

فقه و مبانی حقوق اسلامی

Jurisprudence and the Essentials of Islamic Law
Vol. 55, No. 1, Spring & Summer 2022

سال پنجاه و پنجم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۴۰۱
صص ۲۹-۷ (مقاله پژوهشی)

DOI: 10.22059/jjfil.2022.332815.669253

واکاوی تراحم حق حبس و حق استمتاع بین زوجین و راهکارهای حل آن

عباس احمدی^۱، علی نصرتی^۲، سیدابوالقاسم حسینی زیدی^۳

(تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۱/۲/۴ - تاریخ پذیرش مقاله: ۱۴۰۱/۶/۱۱)

چکیده

مهریه از اموری است که در عقد توافق می‌شود و به مجرد انشاء عقد، زن، مالکیت بر آن پیدا می‌کند و حق مطالبه آن را از زوج دارد؛ شارع و به تبع آن قانون‌گذار عرفی برای ضمانت اجرایی وصول مهریه، برای زن با شرایطی، حق حبس جعل کرده، که زن با امتناع از تمکین، مهریه خود را وصول کند. از طرف دیگر با انعقاد عقد، مرد حق استمتاع داشته و می‌تواند از زن، لذت جنسی ببرد. در صورت اعمال هم‌زمان این دو حق، تراحم بین آن دو ایجاد می‌شود چرا که در صورت اعمال حق حبس، مرد دیگر توان استمتاع جنسی را نداشته و حق او محدود می‌شود. در این نوشتار، با روش توصیفی - تحلیلی به بیان راه حل این تراحم پرداخته و فروضی را که حق استمتاع زوج مقدم است، چهار مورد: تقدم شرط؛ تقدم حکم حاکم راجع به تقسیط مهر بر حق حبس؛ مؤجل بودن مهریه؛ فرض عندالاستطاعه قرار گرفتن تأدیه مهر، بوده و فروضی که در آن حق حبس زوج مقدم است در سه مورد: فرض وجود مهریه عندالاستطاعه و متعارف؛ تفویض مهر؛ تفویض بضع و عدم توافق بر مهریه، مورد بررسی قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: تراحم، زوجین، حق حبس، حق استمتاع.

۱. کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران؛

Email: abbasahmadi8691@gmail.com

۲. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران (نویسنده مسئول)؛

Email: nosrati@razavi.ac.ir

۳. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران؛

Email: hoseini.zeydi@razavi.ac.ir

۱. طرح مسئله

انسان موجودی اجتماعی است که برای رفع نیازهای عاطفی و جنسی خود، اقدام به تشکیل خانواده می‌کند، اگرچه عقد نکاح اساساً یک قرارداد غیرمالی بوده ولی جنبه مالی نیز در آن در نظر گرفته شده است، از جمله آثار مالی، مهریه است که زن به مجرد خوانده شدن عقد، مالک مهریه شده و می‌تواند در آن تصرف کند. از آنجا که امکان دارد در صورت مطالبه مهریه، مرد از پرداخت آن امتناع کرده یا قدرت مالی برای پرداخت آن را نداشته باشد، شارع مقدس برای زن، حق حبس جعل کرده که ضمانت اجرایی برای وصول مهریه باشد، که زن بتواند با امتناع از تمکین، مهریه خود را دریافت کند.

از طرف دیگر با وقوع عقد، مرد حق بهرمندی جنسی از زن را پیدا کرده و می‌تواند از زن لذت برد و در صورت اعمال حق حبس توسط زن، حق استمتاع مرد محدود شده و این دو حق با هم تراحم می‌کند و هر یک خواستار اعمال و اولویت حق خود هستند. در اینجا جمع بین این دو، موجب تراحم دو حق شده به این صورت که اگر زن از حق حبس خود استفاده کند موجب می‌شود مرد به حق خود نرسد؛ چون در حق حبس زن از تمکین خودداری کرده و به تمایلات جنسی مرد پاسخ نمی‌دهد و اشاره کردیم که استمتاع حق مرد بوده و به محض عقد نکاح برای مرد به وجود می‌آید. در اینجا اعمال حق توسط زن موجب می‌شود مرد از حق خود بازمانده و عملاً نتواند از حق خود استفاده کند. در این تحقیق بر آن شدیم این تراحم را بر طرف کرده و مشخص کنیم در چه مواردی حق مرد مقدم است و در چه صورت حق زن.

پیشینه تحقیق

به عنوان نکته آغازین در مورد پیشینه تحقیق باید عرض شود: خانم انسیه جهان دیده در پایان‌نامه‌ای به نام «تراحم حقوق زوجین» این بحث را بررسی کرده است. همچنین اشاره مختصر توسط مریم یارمحمدی در پایان‌نامه‌ای با عنوان «بررسی حدود تمکین زوجه در فقه و حقوق و مسایل مستحدثه» شده است؛ در رابطه با «حق حبس» مقالات مختلفی همچون «حق حبس»، «حق حبس زوجه برای استیفای مهر»، «بررسی فقهی، حقوقی چگونگی حق حبس در نکاح» و... و در رابطه با «حق استمتاع» مقالاتی چون «حقوق جنسی زن و شوهر در اسلام»، «رای وحدت رویه شماره ۷۰۸ هیئت عمومی دیوان عالی کشور تقسیط مهریه، مسقط حق حبس زوجه نیست» و موارد مشابه،

اشاراتی به این موضوع داشته‌اند؛ اما کتاب یا مقاله‌ای با این عنوان وجود ندارد و در هیچ پژوهشی به مبحث تراحم و راه کارهای حل آن پرداخته نشده است؛ و لذا با توجه به اینکه بحث نکاح مورد ابتلا بوده و جامعه درگیر این مسئله است، بحث از این امر ضروری است.

۱. مفاهیم و کلیات

در این بخش به مفاهیم و کلیات می‌پردازیم و مفهوم حق حبس، حق استمتاع، اقسام تمکین و قلمرو حق حبس در تمکین را بررسی می‌نماییم.

۱-۱. مفهوم حق حبس

دکتر جعفری لنگرودی ذیل واژه حق، معانی ذیل را به کار برده است:

الف) اموری که در قانون پیش‌بینی شده اگر افراد مجاز باشند که به قصد خود برخی از آنها را تغییر دهند، این امور قابل تغییر را «حق» گویند. حق به این معنی در مقابل حکم قرار می‌گیرد.

ب) نوعی از مال است و در این صورت در مقابل دین، عین، منفعت و انتفاع به کار می‌رود.
ج) قدرتی که از طرف قانون به شخص داده شده حق نامیده می‌شود؛ در فقه در همین معنی کلمه سلطه را به کار می‌برند. حق در این معنی دارای ضمانت اجراست و آن را «حق تحقیقی» و «حقوق موضوعه» و «حقوق مثبت» نیز گفته‌اند. (جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ۲۱۶)

حبس در اصطلاح فقهی در دو بخش معاملات و جزائیات استفاده شده است، حبس در بخش نخست، نوعی عقد شبیه وقف بوده و به معنای اباحه مجانی منافع برای جهتی یا شخص معین یا عنوانی از عناوین به کار رفته است؛ به عبارت دیگر فردی عینی معین از ملک خود را برای جهتی از جهات معین یا عنوانی از عناوین یا برای شخصی معین حبس کند، اینگونه که منافع آن برای همیشه یا مدت معینی در آن جهت یا برای آن عنوان یا شخص صرف شود، ولی مالکیت خود را انتقال نمی‌دهد. در جزائیات نیز به یکی از روش‌های مجازات به معنای زندانی کردن آمده است. (نک: جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، ۲۰۲۳ و ۲۰۲۴) حق حبس در اصطلاح فقهی عبارت از اینکه زن حق دارد قبل از نزدیکی کردن با مرد، از تمکین خودداری کرده و خود را در اختیار شوهر قرار ندهد تا آن‌که مهریه خود را بگیرد، مشروط بر اینکه مهریه حال و بدون مدت باشد. (مسجدسرای، ۲۵۱؛ مختاری، ۶۵)

حق حبس در اصطلاح حقوقی نیز به معنای حبس مال تا گرفتن عوض به کار رفته است؛ محقق داماد حق حبس را این گونه معنا می‌کند: در معاوضات، هر یک از طرفین، حق دارند مادام که طرف مقابل عوض را تسلیم ننموده از تسلیم خودداری نمایند. (محقق داماد، بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ۲۴۵) همچنین اشاره شده در صورتی که یکی از طرفین معامله تعهد خود را انجام ندهد، طرف دیگر می‌تواند از انجام تعهد خود امتناع نماید؛ حق مزبور را حق حبس نامند. (امامی، ۲۲۵) و نیز آمده است زن تا زمانی که مهر خود را دریافت نکرده است، می‌تواند از تمکین و وظایف همسری امتناع نماید، و این حق را در فقه به نام «حق حبس» می‌نامند و با استفاده زن از این حق و امتناع از تمکین، ناشزه نشده و حق نفقه او ساقط نمی‌شود؛ زیرا این عدم تمکین از طرف شرع مقدّس مجاز است. (طاهری، ۱۷۴/۳)

۲-۱. مفهوم حق استمتاع

استمتاع از ماده «م ت ع» به معنای منفعت و لذت بردن از چیزی است؛ استمتاع باب استفعال به معنی طلب منفعت و لذت است؛ همچنین در معنای انتفاع نیز به کار برده شده است و لذا حق استمتاع به معنای بهرمندی از منفعت و لذت جنسی است. (جوهری، ۱۲۸۲/۳؛ ابن منظور، ۳۲۹/۸)

استمتاع همانند معنای لغوی خود که به معنای طلب لذت و انتفاع است، در فقه غالباً در مورد لذت بردن از زن از طریق آمیزش جنسی یا لمس یا نگاه کرده و غیره استعمال می‌شود. (مؤسسه دائره المعارف الفقه الاسلامی، ۲۱۲/۱۲) از این عنوان در باب نکاح و به مناسبت در باب‌های طهارت، صوم، اعتکاف، حج، تجارت و حدود نیز سخن رفته است. (جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، ۴۵۵/۱)

۳-۱. اقسام تمکین

گرچه تقسیم تمکین نوعاً به تمکین عام و خاص صورت گرفته است اما با توجه به احکام و آثار متفاوت، برخی از حقوقدانان معاصر آن را به نحو ثلاثی به تمکین، خاص و اخص تقسیم کرده‌اند. (حبیبی تبار، تقریرات درس خارج نکاح آیت‌الله حبیبی تبار، ۱۴۹)

۱. تمکین اخص به معنای نزدیکی زن و شوهر از طریق قُبُل یا دُبُر است. (نجفی، ۲۱۱/۳۲) البته در اینکه آیا دخول شامل نزدیکی در دُبُر می‌شود یا نه؟ اختلاف وجود

دارد (نک: بحرانی، ۳۹۴/۲۵-۳۹۳؛ حائری، ۲۸۴/۱۲؛ خمینی، ۳۳۵/۲) و برخی به طور مطلق به داخل کردن حشفه اشاره کرده و نامی از قُبُل یا دُبُر به میان نیاورده‌اند. (محقق حلی، ۲۲/۳؛ شهید ثانی، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، ۲۱۴/۹؛ خویی، ۲/۲۹۷) حقوقدانان نزدیکی را اعم از نزدیکی در قُبُل یا دُبُر می‌دانند. (نک: طاهری، ۱۷۰/۳) دکتر امامی در این باره می‌نویسد: «نزدیکی که ماده «۱۰۹۲» ق.م متذکر می‌باشد عبارت از رابطه جنسی است که بین زن و شوهر به وجود می‌آید. رابطه مزبور خواه از مجرای جلو یا عقب زن باشد موجب استقرار تمامی مهر می‌گردد، ولی شرط نزدیکی مزبور آن است که از آلت مرد بقدر حشفه داخل در آلت زن گردد، اگرچه انزال نشود. داخل کردن کمتر از آن مقدار یا تفخیز، و انواع دیگر از تمتعات جنسی، نزدیکی محسوب نمی‌گردد و موجب تثبیت نصف دیگر مهر نمی‌شود.» (امامی، ۴/۴۱۱)

۲. تمکین خاص: با عقد ازدواج، روابط جنسی بر زوجین حلال می‌شود؛ التذاذ جنسی منحصر در نزدیکی در قبل یا دبر نیست و گاه با بوسه‌ای این لذت برای شخص حاصل می‌شود و گاه دیگر، با در آغوش کشیدن همسرش، لذا نمی‌توان لذت جنسی را محدود به نزدیکی کرد بلکه تمکین با سایر استمتاعات نیز حاصل می‌شود، از قبیل: تقبیل، تفخیز، مضاجعه و... .

۳. تمکین عام، اطاعت زن از مرد است در امور زندگی زناشویی مثل قبول سکونت در خانه‌ای که شوهر انتخاب کرده و عدم خروج زن از خانه بدون اجازه شوهر و نیز حسن معاشرت زن با شوهر خود. (شریف، ۵۹) برخی از نویسندگان می‌گویند: «تمکین عام به معنای اطاعت زن از شوهر در حدود قانون و عرف نیز آمده است و مصادیق آن را تابع قانون عرف و عادت و رسوم اخلاقی اجتماعی که عمدتاً تا از شرع مقدس متأثر شده است دانسته‌اند اموری همچون سپاس از زحمات مرد با محبت با او سخن گفتن صبر بر مستمندی و فقر او پذیرایی عاشقانه از وی، استقبال از او به وقت آمدن بدرقه او به وقت رفتن آرایش و زینت و خوب پوشیدن برای او اداره امور زندگی به نحوه شایسته و مناسب قناعت در مخارج تحمیل نمودن بیش از حد قدرت بر شوهر و امثال آن که در سخنان رسول خدا و امامان معصوم به عنوان وظیفه زن در مقابل شوهر معین شده است، جهاد زن نیکو شوهرداری او است و مواردی از آن ممکن است از مصادیق تمکین عام باشد.» (حسنی، ۱۶؛ و نیز نک: کاتوزیان، مبانی حقوق عمومی، ۲۲۸؛ ره‌پیک، ۷۷)

۴-۱. قلمرو حق حبس در تمکین

با توجه به اینکه اقسام مختلف تمکین را بیان کردیم، حال باید بررسی کنیم حق امتناع زوجه از تمکین شامل چه نوع تمکینی است و اساساً چه نوع تمکینی مسقط حق حبس می‌شود. تفکیک بین دو حوزه محدوده شمول حق حبس و مسقطات حق حبس ضروری است چراکه مشهور قائل‌اند، دخول موجب سقوط حق حبس می‌شود (نک: نجفی، ۴۱/۳۱) و در عین حال برخی از آنها شمول حق حبس را منحصر در دخول (انصاری، کتاب النکاح، ۲۶۵) و برخی سایر استمتاعات را نیز جزء محدوده حق حبس می‌دانند (نک: معاونت آموزش قوه قضائیه، ۳۵/۳) و برخی دیگر محدوده حق حبس را عام دانسته و آن را به خودداری از تمکین عام معنا می‌کنند (خمینی، ۲۹۹/۲) البته برخی در مقابل مشهور، دخول را موجب سقوط حق حبس نمی‌دانند و آن را حتی بعد از دخول نیز جاری می‌دانند. (محقق حلی، ۲۶۹/۲)

۱. قلمرو حق حبس در تمکین اخص: در اینکه زن تا اخذ تمام مهریه حق خودداری از تمکین اخص را دارد مورد وفاق همه علما است و اختلاف در شمول این حق در محدوده تمکین خاص و عام است؛ برخی حق امتناع را منحصر در تمکین اخص می‌دانند و برخی دیگر آن را در تمکین خاص و عام نیز جریان می‌دهند؛ (نک: شهید ثانی، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، ۴۶۵/۵؛ انصاری، کتاب النکاح، ۲۶۵؛ معاونت آموزش قوه قضائیه، ۳۵/۳) بحث دیگر در این زمینه این است که آیا تمکین اخص موجب سقوط حق حبس زوجه می‌شود یا نه؟ برخی در مقابل مشهور تمکین اخص را موجب سقوط حق حبس نمی‌دانند و این حق را حتی بعد از دخول نیز جاری می‌دانند. (نک: علامه حلی، قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، ۵۹۱/۲؛ خوانساری، ۴۲۴/۴)

۲. قلمرو حق حبس در تمکین خاص: حال که مشخص شد زن می‌تواند از تمکین اخص خودداری کند، بررسی می‌کنیم که آیا زن می‌تواند از سایر استمتاعات خودداری کرده تا مهریه خود را اخذ کند؟ و سوال دیگری که مطرح می‌شود این است که آیا تمکین خاص موجب سقوط حق حبس می‌شود یا نه؟ بنا بر نظر فقهای که حق حبس را مطلقاً برای زن قائل هستند، حق حبس زوجه در این صورت نیز جاری است؛ (نک: معاونت آموزش قوه قضائیه، ۳۵/۳)

در نظریه مشورتی ۷/۵۴۵۵ مورخ ۸۱/۵/۳۰ درباره قید «ایفای وظایفی که در مقابل

شوهر دارد» که در مواد ۱۰۸۵ و ۱۰۸۶ قانون مدنی آمد، تمکین خاص را موجب سقوط حق حبس نمی‌داند و آمده است: منظور از عبارت «ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد» مذکور در مواد ۱۰۸۵ و ۱۰۸۶ قانون مدنی، تمکین خاص به معنی مطلق دخول است و لذا اذن زوجه به زوج برای برخورداری از سایر استمتاعات بدون دخول حق حبس زوجه را ساقط نمی‌کند. (عرفانی، ۱۷۲)

۳. قلمرو حق حبس در تمکین عام: برخی محدوده تمکین را تا تمکین عام سرایت داده و قائل به حق حبس زن در تمکین عام شده‌اند. شیخ مفید قائل به جواز امتناع از تمکین عام بوده در بیان حق حبس برای زوجه، از لفظ نفس استفاده می‌کند و می‌گوید «فلها أن تمنع نفسها منه حتی تقبض مهرها» (۴۶، ص ۳۷) با توجه به اینکه لفظ «نفس» را آورده‌اند مشخص می‌شود حق حبس منحصر در دخول نبوده چراکه به صراحت بیان می‌کند زن نفس خود را از مرد حبس کند که این به معنای جواز خودداری از تمکین عام است. شیخ طوسی نیز در این راستا از لفظ نفس استفاده کرده است. (شیخ طوسی، الخلاف، ۳۹۳/۴ و نیز نک: شریف مرتضی، ۲۸۷؛ خمینی، ۲۹۹/۲)

۲. تراحم حق حبس و حق استمتاع بین زوجین و راه‌کارهای حل آن

با توجه به تراحمی که بین حق حبس و حق استمتاع زوج ایجاد می‌شود، راه جمع بین این دو حق از موارد الزامی است، برای حل این تراحم، لازم است حق یکی از زوجین بر دیگری مقدم شود و لذا در بخشی از موارد، حق مرد مقدم بر حق زن شده و زن نمی‌تواند مبادرت به اعمال حق حبس کند و بالعکس.

۲-۱. فروض تقدم حق استمتاع زوج

۲-۱-۱. تقدم شرط

عقد نکاح گاهی به صورت مطلق و بدون شرط منعقد می‌شود و گاه همراه با شرط؛ در برخی موارد زوجین عدم حق حبس را در عقد نکاح شرط می‌کنند، حال سوال این است که آیا این شرط موجب سقوط حق حبس زوجه می‌شود یا نه؟ جواب به این سوال با توجه به نحوه شرط متفاوت خواهد بود:

۱. شرط صریح: شرط صریح یک نوع تعهد تبعی است که در متن عقد به صورت صریح ذکر می‌شود (سیمایی، ۳۴) به عبارت دیگر شرط صریح شرطی است که بین ایجاب و قبول عقد ذکر شود به این صورت که شخصی هنگام فروش مال خود در ضمن

عقد شرط کند مثلاً خانه خود را به تو می‌فروشم به شرط اینکه یک سال به من اجاره دهی و خریدار می‌گوید قبول کردم این نوع شرط که به صراحت در ضمن عقد ذکر می‌شود را شرط مصرح گویند. (شهیدی، ۴۰)

فقها شرط صریح را نافذ دانسته و لذا قائل‌اند حق حبس زوجه ساقط شده و حق استمتاع مرد مقدم است. (علامه حلی، مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة، ۵۳/۳؛ محقق کرکی، ۳۱/۱۳) البته بعضی از اساتید معاصر خارج فقه، در اینجا تفصیلی قائل شده‌اند به این بیان که اگر مرد با زن شرط کند که اصلاً حق استفاده از حبس بضع را نداشته باشد، این شرط که به نحو شرط نتیجه است، باطل است؛ زیرا داشتن حق حبس برای زوجه حکم شرعی است و با شرط ساقط نمی‌شود، اما اگر این شرط به نحو شرط فعل منفی باشد، به این صورت که شوهر شرط کند که زن از حق حبس بضع خود استفاده نکند، این شرط صحیح است. (حبیبی تبار، جواد، تقریرات درس خارج نکاح آیت الله حبیبی تبار، ۳۷۳)

۲. شرط مقاوله‌ای یا بنایی: در تعریف شرط مقاوله‌ای یا بنایی گفته شده، شرطی است که به هنگام ایجاب و قبول هر چند به اشاره، نامی از آن برده نمی‌شود، لیکن پیش از عقد طرفین نسبت به آن توافق کرده و سپس عقد را با بنای ذهنی نسبت به آن انشاء می‌کنند. (شهیدی، ۴۰؛ و نیز نک: نائینی، ۱۲۴/۲)

به نظر مشهور شرط مقاوله‌ای لازم الوفا نیست (شیخ طوسی، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، ۴۹۳؛ محقق حلی، ۲۵۰/۲؛ علامه حلی، مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة، ۵۳/۳) بر خلاف مشهور برخی از فقیهان بزرگ، شرط بنایی را مشروع و الزام‌آور می‌دانند با این قید که در ضمن عقد متعاملین به شرط سابق التفات داشته باشند. (ابن براج، ۵۴/۱؛ علامه حلی، مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة، ۶۳/۵؛ نجفی، ۱۹۸/۲۳؛ خمینی، ۲۹۶/۲؛ ایروانی، ۷۰/۲؛ و نیز نک: سیمایی صراف، ۵۴)

یکی از نویسندگان معاصر، شرط بنایی را لازم الوفا می‌داند و می‌نویسد: به نظر می‌رسد «شرط بنایی قبل از عقد» بالضرورة صحیح و لازم الوفا است. در تایید این نظر علاوه بر توجیهی که در ذیل نظریه صحت آمد، توجیه علمی و کاربردی برگرفته از واقعیت‌های موجود در عرصه تجارت و بازرگانی نیز وجود دارد. در عرف معاملات بزرگ و مهم مشاهده می‌شود هر قراردادی قبل از انعقاد آن دارای جلسات متعدد است که در آن تعهداتی بین طرفین رد و بدل می‌شود ولی به خاطر زیادی مطالب آن را در ضمن عقد نمی‌آورند و لذا نمی‌توان از کنار این نوع شروط بی‌اعتنا گذر کرد، مشروط بر اینکه

متعاملین هنگام عقد به آن توجه داشته و عقد را بر آن مبتنی سازند. (محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۲۰۳)

در نتیجه باید گفت: بنابر نظر فقهای که قائل به عدم نفوذ شرط مقاوله‌ای هستند، در صورت شرط سقوط حق حبس به صورت مقاوله‌ای قبل از عقد، حق حبس ساقط نشده و به قوت خود باقی است؛ و طبق نظر کسانی که آن را نافذ می‌دانند، در صورت مقاوله قبل از عقد و توافق بر سقوط حق حبس، این حق ساقط شده و حق استمتاع مرد مقدم می‌شود؛ که این قول به نظر می‌رسد به صواب نزدیکتر است.

۳. شرط ارتکازی: شرط ارتکازی شرطی است که در اذهان طرفین رسوخ کرده و منشاء پیدایش آن برای طرفین مشخص نباشد، هر چند طرفین قرارداد نسبت به آن التفات نداشته باشند، اما به گونه‌ای لازمه عقد است و دارای اعتبار هستند به طوری که حتی بدون تصریح، قرارداد دربردارنده آن است. (نک: اسماعیلی، ۱۶۳) بنا بر نظر محقق نائینی در صورتی که عقد به صورت مطلق ذکر شود، وجود حق حبس در آن متصور است چراکه وجود چنین حقی از امور ارتکازی است که حتی در صورتی که در ضمن عقد ذکر نشود وجود آن نزد عرف نیز ثابت است. (نائینی، ۱۶۳/۱)

بعضی از حقوقدانان معاصر، شرط ارتکازی را از اقسام شروط ضمن عقد دانسته و می‌نویسد: «آن دسته از شروط ضمنی است که در قرارداد تصریح نشده، ولی قصد مشترک طرفین نسبت به آن محرز باشد، این دسته شروط در صورتی قابل مطالبه و الزامند که احراز گردد میان طرفین معلوم بوده است» (محقق کرکی، ۲۸۴)

با توجه به اینکه در صورت اطلاق عقد، بیع انصراف به تسلیم و تسلّم دارد، در نکاح نیز در صورت اطلاق آن و بنا بر معاوضی یا شبه معاوضی بودن عقد نکاح، شرط ارتکازی انصراف به وجود حق حبس خواهد داشت؛ بنابراین زمانی که عقد به طور مطلق ذکر شود و در آن زوجین صحبتی از حق حبس نکنند، به مقتضای شرط ارتکازی، حق حبس برای زوجه حاصل می‌شود و در نتیجه حق حبس مقدم بر حق استمتاع زوج است.

۲-۱-۲. تقدم حکم حاکم راجع به تقسیط مهر بر حق حبس

مهریه به صورت حال، مؤجل یا بخشی حال و بخش دیگر مؤجل قابل تصور است؛ در اینکه در صورت مؤجل بودن مهریه زن تا فرا رسیدن أجل حق امتناع از تمکین را ندارد بین فقها اختلافی نیست؛ عمده اختلاف در صورتی است که مهریه به صورت حال باشد که در

صورت‌های مختلف اختلاف شده در اینکه آیا حق حبس منحصر در تمکین اخص است یا تمکین خاص و عام را نیز شامل می‌شود؟ آیا بعد از دخول، حق حبس ساقط می‌شود یا نه؟ آیا اعسار زوج موجب سقوط حق حبس است یا نه؟ که مورد بحث، سوال آخر است.

برخی از فقها، قائل به سقوط حق حبس در صورت اعسار زوج شده‌اند؛ به طور مثال ابن ادریس می‌فرماید: «جایز نیست زن از اطاعت شوهرش امتناع کند، و واجب است در صورت عدم توانایی مرد بر پرداخت مهر، زن خود را تسلیم شوهر کند چه دخول شده باشد یا نشده باشد.» (ابن ادریس حلی، أجوبة مسائل و رسائل فی مختلف فنون المعرفة، ۴۸۴) ایشان در جای دیگر می‌گویند: فقط در صورتی که زوج توانایی مالی داشته باشد، زن حق حبس دارد. (ابن ادریس حلی، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ۵۹۱/۱) صاحب حدائق نیز نظر ابن ادریس را نیکو می‌داند. (بحرانی، ۴۶۹/۲۴)

آیت الله مکارم نیز تقسیط مهریه را موجب سقوط حق حبس می‌دانند و قائل به سقوط حق حبس، در صورت پرداخت اولین قسط هستند. (مکارم شیرازی، احکام بانوان، ۱۶۶) ایشان در کتاب نکاح خود، حق حبس را برای زوجه قائل نیستند و در ادامه می‌فرمایند: «سَلَمْنَا، اگر بخواهیم کوتاه هم بیاییم و احتیاط کنیم، تفصیل ابن ادریس را قائل می‌شویم که در برابر معسر، حق امتناع از تمکین ندارد؛ ولی در مقابل مؤسر حق امتناع از تمکین دارد.» (مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۵۴/۶)

با توجه به اینکه عقل یکی از ادله اربعه در استنباط احکام است، با مراجعه به عقل در می‌یابیم که از نظر عقلی، محروم بودن مرد از حق استمتاع از کل عمر خود یا به مدت سالیان متمادی، مورد پذیرش عقلا نبوده و حتی با ماهیت ازدواج که برای تشکیل خانواده و تکثیر نسل است، منافات دارد چراکه با اعمال حق حبس توسط زن، با توجه به مهریه‌های سنگین امروز، مرد در برخی موارد تا پایان عمر نیز باید به پرداخت مهریه اقدام کند! حال آیا معقول است شخص تا این مدت از استمتاع از همسرش محروم باشد؟

از طرف دیگر حق حبس، تنها ضمانت اجرایی برای وصول مهریه نیست که با سقوط آن زن نگران وصول مهریه باشد بلکه می‌توان از طریق الزام قانونی، مرد را به تأدیه مهریه ملزم کرده و حتی زن می‌تواند حبس مرد را به خاطر عدم پرداخت مهریه، از مقام قضایی طلب کند، همانطور که امروزه افراد زیادی به خاطر ناتوانی در پرداخت مهریه در زندان به سر می‌برند.

از طرف سوم در صورتی که مهریه سنگین باشد و دادگاه حکم به تقسیط آن دهد،

در این صورت اگر بگوییم زن حق حبس دارد، موجب وارد شدن ضرر بر مرد می‌شود و طبق قاعده لا ضرر حق حبس زن ساقط است.

در نتیجه با توجه به ادله بیان شده از عقل و منحصر نبودن وصول مهریه به اعمال حق حبس و قاعده لا ضرر، می‌توان گفت: حق حبس در صورت تقسیط مهریه ساقط شده و در نتیجه حق استمتاع زوج مقدم می‌شود و این حکم در صورتی که زن راضی به تقسیط باشد، واضح است.

۲-۱-۳. مؤجل بودن مهریه

یکی از شرایط وجود حق حبس «حال» بودن مهریه است. (ابن ادریس حلی، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ۵۹۱/۲؛ حکیم، ۲۹۷/۲) به عبارت دیگر در صورتی که مهریه مؤجل یا بخشی مؤجل و بخشی حال بوده و زن مقدار حال از مهریه را دریافت کرده باشد حق امتناع از تمکین را ندارد. (اصفهانی، وسیلة النجاة، ۷۴۹) و لذا نتیجه گرفته می‌شود در صورتی که مهر مؤجل باشد تا رسیدن زمان تأدیه، زن نمی‌تواند مهر را مطالبه نماید و به طریق اولی نمی‌تواند حق حبس خود را اعمال کند زیرا حق حبس برای وصول مهریه بود و زمانی که مهریه مؤجل است زن نمی‌تواند از حق حبس خود استفاده کند. (روشن، ۹۸؛ شهبازی، ۳۶)

صاحب جواهر در مقام بیان دلیل برای سقوط حق حبس در صورت مؤجل بودن مهریه اشاره می‌کند که حق استمتاع زوج مقدم بر حق حبس زوجه است چراکه حق استمتاع زوج به صورت حال و حق حبس زوجه به صورت مؤجل است؛ ایشان حتی می‌فرماید: اگر زن در این مدت تا اینکه زمان مشخص شده، فرا رسد از تمکین امتناع کند در این صورت نیز با حلول زمان، زن حق حبس پیدا نمی‌کند؛ زیرا وجوب تسلیم از طرف زوجه قبل از حلول زمان بوده و بعد از حلول زمان وجوب تسلیم را استصحاب می‌کنیم. (نجفی، ۴۳/۳۱)

میرزای قمی نیز در مقام بیان دلیل بر این مطلب می‌نویسد: دلیل آن عمومات وجوب اطاعت و عدم مانع است به این صورت که ادله وجوب اطاعت عام بوده و فرض مؤجل بودن مهریه را شامل می‌شود. (میرزای قمی، ۵۴۶/۴)

هم‌چنین شیخ طوسی در مبسوط برای نبود حق حبس در مهریه مؤجل دلیل می‌آورد که زن با رضایت خود مهریه مدت‌دار را قبول کرده و با این کار، گویا با رضایت،

خود را در اختیار شوهرش قرار داده است. (شیخ طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیة، ۳۱۳/۴؛ و نیز نک: میرزای قمی، ۵۴۶/۴)

محقق سبزواری هم برای سقوط حق حبس در صورت مؤجل بودن مهریه به اجماع تمسک کرده و می‌گوید: اصحاب قطع دارند در صورتی که مهریه مؤجل باشد، زن حق امتناع از تمکین را ندارد تا اینکه مدت مشخص شده فرابرسد. (سبزواری، ۲۱۹/۲)

بنابراین حال بودن مهریه یکی از شروط ثبوت حق حبس است و با توجه به ادله‌ای که در بالا ذکر کردیم نتیجه گرفته می‌شود در صورتی که در ضمن عقد، مهریه به صورت مؤجل و زمان‌دار ذکر شود، زوجه حق حبس ندارد چراکه حق استمتاع زوج حال بوده و لذا مقدم بر حق حبس زوجه - که مؤجل است - خواهد بود. علاوه بر این، عموماً وجوب اطاعت از شوهر، فرض مؤجل بودن مهریه را شامل می‌شود و همچنین تمکین بر زن واجب بوده و مؤجل بودن مهریه نمی‌تواند مانع از لزوم تمکین باشد، و از طرفی اجماع اصحاب بر عدم وجود حق حبس در صورت مؤجل بودن مهریه وجود دارد و زوجه، گویی با قبول أجل در ضمن عقد حق حبس خود را ساقط کرده است؛ و لذا در این صورت حق استمتاع زوج مقدم است.

۲-۱-۴. فرض عندالاستطاعه قرار گرفتن تأدیه مهر

بیان شد که حق حبس در صورتی که مهریه به صورت حال باشد برای زوجه ثابت است؛ حال اگر در ضمن عقد، پرداخت مهریه به صورت حال بیان شده ولی متوقف بر شرطی شده باشد که در زمان نکاح آن شرط وجود ندارد، آیا ذکر اینگونه شرط در حکم تعیین زمان برای مهریه است و آن را مؤجل کرده و موجب سقوط حق حبس می‌شود یا اثری نداشته و حق حبس زن به قوت خود باقی است؟ در محل بحث نیز مهریه به صورت حال در ضمن عقد بیان شده ولی قید «عندالاستطاعه» آورده شده است، این قید باعث مؤجل شدن مهریه و به تبع آن از بین رفتن حق حبس می‌شود.

برای اثبات عدم حق حبس، در فرض عندالاستطاعه بودن مهریه و تقدم حق استمتاع زوج به ادله زیر اسناد می‌کنیم:

۱. وجود قید «عندالاستطاعه» موجب می‌شود حق حبس از اساس ایجاد نشود: در صورت وجود قید عندالاستطاعه، اساساً حق حبس ایجاد نمی‌شود تا بگوییم ساقط می‌شود یا نه، زیرا موجب بطلان مهرالمسمی شده و با نبود مهرالمسمی حق حبسی

محقق نمی‌شود؛ زیرا موضوع حق حبس، مهریه بود و با نبود آن، موضوع حق حبس محقق نمی‌شود؛ از طرف دیگر مهرالمثل نیز در صورت دخول ثابت می‌شود که خود این دخول نیز از مسقطات حق حبس است. (سعیدی، ۷۸)

۲. وجود قید «عندالاستطاعه»، موجب اسقاط ضمنی حق حبس می‌شود: اگر زوج در زمان عقد، توانایی پرداخت مهریه را داشته باشد، این قید موجب سقوط حق حبس نمی‌شود؛ اما اگر زوج حین عقد، توانایی پرداخت مهر را نداشت، حق حبس ساقط می‌شود. (نک: کاتوزیان، مبانی حقوق عمومی، ۱۵۸)

۳. لزوم زمان دادن به بدهکار معسر و حرمت تحت فشار قرار دادن آن، که مهلت دادن در حکم مؤجل شدن مهریه است: با توجه به اینکه اغلب مواردی که قید عندالاستطاعه ذکر می‌شود، موارد سنگین بودن مهریه است و چون زوج علم به ناتوانی پرداخت دفعی مهریه را دارد، اقدام به درج این قید در عقد ازدواج کرده است و لذا در این فرض که مهریه سنگین بوده و مرد توان پرداخت آن را ندارد و می‌دانیم مهریه دینی بر گردن مرد است؛ در این صورت، حرام است زن مطالبه دفعی مهریه را داشته باشد، لذا باید برای تأدیه مهریه به زوج فرصت دهد و این در حکم مؤجل شدن مهریه است و باعث سقوط حق حبس می‌شود. (بخش پاسخ به سؤالات دفتر آیت الله فاضل، پاسخ ۵۱۷۰۱ به نقل از: سعیدی، ۷۸)

۲-۲. فرض تقدم حق حبس زوجه

۲-۱. فرض وجود مهریه عندالمطالبه و متعارف

نکاح عقدی است که دارای دو جنبه اصلی و عمومی و دیگری جنبه فرعی و مالی است؛ جنبه اصلی نکاح به معنای این است که توسط عقد نکاح، رابطه زوجیت بین زن و مرد حاصل می‌شود، و جنبه مالی و خصوصی که به صورت مهریه در خارج به وجود می‌آید. (امامی، ۳۷۸/۴) با توجه به اینکه مهریه مالی است که زوج برای نکاح، به زوجه تملیک می‌کند، گاهی زوجین در عقد نکاح بر مهریه به صورت عندالاستطاعه توافق می‌کنند، که در این صورت استطاعت زوج در پرداخت مهریه ملاک وجوب آن است و صرف مطالبه زوجه باعث لزوم وفای به آن نیست و مرد در صورت توان مالی مکلف به پرداخت آن است. حال محل بحث ما در جایی است که اولاً در ضمن عقد مقدار مهریه تعیین شده و ثانیاً نوع تأدیه آن را عندالمطالبه معین کنند؛ در این صورت به محض درخواست مهریه

از جانب زوجه، مهریه بر گردن زوج ثابت شده و زن برای دریافت آن می‌تواند از حق حبس خود استفاده کرده و از تمکین امتناع کند تا مهریه را به صورت کامل اخذ کند. در صورت عندالمطالبه بودن مهریه نیز دو صورت مطرح می‌شود، یا مهریه سنگین است که در گفتار سابق، ثابت کردیم در صورت سنگین بودن مهریه حق استمتاع زوج مقدم است؛ یا به صورت متعارف بوده که در اینجا ما قائل به تقدم حق حبس زوج هستیم و زن حق امتناع از تمکین را دارا است چراکه ادله‌ای که دلالت بر وجود حق حبس برای زوجه داشتند انصرف به مهریه عندالمطالبه و متعارف دارد زیرا علما گفته‌اند زن حق حبس خود را دارد تا مهریه خود را بگیرد (نجفی، ۴۱/۳۱) که قدر متیقن از مهریه همان مهریه عندالمطالبه و متعارف است و لذا در این صورت حق حبس زوج مقدم بر حق استمتاع زوج است.

۲-۲-۲. تفویض مهر

مهریه در عقد نکاح، می‌تواند به چند صورت تصور شود: اگر مهریه در ضمن عقد، قرار داده شود به آن «مهرالمسمی» گویند؛ و اگر به طور کلی در ضمن عقد ذکر نشده یا عدم مهریه شرط شده به این نوع عقد «تفویض بضع» و به زن «مفوضه البضع» گویند؛ اما اگر تعیین مهریه در اختیار زوج یا زوجه یا شخص ثالث قرار داده شود، چنین زنی را «مفوضه المهر» گویند. (نک: وفادار، ۱۱۲) به طور کلی زن در نکاح مفوضه، خواه مفوضه البضع باشد و خواه مفوضه المهر، می‌تواند امتناع از تمکین نماید تا مهر او معین شود. (امامی، ۴۲۵/۴) لذا در صدد اثبات حق حبس برای زوجه در صورت تفویض مهر هستیم.

امام خمینی قائل به جواز تفویض مهر در عقد نکاح بوده و تفویض مهر به زوجین را جایز می‌داند، (خمینی، ۲۹۹/۲) صاحب جواهر نیز می‌نویسد: جایز است مهر فی الجمله در عقد نکاح ذکر شود و تعیین مقدار آن به یکی از زوجین تفویض شود، این جواز به دلیل اصل و همچنین عموم المؤمنون عند شروطهم و اولویت تفویض مهر نسبت به تفویض بضع است. (نجفی، ۶۶/۳۱) و نیز نک: شهید ثانی، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، ۳۵۰/۵

بعد از اینکه جواز تفویض مهر در ضمن عقد مطرح شد، حال می‌گوییم: تعیین مهر بعد از عقد، به چند صورت تصور دارد: یا زوجین بعد از عقد بر مهریه توافق می‌کنند یا بعد از عقد داور مقدار مهریه را مشخص می‌کند یا داور قبل از تعیین مهریه فوت می‌کند که به طور اختصار به این موارد پرداخته و بعد حکم همه آنها را بیان می‌کنیم.

۱. توافق بر مهریه بعد از عقد: با توجه به اینکه گفتیم تعیین مقدار مهریه، می‌تواند بر عهده هر یک از زوجین یا شخص ثالث قرار داده شود، در این صورت اگر زوجین بعد از نکاح بر مهریه مشخصی توافق کرده باشند، در این صورت باید گفت: اگر حاکم در مهر، یکی از زوجین باشد، مثلاً تعیین مقدار مهر به زوج تفویض شده و زوج با مشورت با زوجه به مقدار معینی از مهر توافق کرده و در نتیجه مقدار مورد توافق را به عنوان مهریه تعیین می‌کند، در این صورت چون تعیین مهر فقط مستند به توافق طرفین نبوده بلکه به خاطر حکم داور در مهریه بوده از این جهت مقدار تعیین شده نافذ است. اما اگر حاکم در مهر، شخص ثالث باشد در این صورت توافق زوجین تأثیری در تعیین مهریه ندارد چراکه حکم داور در تعیین مهر مسموع است؛ حال یا داور نیز بر توافق طرفین صحه گذاشته و مقدار مورد توافق را به عنوان مهر اعلام می‌کند، یا آن را قبول نداشته و خود مقدار دیگری را به عنوان مهر تعیین می‌کند؛ زیرا ماهیت داور با وکیل متفاوت بوده و به طور یک جانبه قابل فسخ نیست، حتی در صورتی که داور ذی نفع نیز باشد، زوجین نمی‌توانند با اقاله، داور را از سمت خود بر کنار نمایند و این نشان دهنده این است که فقط حکم داور نافذ بوده و توافق زوجین ملاک نیست. (نک: حیدرپور، ۱۷۴)

۲. اعلام نظر حکم بعد از عقد: در مفوضه المهر، حاکم (داور) می‌تواند زوجین یا شخص ثالث، قرار داده شده باشد، و داور می‌تواند بعد از انعقاد عقد، مقدار مهریه را مشخص کند، و در صورتی که مهریه را مشخص کند همان مقدار به عنوان مهر ثابت می‌شود. البته در آزادی مقدار تعیین مهر، تفاوتی بین حکم بودن زن و غیر او وجود دارد، به این معنا که اگر حاکم تعیین مهر، زوج یا شخص ثالث باشد، در این صورت محدودیتی از نظر تعیین مهر از جانب حداقل و حداکثر ندارد و می‌توانند هر مقداری را بخواهند به عنوان مهریه تعیین کنند مشروط بر اینکه آن چیز مالیت داشته باشد (نجفی، ۶/۳۱) و زن نیز به خاطر اینکه قبول داوری کرده است موظف به رضایت بر مهر تعیین شده است؛ چراکه مهر، حق زن بوده و خود اقدام بر این کار کرده است (لطفی، ۲۴۰) ولی اگر اختیار تعیین مهر به زوجه داده شود، او از نظر حداقل، محدودیتی ندارد ولی از نظر حداکثر، قانون مدنی در ماده ۱۰۹۰ مقرر داشته که زوجه نمی‌تواند بیش از مهرالمثل تعیین نماید (وفادار، ۱۱۲) اما آنچه در فتاوی فقها دیده می‌شود حداکثر اختیار زوجه در این فرض مهر السنه، یعنی پانصد درهم است. (خمینی، ۳۰۰/۲)

در نتیجه زمانی که داور بعد از عقد مقدار مهریه را تعیین کند، حکم او نافذ بوده و مقدار مهر مطابق با حکم داور بر ذمه مرد مستقر می‌شود.

۳. عدم توافق بر مهریه با فوت حاکم تعیین مهر، در مفوضه المهر: در فرض قبل داور بعد از عقد مهریه را مشخص می‌کند، اما در این فرض، داور قبل از مشخص کردن مهریه، فوت کرده است. در این صورت تکلیف عقد و مهریه چگونه است؟ از آنجا که ماهیت داوری در تعیین مهریه با وکالت متفاوت بوده لذا احکام وکالت در آن جاری است، پس مرگ یکی از زوجین، داوری را منحل نمی‌کند و به طور یک جانبه نیز قابل فسخ نیست. (حیدرپور، ۱۷۴) در صورتی که داوری مهر به زوج یا زوجه واگذار شده باشد، اگر قبل از نزدیکی و همچنین قبل از اینکه مهریه را معین کند داور فوت کند، مهرالمتعه ثابت می‌شود، ولی اگر بعد از نزدیکی و قبل از تعیین مهر، داور فوت کند، در صورتی که زوج داور بوده مهرالمثل و اگر زن داور بوده مهرالسنه ثابت می‌شود. (یثربی قمی، ۸۳؛ و نیز نک: جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ۱۴۰)

شهید ثانی در بیان دلیل اینکه چرا مهرالمتعه برای زن تعلق می‌گیرد، می‌گوید: در صورت فوت حاکم قبل از تعیین مهر، چند صورت متصور است؛ یا مهرالمثل ثابت شود که مهرالمثل به خاطر عدم دخول منتفی است؛ یا نصف مهریه مستقر شود که این نیز به خاطر عدم تعیین مهریه در ضمن عقد منتفی است؛ یا بگوییم عقد بدون مهر باشد این نیز جایز نیست؛ زیرا عقد بدون مهریه نمی‌تواند باشد لذا باید بگوییم در این صورت مهرالمتعه ثابت است. (شهید ثانی، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، ۳۵۱/۵)

با توجه به اینکه در هر سه فرض بالا مهریه ثابت است، ما در صدد اثبات حق حبس در مفوضه المهر هستیم، لذا به ادله زیر تمسک کرده و حق حبس زن را بر حق استمتاع زوج مقدم می‌داریم.

۱. انصاف قضایی: تفویض مهر به معنای نبود مهر نیست، بلکه مهر وجود دارد و تنها تعیین آن به بعد از عقد موکول شده است و لذا در این صورت قائل شدن به سقوط حق حبس، دور از انصاف قضایی است. (امامی، ۴۲۶/۴)

۲. وجود مقتضی و عدم مانع: از آنجا که مقتضی وجود حق حبس، عقد نکاح همراه مهریه بود، و همچنین حق حبس، ضمانت اجرایی برای اخذ مهریه محسوب می‌شد، در فرض تفویض مهر نیز این مقتضی موجود است چراکه در این صورت هر چند مهریه در ضمن عقد ذکر نشده است؛ اما در واقع عقد دارای مهریه است، در این قسم مهریه فی الجمله در عقد ذکر شده و عقد دارای مهریه است منتهی تعیین آن موکول به بعد از عقد شده است (نک: نجفی، ۶۷/۳۱) لذا در صورت تفویض مهر نیز حق حبس وجود دارد و عدم تعیین مقدار مهر، در ضمن عقد مانعی از اعمال حق حبس نیست.

۳. معاوضی بودن نکاح: با توجه به اینکه نکاح عقد معاوضی است لذا احکام معاوضات نیز بر آن جاری می‌شود و حق حبس نیز یکی از احکام است؛ پس در صورت تفویض مهر با توجه به اینکه مهریه وجود دارد، معاوضه اتفاق افتاده و در نتیجه زن حق حبس دارد. (نک: نجفی، ۶۲/۳۱)

۴. وحدت ملاک: برای اثبات حق حبس در تفویض مهر، می‌توان به وحدت ملاک نسبت به عقد، در صورت تعیین مهر با صورت تفویض مهر تمسک نمود چراکه در هر دو مهریه وجود دارد (امامی، ۴۲۶/۴)

با توجه به ادله ذکر شده در صورتی که زوجین عقد نکاح را واقع سازند و تعیین مهر را بر عهده زوج یا زوجه یا شخص ثالث قرار دهند، ضمن صحت این نوع عقد، مهریه نیز وجود دارد و با تعیین داور زن مستحق مقدار معین شده می‌شود و زن بلافاصله بعد از عقد می‌تواند از داور درخواست تعیین مقدار مهریه کند لذا با وجود مهر حق حبس برای زن وجود دارد و مانعی نیز از اعمال حق حبس نیست، لذا حق حبس زوجه مقدم بر حق استمتاع زوج است.

۲-۲-۳. تفویض بضع و عدم توافق بر مهریه

در ازدواج دائم، می‌توان عقد را بدون تعیین مهریه واقع ساخت، ولی بعد از عقد، زن می‌تواند درخواست مهریه نماید و فرقی نمی‌کند عقد نکاح را بدون مهریه جاری کرده باشند و حرفی از مقدار مهریه نزده باشند یا اینکه شرط کرده باشند که زن حق مطالبه مهریه را ندارد زیرا ظاهراً حق مهریه قابل اسقاط نیست (۲۸، ۱۷۲) و اختلافی در این نیست که ذکر شدن مهریه، شرط در صحت عقد نیست چراکه مهریه، جنبه فرعی در نکاح دارد، لذا اگر عقد واقع شود و مقدار مهریه در آن مشخص نشود یا شرط کنند مهریه نباشد، در این صورت عقد صحیح است. (نجفی، ۴۹/۳۱)

حال درصدد بررسی گستره حق حبس در مفوضه البضع هستیم که آیا در این صورت نیز زن حق اعمال حق حبس را دارد؟ امام خمینی در توضیح مفوضه البضع، ذکر مهریه را در ضمن عقد شرط نمی‌داند، لذا قائل است در صورتی که مهریه در عقد ذکر نشود یا عدم مهریه شرط شود در این صورت عقد صحیح بوده و به این نوع عقد «تفویض البضع» گویند و زنی که مهریه‌اش ذکر نشده را مفوضه البضع گویند. (خمینی، ۲۹۸/۲) حکم «مفوضه البضع» در ضمن ماده ۱۰۸۷ مذکور است در مورد مفوضه البضع طرفین می‌توانند بعد از انجام عقد نکاح مهریه را با توافق یکدیگر معین کنند که در این

- صورت مهر معین شده مهرالمسمی خواهد بود. (وفادار، ۱۱۲)
- برای اثبات حق حبس در مفوضه البضع به ادله زیر استناد کرده و حق حبس را بر حق استمتاع زوج مقدم می‌داریم:
۱. انصاف قضایی: در صورتی که مهریه در ضمن عقد ذکر نشود و ما قائل به سقوط حق حبس شویم دور از انصاف قضایی است. (امامی، ۴۲۶/۴)
 ۲. سببیت عقد برای تملیک مهر: با توجه به اینکه حق حبس متفرع بر وجود مهریه بود، در مفوضه البضع نیز با انعقاد عقد مهریه وجود دارد و زن می‌تواند از مرد مطالبه مهریه کند. (نجفی، ۶۱/۳۱)
 ۳. جواز مطالبه تعیین مهریه توسط زن: اگر زوجین بعد از عقد به مقدار مهریه توافق کردند در این صورت مهریه مستقر می‌شود زیرا تعیین مقدار مهریه حق زوجین بوده و همانطور که در ابتدا حق تعیین مهر را داشته بعد از عقد نیز دارا هستند.
 ۴. معاوضی بودن نکاح: با توجه به اینکه نکاح عقد معاوضی است لذا نمی‌تواند بدون مهریه باشد و این صورت باید حتماً مهریه وجود داشته باشد و در صورت وجود مهریه حق حبس نیز موجود می‌شود. (نک: شهید ثانی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ۱۶۲/۸)
 ۵. وحدت ملاک: یکی دیگر از ادله‌ای که می‌تواند حق حبس را در صورت مفوضه البضع بودن ثابت کند، وحدت ملاک است به این معنا که، مهریه ذکر شود یا نشود ملاک حق حبس وجود دارد و فرقی بین ذکر یا عدم ذکر مهریه نیست. (امامی، ۴۲۶/۴)
- با توجه به مطالب گفته شده، نتیجه گرفته می‌شود که در صورت مفوضه البضع بودن زن، حق حبس مقدم بر حق استمتاع زوج بوده و زن حق دارد تا وصول مهریه از تمکین امتناع کند و در صورت امتناع ناشزه محسوب نمی‌شود و مستحق دریافت نفقه نیز است چراکه امتناع از تمکین مستند به قانون و شرع بوده است.

۳. نتیجه‌گیری

در این تحقیق با ترسیم نمایی کلی از بحث به جمع بین حق حبس زوجه و حق استمتاع زوج پرداختیم و به این نتیجه رسیدیم، در مواردی حق استمتاع زوج را مقدم بر حق حبس کرده و قائل شویم زن حق امتناع از تمکین را ندارد و در مواردی حق حبس را مقدم کرده و زن توان اعمال حق خود را دارد.

در مواردی که زوجین شرط کرده باشند که زن، حق امتناع از تمکین را نداشته باشد، حق استمتاع زوج مقدم است. همچنین در صورتی که مهریه تقسیط شده باشد که با پرداخت اولین قسط، حق حبس از بین می‌رود و در صورت مؤجل بودن مهریه، زن حق امتناع ندارد زیرا تا رسیدن زمان تعیین شده زن حق مطالبه مهریه را ندارد و پس از حلول اجل حق استمتاع زوج استصحاب می‌شود. در صورتی که تأدیه مهریه با قید عندالاستطاعه باشد و مرد هم توان مالی نداشته باشد، حق استمتاع زوج مقدم است. اما در صورتی که مهریه عندالمطالبه و متعارف باشد، حق حبس زن مقدم است. همچنین در صورت تفویض مهر، زن حق حبس دارد چراکه واگذار کردن تعیین مقدار مهر به داور، به معنای تأجیل مهر نیست بلکه عقد دارای مهریه است و فقط تعیین آن متوقف بر اعمال نظر داور است. در صورت تفویض بضع نیز، زن حق حبس دارد زیرا شرط فقدان مهر به معنای فقدان شرعی آن یا تأجیل مهر نیست بلکه زن حق مطالبه توافق بر مهریه با مرد را دارد، که در صورت توافق بر مهر، حق حبس نیز برقرار می‌شود و چنانچه توافق حاصل نگردد، زن می‌تواند تا مهر امثال او به زن تحویل شده از تمکین خودداری کند.

منابع

۱. قرآن کریم.
۲. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، حاشیه المکاسب (للاخوند)، اول، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۳. ابن اثیر، مبارک بن محمد، النهایة فی غریب الحدیث و الأثر، اول، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، بی تا.
۴. ابن ادیس حلی، محمد بن منصور بن احمد، أجوبة مسائل و رسائل فی مختلف فنون المعرفة، اول، قم، دلیل ما، ۱۴۲۹ق.
۵. -----، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۱۰ق.
۶. ابن براج، قاضی، جواهر الفقه، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجامعة المدرسین، ۱۴۱۱ق.
۷. ابن فارس، ابوالحسین احمد بن زکریا، معجم مقائیس اللغة، اول، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، ۱۴۰۴ق.
۸. ابن منظور، ابوالفضل جمال الدین، محمد بن مکرم، لسان العرب، سوم، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر، ۱۴۱۴ق.
۹. اسماعیلی، محسن؛ توکلی کیا، امید، «شرط ارتکازی در فقه امامیه و حقوق ایران»، پژوهشنامه حقوق اسلامی سال دوازدهم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۰ش.
۱۰. اصفهانی، سید ابو الحسن، وسیلة النجاة (مع حواشی الإمام الخمينی)، اول، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی «قدس سره»، ۱۴۲۲ق.
۱۱. اصفهانی، محمدحسین کمپانی، حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحديثة)، اول، قم، أنوار الهدی، ۱۴۱۸ق.
۱۲. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامیة، بی تا.
۱۳. انصاری، مرتضی، المکاسب، سوم، قم، مؤسسه مطبوعاتی دار الکتاب، ۱۴۱۰ق.
۱۴. -----، کتاب النکاح، اول، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
۱۵. ایروانی، علی بن عبد الحسین نجفی، حاشیه المکاسب، اول، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۱۶. بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۵ق.
۱۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۰ش.
۱۸. -----، حقوق خانواده، اول، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۶۸ش.
۱۹. جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت «علیهم السلام»، اول، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت «علیهم السلام»، ۱۴۲۶ق.
۲۰. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية، اول، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۴۱۰ق.

۲۱. حائری، سید علی بن محمد طباطبایی، *ریاض المسائل (ط - الحدیثة)*، اول، قم، مؤسسه آل البيت «علیهم السلام»، ۱۴۱۸ق.
۲۲. حبیبی تبار، جواد، *تقریرات درس خارج نکاح آیت الله حبیبی تبار*، تنظیم مؤسسه گام به گام، قم، ۱۳۹۱ش.
۲۳. -----، گام به گام با حقوق خانواده، تهران، نشر المیزان، ۱۳۹۵ش.
۲۴. حسینی، محمد، *الدلیل الفقہی تطبیقات فقہیة لمصطلحات علم الأصول*، اول، دمشق، مرکز ابن ادريس الحلی للدارسات الفقہیة، ۲۰۰۷م.
۲۵. -----، *معجم المصطلحات الأصولیة*، اول، بیروت، مؤسسه العارف للمطبوعات، ۱۴۱۵ق.
۲۶. حسنی، علیرضا، *حقوق متقابل زوجین در روابط زناشویی*، دامغان، انتشارات دانشگاه آزاد، ۱۳۸۸ش.
۲۷. حکیم، سیدمحسن طباطبایی، *منهاج الصالحین (المحشی للحکیم)*، اول، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ق.
۲۸. حیدرپور، البرز، *حقوق خانواده انعقاد ازدواج دائم - آثار و انحلال آن*، اهواز، انتشارات مهزیار، ۱۳۸۵ش.
۲۹. خمینی، سید روح الله، *تحریر الوسیلة*، اول، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، بی تا.
۳۰. خوانساری، سید احمد بن یوسف، *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ق.
۳۱. خوبی، سید ابوالقاسم موسوی، *مصباح الفقاهة*، بی جا، بی تا.
۳۲. روشن، محمد، *مباحثی از حقوق خانواده*، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۹ش.
۳۳. ره پیک، سیامک؛ جانباز سوادکوهی، علی، «اثر تمکین عام در سقوط حق حبس زوجه»، فصلنامه نقد رای، شماره ۱، زمستان ۱۳۹۱ش.
۳۴. سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، *کفاية الأحكام*، اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۲۳ق.
۳۵. سعیدی، محمدعلی؛ وهابزاده، عباسعلی، «بررسی شرط عند الاستطاعة در مهریه»، آموزه های حقوقی، شماره ۱۳، بهار ۱۳۸۹ش.
۳۶. سیمایی صراف، حسین، *شرط ضمنی*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، ۱۳۸۰ش.
۳۷. شریف، علی، *نقده و تمکین در حقوق خانواده*، بی جا، نشر بشارت، ۱۳۷۶ش.
۳۸. شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی، *الانتصار فی إفرادات الإمامیة*، اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۱۵ق.
۳۹. شهبازی، عبد الوهاب، *حق حبس در عقد نکاح*، اول، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶ش.
۴۰. شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی - کلانتر)*، اول، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ق.
۴۱. -----، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، اول، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳ق.
۴۲. شهیدی، مهدی، *شروط ضمن عقد*، تهران، انتشارات مجد، بی تا.

۴۳. شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الخلاف*، اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۰۷ق.
۴۴. -----، *المبسوط فی فقه الإمامیة*، سوم، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷ق.
۴۵. -----، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوى*، دوم، بیروت، دار الكتاب العربی، ۱۴۰۰ق.
۴۶. شیخ مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری، *أحكام النساء*، اول، قم، بی تا.
۴۷. صاحب بن عباد، اسماعیل، *المحیط فی اللغة*، اول، بیروت، عالم الكتاب، ۱۴۱۴ق.
۴۸. صنقور، محمد، *المعجم الأصولی*، دوم، قم، منشورات الطیار، ۱۴۲۸ق.
۴۹. طاهری، حبیب الله، *حقوق مدنی*، دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۱۸ق.
۵۰. طریحی، فخر الدین، *مجمع البحرین*، سوم، تهران، کتابفروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ق.
۵۱. عرفانی، توفیق، *مهریه در رویه قضایی*، تهران، انتشارات جاودانه، ۱۳۸۷ش.
۵۲. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۱۳ق.
۵۳. -----، *مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة*، دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۱۳ق.
۵۴. عمید، حسن، *فرهنگ فارسی عمید*، تهران، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۶۲ش.
۵۵. فانی اصفهانی، علی، *آراء حول مبحث الألفاظ فی علم الأصول*، اول، قم، انتشارات رضا مظاهری، ۱۴۰۱ق.
۵۶. فراهیدی، خلیل بن احمد، *کتاب العین*، دوم، قم، نشر هجرت، ۱۴۱۰ق.
۵۷. قنبرپور، بهنام؛ آیتی، سید محمد رضا، «بررسی فقهی و حقوقی شروط ناظر بر روابط جنسی (شرط عدم تمکین خاص)»، *مبانی فقهی حقوق اسلامی*، شماره ۱۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۲ش.
۵۸. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، انتشارات به نشر، ۱۳۶۸ش.
۵۹. -----، *مبانی حقوق عمومی*، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۷ش.
۶۰. لطفی، اسدالله، *حقوق خانواده*، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۸۸ش.
۶۱. محقق حلی، نجم الدین، *جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
۶۲. محقق داماد، مصطفی، *بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن*، اول، قم، مرکز نشر علوم اسلامی، بی تا.
۶۳. -----، ۱۳۸۸ش، *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸ش.
۶۴. محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، دوم، قم، مؤسسه آل البيت «علیهم السلام»، ۱۴۱۴ق.
۶۵. مختاری، محمدحسین، مرادی، علی اصغر، *فرهنگ اصطلاحات فقهی*، تهران، انجمن قلم ایران، ۱۳۷۷ش.

۶۶. مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، فرهنگ نامه اصول فقه، اول، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، معاونت پژوهشی دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، ۱۳۸۹ش.
۶۷. مسجدسرای، حمید، ۱۳۹۱ش، *ترمنولوژی فقه: اصطلاح شناسی فقه امامیه: به انضمام فهرست تفصیلی احکام مربوطه*، تهران پیک کوثر، ۱۳۹۱ش.
۶۸. مصطفوی، حسن، *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، اول، تهران، مرکز کتاب للترجمة و النشر، ۱۴۰۲ق.
۶۹. معاونت آموزش قوه قضاییه، *رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه‌های خانواده*، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۷ش.
۷۰. مکارم شیرازی، ناصر، *احکام بانوان*، یازدهم، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب «علیه‌السلام»، ۱۴۲۸ق.
۷۱. -----، *کتاب النکاح*، اول، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب «علیه‌السلام»، ۱۴۲۴ق.
۷۲. معین، محمد، *فرهنگ فارسی (یک جلدی)*، تهران، مهارت، ۱۳۸۱ش.
۷۳. مؤسسه دائره المعارف الفقه الاسلامی، *موسوعه الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت «علیهم‌السلام»*، قم، مؤسسه دائره المعارف الفقه الاسلامی، ۱۳۸۸ش.
۷۴. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، *جامع الشتات فی أجوبة السؤالات*، اول، تهران، مؤسسه کیهان، ۱۴۱۳ق.
۷۵. نائینی، محمدحسین، *منية الطالب فی حاشیة المكاسب*، اول، تهران، المكتبة المحمدية، ۱۳۷۳ق.
۷۶. نجفی، محمدحسن، *جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام*، هفتم، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
۷۷. وفادار، علی، *حقوق خانواده (حقوق مدنی ۵)*، تهران، انتشارات وفادار، ۱۳۸۰ش.
۷۸. واسطی زبیدی، محب‌الدین سید محمد مرتضی حسینی، *تاج العروس من جواهر القاموس*، اول، بیروت، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، ۱۴۱۴ق.
۷۹. یتربی قمی، علی محمد، *حقوق خانواده (در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران)*، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، ۱۳۸۷ش.
۸۰. یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، *حاشیة المكاسب*، دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۲۱ق.

