ندارد. بر این اساس، چون فرض بر این است که مردم در اعمال و رفتار و معاملات خود، به شیوه عقلاً و مطابق موازین عقلی عمل می‌کنند و از آنجایی که برابر اصل صحت باید اعمال حقوقی را در مقام تفسیر حمل بر معنای صحیح آنها کرد، باید منظور از اسقاط مالیم یجب یا اسقاط حقوق

آینده را اسقاط در محل ثبوت حق محسوب و آن را از لحاظ عقلی صحیح دانست تا وقتی که خلاف آن ثابت نشده است. بدین ترتیب، علاوه بر رد عقیده‌ای که اسقاط مالم یجب را از لحاظ عقلی ناممکن می‌داند، به ایرادات دیگر مانند عدم امکان تعلق اراده به امر معدوم و ناممکن بودن تصرف در امر غیرموجود هم جواب داده می‌شود؛ زیرا در هر صورت، آنچه متعلق اراده و مورد تصرف قرار می‌گیرد، حقی است که در آینده به وجود می‌آید، نه حقی که در زمان انشاء معدوم است.

ب) اجماع: فقهای امامیه بر بطلان اسقاط مالم یجب اجماع دارند. علیرغم شهرت و رواجی که بطلان اسقاط مالم یجب در فقه امامیه دارد، تنها معدودی از فقها برای بطلان چنین اسقاطی به اجماع اشاره کرده و در عین حال تصریح نموده‌اند که اجماع تنها بر بطلان اسقاط حقی منعقد شده که اسقاط، قبل از تحقق سبب آن حق باشد. بنابراین، حتی اگر وقوعاً اجماع را مسلم فرض کنیم، تنها اسقاط حقی قبل از تحقق سبب ایجاد آن در شمول این اجماع قرار می‌گیرد و اسقاط حقی که سبب آن ایجاد شده، ولی هنوز خود حق به وجود نیامده، در دایره چنین اجماعی قرار نمی‌گیرد، هرچند که عده‌ای به بطلان این نوع اسقاط هم فتوی داده‌اند. در فتاوی فقهای امامیه به مواردی برمی‌خوریم که آشکارا اسقاط حقی قبل از ایجاد سبب آن را نیز جایز شمرده‌اند. برای مثال، شیخ طوسی در مورد امکان اسقاط خیار قبل از عقد می‌گوید: «إذا شرطاً قبل العقد ان لا یثبت بینهما خیار بعد العقد صح الشرط ولزم العقد بنفس الایجاب و القبول... دلیلنا انه لا مانع من هذا الشرط و الاصل جواز و عموم الخبر فی الشرط یتناول هذا الموضوع»، یعنی وقتی که طرفین قبل از عقد شرط نمایند که بعد از عقد میان آنها خیار به وجود نیاید، چنین شرطی صحیح بوده و عقد با ایجاب و قبول لازم می‌گردد، دلیل جواز چنین شرطی فقدان مانع در این مورد و اصل جواز شروط است و عموم اخبار جواز شرط این مورد را هم دربر می‌گیرد. به نظر پاره‌ای از فقها، شاید منظور شیخ از عبارت «قبل العقد» قبل از اتمام عقد و ضمن آن باشد؛ اما در ردّ چنین احتمالی باید گفت: اولاً، این ادعا برخلاف ظاهر عبارت شیخ است و ثانیاً، اگر منظور ایشان در ضمن عقد بود، باید از اصطلاح «حال العقد» استفاده می‌کرد. به عنوان نقد سوم می‌توان گفت اجماع یاد شده، اجماع محصلی نیست که حجیت آن مورد تردید نباشد، بلکه اجماع منقولی است که تنها از سوی معدودی از فقها و البته، گاهی با تردید، بیان شده است. حتی به نظر می‌رسد که در این مورد، وجود اجماع با وقوع شهرتی که این مسئله دارد، اختلاط پیدا کرده و اشتها بطلان چنین اسقاطی، مستند گزارش کنندگان اجماع باشد و «ربّ شهره لا اصل لها» با توجه به این دلایل، ادعای اجماع بر بطلان اسقاط حقی که هنوز سبب آن ایجاد نشده، ذهن را قاطع نکرده و تردیدها را از فکر نمی‌زداید.

بحث و نتیجه گیری

حق حبس یا امتناع اگرچه در مینا و ماهیت، معوض یا شبه معوض یا در حکم معوض عقد نکاح دانسته شده است، اما از حیث متقابل بودن حق برای طرفین عقد نسبت به سایر عقود امری استثنائی و امتیازی است که فقط مختص زوجه در نظر گرفته شده است. اگرچه در فقه امامیه حق حبس منحصر به تمکین خاص یا خودداری از رابطه جنسی است، اما در حقوق ایران اکثر حقوق دانان و قضات به تبعیت از رای دیوان عالی کشور آن را به تمکین عام از جمله سکونت مشترک نیز گسترش داده‌اند. نظر مشهور بر این است که اگر زن یک بار به تمکین شوهر قیام کند، دیگر نمی‌تواند برای دریافت مهریه از حق حبس استفاده کند و در صورت عدم تمکین ناشزه محسوب می‌شود، هرچند برخی فقها از جمله شیخ طوسی و شیخ مفید این احتمال را داده‌اند که پس از یک بار تمکین نیز تا پیش از دریافت مهریه حق حبس وجود دارد. همچنین، عدم توانایی شوهر در پرداخت مهریه یا اعسار و فقر او تأثیری بر حق حبس نمی‌گذارد، هرچند طبق نظر برخی فقهای شیعه همچون، ابن ادریس حلی در صورت اعسار شوهر حق حبس زن هم از بین می‌رود و با استناد به دلایلی همچون قاعده اقدام می‌توان قائل به آن بود که اگر زن پیش از ازدواج عالم به عدم توانایی شوهر در پرداخت مهریه باشد، حق حبس او نیز از میان می‌رود.

در خصوص بحث اسقاط ارادی حق حبس از سوی زوجه باید گفت وی با تمکین از شوهر خود بطور فعلی، حق مذکور را از خود ساقط می‌نماید. از سوی دیگر، از آن جایی که هر ذی‌حقی می‌تواند در مواردی که حق جنبه آمره و تکلیفی نداشته باشد، در آن هر تصرفی از جمله اسقاط نماید، بنابراین زوجه می‌تواند پس از نکاح و بعد از وجوب مهریه، حق مذکور را از خود ساقط نماید. اگرچه از مجموع آنچه در خصوص دلایل قائلین به صحت اسقاط مالم یجب گفته شد که هر عمل حقوقی، عقد، شرط یا ایقاع که متضمن اسقاط حقوق آینده می‌باشد، صحیح است، مگر اینکه مخالف قوانین امری، نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد، اما به نظر می‌رسد که ضرورت ایجاب کند عقد نکاح را از سایر عقود و قراردادهای مجزا بدانیم، زیرا که هدف و ذات عقد نکاح با سایر عقود متفاوت است و چه بسا، دختران جوانی که به دور از تجربه و صرفاً از روی احساسات و ذوق تشکیل زندگی مشترک، در پیش از عقد نکاح اقدام به تصمیماتی بگیرند که با ورود به زندگی و گذر از اشتیاقات ابتدای ازدواج، به اشتباه بودن آن‌ها پی برده و دیگر راه برگشتی از این تصمیمات عجولانه خود نداشته باشند. بنابراین، بهتر است که عقد نکاح را از حیث طبیعت خاص خود، از سایر عقود منصرف دانسته و اسقاط مالم یجب را در مورد آن صحیح بدانیم. از این روی، اسقاط حق حبس قبل از عقد نکاح از این حیث که هنوز حقی برای زوجه به وجود نیامده که قدرت بر اسقاط آن را داشته باشد، صحیح نبوده و از نظر حقوقی نیز چنین عملی بلا اثر می‌باشد. در مواردی نیز که مهریه به دلیل عدم تمکن زوج تقسیط می‌شود اگرچه نظر غالب حقوق دانان و نیز



رای وحدت رویه دیوان عالی کشور قائل به بقای حق حبس زوجه تا پایان اقساط مهر می‌باشد، اما پذیرش چنین امری خصوصاً در مواردی که زوجه با علم به عدم استطاعت زوج در پرداخت مهریه با او عقد نکاح را منعقد می‌کند، به جهت تزییع حقوق زوج، امری به دور از عدالت، انصاف و اخلاق می‌باشد و از بُعد اجتماعی نیز زمینه آسیب‌های متعددی را برای هر دو نفر فراهم خواهد کرد. با توجه به اینکه هدف اصلی از نکاح، پیوستن دو روح برای رسیدن به مودت و آرامش و تشکیل خانواده می‌باشد، نه کسب درآمد و تجارت، لذا نباید در تامین حق حبس زوجه از هدف اصلی زوجین از ازدواج با یکدیگر و نیز حقوق زوج غافل ماند.

تشکر و قدردانی

پژوهشگران از عزیزانی که در فرآیند ویراستاری ادبی و صفحه‌آرایی این مقاله همکاری و راهنمایی داشتند، کمال تشکر و امتنان را دارند.

منابع

- امامی، سید حسن (۱۳۷۴). **حقوق مدنی**. جلد ۳، تهران: انتشارات اسلامی.
- امامی، سید حسن (۱۳۸۶). **حقوق مدنی**. جلد ۴، تهران: انتشارات اسلامی.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵). **النکاح**. جلد ۱. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- حسینی شیرازی، سید محمد (۱۴۰۹). **الفقه**. بیروت: نشر دارالعلوم.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۰). **ارشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان**. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳). **قواعد الاحکام**. جلد ۲. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۲۱). **تحریر الاحکام**. جلد ۳. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- خوانساری، احمد (۱۳۵۵). **جامع المدارک فی الشرح مختصر النافع**. جلد ۳ و ۴. تهران: مکتبه الصدوق.
- خوبی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰). **منهاج الصالحین**. جلد ۲. قم: نشر مدینه العلم.
- سبزواری (محقق)، محمدباقر (۱۴۲۳). **کفایة الأحکام**. اصفهان: انتشارات مهدوی.
- صالحی مازندرانی، اسماعیل (۱۳۷۶). **مفتاح البصيرة فی فقه الشريعة**. جلد ۴. قم: مکتب آیه الله العظمی اسماعیل الصالحی المازندرانی.
- صفایی، سید حسین، امامی، اسدالله (۱۳۹۳). **مختصر حقوق خانواده**. تهران: نشر میزان.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۷۸). **المبسوط فی فقه الامامیه**. تهران: مکتبه المرتضویه.
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۰). **الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة**. قم: کتابفروشی داوری.
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳). **مسالك الافهام**. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۱). **تفصیل الشریعه (کتاب النکاح)**. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۲). **الاحکام الواضحه**. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۵). **حقوق خانواده: نکاح و طلاق**. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸). **حقوق مدنی خانواده (نکاح و طلاق روابط زن وشوهر)**. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹). **قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی**. تهران: نشر میزان.
- کاسانی، ابوبکر بن مسعود (۱۴۰۹). **بدائع الصنائع**. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- مامقانی، شیخ محمد حسن (۱۳۸۱). **غایه الآمال**. جلد ۸. قم: ثامن الحجج.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۶۸). **بررسی فقهی حقوق خانواده**. قم: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۲). **بررسی فقهی حقوق خانواده: نکاح و انحلال آن**. تهران: نشر علوم اسلامی.
- محقق کرکی، علی (۱۴۰۸). **جامع المقاصد**. جلد ۱۳. قم: آل البيت (ع).



-میرشمسی، فاطمه (۱۳۸۰). **مبانی حقوق و تکالیف زن در ازدواج از دیدگاه فقه امامیه**. تهران: انتشارات اسلامیه.

-موسوی خمینی، سید روح الله (۱۴۲۲). **العروه الوثقی**. تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
-نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴). **جواهر الکلام فی شرائع الاسلام**. جلد ۳۱. بیروت: دار احیاء التراث العربی.

-یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۸). **حاشیه المکاسب**. جلد ۱. قم: مؤسسه اسماعیلیان.