

تأثیر اعسار زوج بر حق حبس زوجه در فقه مقارن

پگاه سرمدی^۱، محمدحسن زارعی زهابی^۲
(تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۲۳، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۳/۳۱)

چکیده

فقه‌های مذاهب اسلامی ضمن شناخت حق حبس برای زوجه در عقد نکاح، بر این باورند که توان زوج در پرداخت مهریه تأثیری در اجرای آن ندارد. نظام حقوقی ایران نیز به پیروی از نظر مشهور فقهای امامیه در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی، این حق را برای زوجه به رسمیت شناخته است. هم‌چنین دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۷۰۸ مورخ ۱۳۸۷/۵/۲۲ با توجه به اطلاق ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی و نظرات مشهور فقها، اعسار زوج از پرداخت مهریه و تقسیط آن توسط دادگاه را مانع اجرای حق حبس زوجه ندانسته است؛ بنابراین زوجه می‌تواند تا پرداخت آخرین قسط از مهریه با استناد به حق حبس از تمکین خودداری نماید. تحقیق حاضر با روش توصیفی - تحلیلی تلاش می‌کند ضمن بررسی تفاوت مفهوم قبض در عقد نکاح با سایر عقود معاوضی و تحلیل نظرات فقهای امامیه و اهل سنت در خصوص معاوضی و یا شبه معاوضی بودن ماهیت عقد نکاح، مشخص نماید که اجرای حق حبس به صورت کامل و مشابه با سایر عقود معاوضی در عقد نکاح دشوار بوده و این‌گونه به نظر می‌رسد در فروضی مانند اعسار زوج و یا حکم تقسیط پرداخت مهریه، می‌توان با استناد به قواعد فقهی هم‌چون نفی عسر و حرج و لاضرر قائل به اسقاط آن شد.

کلیدواژه‌ها: حق حبس، مهریه، اعسار، عسر و حرج، لاضرر.

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه میبد (نویسنده مسئول) / pegahsarmadi@meybod.ac.ir

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه میبد / mohmmadhasanzarei75@gmail.com

طرح مسئله

در فقه امامیه و سیستم حقوقی ایران، عقد نکاح از جمله عقود معاوضی است که در آن برای طرفین حق حبس وجود دارد. به استناد ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی زوجه می‌تواند از تمکین خاص نسبت به زوج خودداری نماید تا زوج مهریه را به او بپردازد؛ اما اجرای این حق خالی از اشکال نبوده و ممکن است موجب اختلال در زندگی زناشویی زوجین شود. امروزه تعیین سکه تمام بهار آزادی، عرف رایج مردم برای تعیین مهریه می‌باشد که روزانه و حتی به صورت لحظه‌ای با افزایش چشمگیر قیمت همراه است. از طرفی پرداخت یک‌مرتب تمام مهر با توجه به میزان بالای آن از عهده کمتر کسی برمی‌آید؛ بنابراین محاکم به ناچار با صدور حکم تقسیط، امکان تأدیه مهریه را برای زوج فراهم می‌نمایند. سؤال اصلی این است که آیا حق حبس زوجه در صورت اعسار زوج و تقسیط مهریه توسط محاکم، از بین رفته و یا این حق تا پرداخت آخرین قسط توسط زوج باقی می‌ماند؟ آیا می‌توان با توجه به اوضاع و احوال، شرایط جامعه و ضرورت حفظ نهاد خانواده و به استناد قواعد لاضرر و نفی عسر و حرج، حکم اولیه را نفی نمود و قائل به اسقاط حق حبس شد؟ در این پژوهش ضمن بررسی مبنای حق حبس، مفهوم قبض در عقود معاوضی و عقد نکاح از دیدگاه فقهای مذاهب اسلامی، به تحلیل نظرات ایشان در خصوص وضعیت حق حبس زوجه در فرض اعسار زوج از تأدیه مهر می‌پردازیم.

حق حبس در عقود معاوضی

در عقود معاوضی طرفین عقد می‌توانند پس از انعقاد عقد، از تسلیم مالی که به طرف دیگر منتقل می‌شود، خودداری کنند تا طرف مقابل حاضر به تسلیم شود و تسلیم در آن واحد به عمل آید (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۴ش، ۲۲۱)، از چنین حقی تحت عنوان حق حبس یاد می‌شود. منشأ این حق، وجود رابطه علیت بین تعهدات در عقود معاوضی است، به گونه‌ای که با انتفاء تعهدات هریک از طرفین، علتی برای تعهدات طرف مقابل باقی نمی‌ماند. بنا بر همین اصل، هرگاه یکی از طرفین از انجام تعهدات خود امتناع نماید، طرف مقابل نیز می‌تواند اجرای تعهدات خود را منوط به اجراء شدن تعهدات طرف دیگر نماید (صفایی، ۱۳۹۵ش، ۳۹). فقهای امامیه نیز در موارد متعددی از جمله بیع، اجاره، رهن و نکاح از حق حبس نام برده‌اند و قائل به وجود این حق برای متعاقدين در عقود معاوضی هستند؛ چراکه

حق حبس یکی از لوازم عرفی برای حقیقت معاوضه است. به بیان دیگر در چنین معاملاتی، عوض در مقابل عوض قرار می‌گیرد؛ تسلیم در مقابل تسلیم و حق حبس در مقابل حق حبس (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۱۹/۸۲). این تقابل به گونه‌ای است که برخی از فقها (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۶/۲۶۴) بر این باور هستند با توجه به اینکه در عقود معاوضی بنای طرفین بر تقابض هم‌زمان است، حق حبس به مجرد عقد برای طرفین ایجاد نمی‌شود، بلکه زمانی برای یکی از طرفین حق حبس به وجود می‌آید که طرف مقابل از تسلیم عوض خودداری نماید. لذا مستند به این دیدگاه، شرط ایجاد حق حبس، امتناع طرف دیگر عقد از تسلیم عوض است.

از جمله عقود معاوضی که در موارد متعددی نسبت به آن، سخن از حق حبس به میان آمده، عقد بیع است. اگر عقد بیع به طور مطلق منعقد شده و شرط اجلی برای هیچ‌یک از عوضین نشده باشد، مقتضای اطلاق عقد ایجاب می‌کند که تقابض عوضین هم‌زمان صورت گیرد؛ زیرا هیچ‌یک از ثمن و یا مثنی بر دیگری برتری نداشته (شهید ثانی، بی تا، ۳/۵۲۲؛ عظیم‌زاده اردبیلی، ۱۳۹۰ش، ۴) و موقعیت طرفین نسبت به تسلیم عوضین به مالک حقیقی فعلی مساوی است. بنابراین هر یک از بایع و مشتری مکلف به رد مال به مالک هستند. در ماده ۳۳۷ قانون مدنی^۳ نیز قانون‌گذار شرط استناد به حق حبس را حال بودن عوضین دانسته است؛ لذا به عنوان مثال اگر مبیع حال باشد و ثمن مؤجل، بایع نمی‌تواند به حق حبس استناد نماید، چراکه طرفین با قرار دادن شرط أجل برای ثمن، به طور ضمنی توافق کرده‌اند که تسلیم مبیع به مشتری مقدم بر تسلیم ثمن به بایع باشد. لازم به ذکر است در صورتی که هم بایع و هم مشتری با استناد به حق حبس از تسلیم عوضین خودداری کنند، مشهور فقها معتقدند که حاکم آنها را مجبور می‌کند تا به صورت هم‌زمان عوضین را قبض و اقباض نمایند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۶/۲۶۱). در مقابل برخی از فقها معتقدند ابتدا باید بایع را مجبور به تسلیم مبیع کرد؛ چراکه ثمن تابع مبیع بوده و در صورت انتفاء متبوع، تابع نیز منتفی است (شهید ثانی، بی تا، ۳/۵۲۲). به صورت مشابهی در عقد اجاره اشیاء نیز هر یک از موجر و مستأجر این اختیار را دارند که با استناد به حق حبس از تسلیم عوضین تا قبض عوض از

۳. ماده ۳۳۷ قانون مدنی: «هر یک از بایع و مشتری حق دارد از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود، مگر اینکه مبیع یا ثمن مؤجل باشد که در این صورت هرکدام از مبیع یا ثمن که حال باشد باید تسلیم شود.»

دیگری امتناع نمایند (رشتی، ۱۳۱۰ش، ۱۱۱). به بیان دیگر تسلیم منفعت با تسلیم عین مستأجره و تسلیم اجرت نیز با پرداخت اجاره بها انجام می پذیرد. اما در اجاره اشخاص، دو فرض جداگانه توسط فقها بررسی شده است: اول، جایی که عمل شخص به یک عین تعلق می گیرد، مانند خیاط که عمل او به یکپارچه تعلق می گیرد، در چنین مواردی به اجیر این اختیار داده شده که پس از اتمام کار از تحویل موضوع کار به مستأجر امتناع نماید تا مستأجر اجرت او را پردازد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ۵/۵۴). دوم، موردی که عمل اجیر یک کار محض است، مانند نماز و روزه استیجاری و یا حمل کالا، در چنین فرضی اجیر نمی تواند به استناد حق حبس از انجام کار خودداری نماید (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۱ش، ۲۵۶). بنابراین حق حبس در تمام عقود معاوضی به استناد اصل «هم بستگی عقود» به رسمیت شناخته می شود. هرچند قانون مدنی صرفاً در دو ماده ۳۷۷ و ۱۰۸۵ تحت عناوین عقود نکاح و بیع به حق حبس اشاره می نماید، لیکن وجود این حق برای طرفین در تمام عقود معاوضی ممکن و متصور خواهد بود.

حق حبس در عقد نکاح

عقد نکاح برای زوج و زوجه تکالیف و تعهدات متقابلی ایجاد می نماید که یکی از این تعهدات پرداخت مهریه از جانب زوج به زوجه است. مهریه از جمله احکامی است که ریشه در فقه و شریعت اسلام دارد و در قرآن کریم نیز در آیات متعددی به پرداخت آن در قالب انجام امر واجب به صورت مطلق دستور داده شده است^۴. در قانون مدنی نیز زوجه به محض وقوع عقد نکاح، مالک تمام مهر می شود و واقعه (تمکین خاص) شرط استحقاق او نیست^۵؛ چراکه زوج به مجرد عقد نکاح قادر به تمکین از زوجه است و این امر ایجاب می نماید که زوجه نیز مهریه را به صورت کامل در اختیار داشته باشد. تقابل فوق باعث می شود که عقد نکاح در زمره عقود معاوضی محسوب و حق حبس نسبت به آن جاری شود. از این رو مقنن در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی مقرر کرده است: «زن می تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند، مشروط بر اینکه مهر او حال باشد و این امتناع

۴. نساء، ۴ و ۲۴؛ بقره، ۲۳۷.

۵. ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی: «به مجرد عقد، زن مالک مهر می شود و می تواند هر نوع تصرفی که بخواهد در آن بنماید.»

مسقط حق نفقه نخواهد بود». لازم به ذکر است اگرچه در این ماده کلمه مهر به طور مطلق به کار رفته، اما تردیدی نیست که حق حبس تنها ناظر به مهرالمسمی است. سؤال قابل طرح این است که آیا حق حبس زوجه صرفاً منحصر به تمکین خاص است و یا ناظر به تمکین عام نیز می‌باشد؟ در فقه امامیه حق حبس زوجه تنها ناظر به تمکین خاص است و وظایف عام زوجه در مقابل همسرش را شامل نمی‌شود (عظیم‌زاده اردبیلی، ۱۳۹۰ش، ۷). در مقابل، فقهای مذاهب حنفی و حنبلی، حق حبس زوجه را ناظر به تمکین عام نیز می‌دانند و معتقدند تا قبل از تسلیم مهریه زوجه می‌تواند بدون اذن شوهر از منزل او خارج شده و یا به مسافرت برود، اما بعد از تسلیم مهریه انجام امور فوق منوط به رضایت زوج است (بهوتی، بی تا، ۱۶۳/۵؛ سمرقندی، ۱۴۰۵ق، ۱۴۲/۲). بنابراین نسبت به تعیین دامنه وظایف زوجه در مقابل زوج در حق حبس، اختلاف نظر مهمی وجود دارد. فقهای امامیه حق حبس را منوط به تمکین خاص و فقهای مذاهب حنفی و حنبلی دامنه آن را هم به تمکین خاص و هم تمکین عام گسترش می‌دهند. در ادامه به بررسی حق حبس از دیدگاه مذاهب فقه اسلامی خواهیم پرداخت.

۱. فقه امامیه

مشهور فقهای امامیه عقد نکاح را معاوضی می‌دانند و بر این باورند که زوجه در صورت حال بودن مهر، پس از وقوع عقد و قبل از تمکین، می‌تواند به استناد حق حبس از تمکین امتناع نماید تا زوج مهریه او را به طور کامل بپردازد (مفید، ۱۴۱۰ق، ۵۱۰؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ۳۱۳/۴)؛ اما این امر به این معنی نیست که تسلیم مهریه توسط زوج به زوجه مقدم بر تمکین زوجه از اوست، بلکه زوج نیز می‌تواند به استناد حق حبس از تسلیم مهریه به زوجه امتناع کند تا زوجه تمکین نماید، چراکه همان‌گونه که بیان شد حق حبس در عقود معاوضی به هردو طرف عقد اختصاص دارد. در مقابل برخی مانند شهید ثانی با عدول از این نظر، نکاحی را که در آن مهریه ذکر شده باشد را یک عقد شبه معوض می‌دانند، نه یک عقد معاوضی محض و نکاحی که در آن مهریه ذکر نشده را اصلاً عقد معوض نمی‌دانند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۱۹۱/۸). به نظر می‌رسد که استدلال شهید به دلایل زیر منطقی است: اولاً عدم ذکر مهریه در عقد نکاح، خللی به صحت عقد وارد نمی‌کند، درحالی‌که در عقود معاوضی محض سکوت در خصوص یکی از عوضین موجب بطلان عقد است. هم‌چنین بطلان مهر

موجب بطلان نکاح نیست، اما در عقود معاوضی فساد یکی از عوضین موجب بطلان عقد است (رضوی، ۱۳۹۶ش، ۱۲۴-۱۲۳). ثانیاً شرط خیار در عقد نکاح امکان‌پذیر نبوده و در صورت درج، شرط باطل است؛ لذا بی‌اعتبار بودن شرط خیار در نکاح دلالت بر آن دارد که عقد نکاح عقد معاوضی نیست. ثالثاً برخلاف سایر عقود معاوضی، در عقد نکاح، تعادل ارزش بین عوضین شرط نیست و بر همین مبنا در عقد نکاح، خیار غبن جایگاهی ندارد (خانی اوشانی، ۱۳۹۹ش، ۶۲-۶۱)؛ بنابراین اطلاق صفت معوض نسبت به عقد نکاح مورد تردید قرار گرفته است. به نظر می‌رسد عقد نکاح، اعم از اینکه مهر معین داشته (مهرالمسمی) و یا فاقد مهر باشد؛ عقد معوض به معنای خاص و مشابه عقدی مانند بیع نیست؛ بلکه بنا به مورد شبه معوض و یا غیر معوض خواهد بود.

از سوی دیگر وضعیت حق حبس زوجه در مهریه‌های مؤجل متفاوت است و تا زمان تأدیه مهریه از جانب زوج، زوجه قادر به امتناع از تمکین به استناد حق حبس نخواهد بود؛ چراکه شرط اجل برای پرداخت مهریه، متضمن توافق ضمنی طرفین بر این امر است که تسلیم و تمکین زوجه مقدم بر تسلیم مهریه توسط زوج باشد، هر چند که طرفین صراحتاً بدان اشاره نکرده باشند. لذا در این فرض زوجه با علم، اختیار و اراده خود بر چنین امری توافق کرده و نمی‌تواند خلاف آن عمل نماید (حلی، ۱۴۱۳ق، ۷۴/۳؛ ابن‌براج، ۱۴۱۱ق، ۱۷۴). در صورتی که قسمتی از مهریه حال و قسمتی از آن مؤجل باشد، فقهای امامیه معتقدند زوجه نسبت به آن قسمت از مهریه که حال است حق امتناع داشته ولی نسبت به قسمت مؤجل، حق حبس وجود ندارد و با پرداخت قسمت حال مهریه، زوجه مکلف به تمکین خواهد بود (طوسی، ۱۳۸۷ق، ۳۱۴/۴). لازم به ذکر است در صورتی که تا زمان حال شدن مهریه، زوجه از تمکین امتناع نماید، به صرف حال شدن مهر، نمی‌توان قائل به وجود حق حبس برای زوجه شد، زیرا توافق طرفین بر تقدم تمکین زوجه نسبت به تسلیم مهر است و تمکین، حقی برای زوج است بر ذمه زوجه؛ بنابراین با حال شدن بعدی مهر، وجود آن حق برای زوج استصحاب می‌شود و زوجه نمی‌تواند از تمکین امتناع نماید. لذا مهریه مؤجل به منزله شرط مورد توافق طرفین عقد و اسقاط حق حبس زوجه خواهد بود و حتی در صورت امتناع زوجه از انجام وظایف و حال شدن مهر، نمی‌توان قائل به وجود حق حبس بود؛ زیرا بنا به توافق طرفین، حق حبس اسقاط شده و در صورت زوال شرط اجل و تردید

در بقای حق، اسقاط حق مورد استصحاب قرار گرفته و زوجه قادر به ترک تمکین نخواهد بود.

سؤال دیگر این است که در صورت تمکین زوجه قبل از تسلیم مهر، وضعیت حق حبس چگونه خواهد بود؟ قاعده کلی در عقود معاوضی بر این حکم است: در صورتی که یکی از طرفین با میل و رضای خود اقدام به تسلیم آن عوض نماید، حق حبس او از بین می‌رود و دیگر نمی‌تواند به استناد حق حبس، مال تسلیم شده را از طرف مقابل مسترد نماید. در چنین فرضی مستند به قاعده «اقدام» می‌توان این‌گونه اظهار داشت: شخصی که قبل از دریافت عوض، اقدام به تسلیم عوض تحت ید خود می‌نماید، به ضرر خود اقدام کرده و با تسلیم ارادی عوض، حق حبس خود را ساقط می‌نماید. در نتیجه بعد از تسلیم عوض مجدداً قادر به استفاده از حق حبس نخواهد بود. در عقد نکاح نیز اکثر فقها تسلیم و تمکین ارادی و همراه با رضایت زوجه را مسقط حق حبس او دانسته‌اند (ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸ق، ۲۹۹؛ ابن سعید حلی، ۱۴۰۵ق، ۴۳۹)، ایشان بر این نظر هستند که اگر زوجه با اراده و رضایت خود از همسرش تمکین نماید، حق حبس او ساقط شده و دیگر نمی‌تواند تا تسلیم کامل مهر از تمکین امتناع نماید. در این حالت زوجه صرفاً قادر به مطالبه مهریه خواهد بود. حق استمتاع زوج از زوجه، حقی است که با عقد نکاح برای زوج ایجاد شده و زوجه مکلف به تمکین است. حق حبس و امتناع از تمکین قبل از تسلیم مهریه، یک استثناء است که با اجماع فقها (شهید ثانی، بی تا، ۳۷۱/۵؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ۴۷۳/۲۴) برای زوجه ایجاد شده و بنابراین در فرض تمکین، قبل از تأدیه مهر و نیز در سایر موارد هم چون عدم تأدیه نفقه، حق حبسی برای زوجه وجود نخواهد داشت. در مقابل برخی از صاحب نظران تمکین زوجه را بی تأثیر در حق حبس می‌دانند. ایشان چنین استدلال می‌نمایند که قبض در عقد نکاح با یک مرتبه تمکین زوجه از زوج واقع نمی‌شود و مهریه به عنوان یک عوض در مقابل تمام دفعاتی است که شوهر از همسر خود بهره‌مند می‌گردد؛ لذا با تسلیم و تمکین یک مرتبه از جانب زوجه، قبض حاصل نمی‌شود و زوجه علی‌رغم تمکین از زوج، می‌تواند تا تأدیه کامل مهر، از انجام وظایف و تمکین، به استناد حق حبس امتناع نماید (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۴۴/۳۱؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ۳۹۳/۴).

لازم به توضیح است برخی فقها در این خصوص، تمکین اکراهی و اختیاری زوجه را مؤثر در اسقاط و یا بقای حق حبس می‌دانند (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ۴۷۳/۲۴؛ شهید ثانی، بی تا،

۳۷۲/۵؛ در نتیجه اگر زوجه به اختیار، هر چند یک بار، از زوج تمکین نماید، به منزله اسقاط حق حبس بوده و دیگر حق امتناع از انجام وظایف را ندارد. از سوی دیگر در فرضی که زوجه با اکراه از زوج تمکین کرده، به سبب اطلاق تسلیم فاسد و تمکین بدون رضایت، حق حبس زوجه هم چنان باقی خواهد بود. بنابراین با توجه به مفهوم مورد قبول از قبض در عقد نکاح و صرف شباهت آن با سایر عقود معاوضی (شبه معاوضه) و نیز با در نظر گرفتن این امر که تمکین یک حکم کلی ناشی از عقد ازدواج است و حق حبس یک استثناء، می توان این گونه اظهار داشت: در فرضی که تمکین زوجه هر چند یک مرتبه باشد، حق حبس کلاً ساقط می شود ولیکن در صورتی که مفهوم قبض را در عقد شبه معوض نکاح مشابه سایر عقود معوض ندانسته و بر این نظر باشیم که قبض در عقد نکاح هم چون سایر عقود معاوضی دیگر با یک مرتبه محقق نشده و نیازمند عنصر تکرار است، بنابراین حق حبس هم چنان باقی و معتبر خواهد بود. هم چنین در صورت تردید، می توان مستند به اصل استصحاب حکم به بقای حق نمود.

۲. فقه اهل سنت

حق حبس زوجه در میان فقهای اهل سنت نیز به رسمیت شناخته شده و مشهور فقهای اهل سنت معتقدند که در فرض حال بودن مهر، زوجه می تواند از تمکین خودداری کند تا زوج تمام مهریه را تأدیه نماید (سمرقندی، ۱۴۰۵ق، ۱۴۲/۲؛ نووی، ۱۴۱۲ق، ۲۵۹/۷). فقهای اهل سنت در خصوص مهریه مؤجل نیز اختلافی ندارند و مانند فقهای امامیه بر این باورند که در مهریه مؤجل، زوجه نمی تواند تمکین را منوط به قبض مهریه نماید (ماوردی، ۱۴۱۹ق، ۵۳۰/۹؛ ابن شاس، ۱۴۲۳ق، ۴۷۱/۲). هم چنین طبق نظر فقهای مالکی در صورتی که مهریه عین معین باشد، علی رغم ضرورت و وجوب تسلیم مهر از جانب زوج به زوجه، حق حبسی برای زوجه وجود نخواهد داشت. اما در صورتی که مهر، مالی غیر معین و به صورت کلی باشد، تسلیم مهر مقدم بر تمکین است و زوجه می تواند به استناد حق حبس از تمکین امتناع نماید (مرتاضی، ۱۳۹۷ش، ۸۰). لازم به ذکر است در تمام موارد مذکور و استفاده زوجه از حق حبس تا وصول مهریه از زوج، امتناع از تمکین، مانع پرداخت نفقه توسط زوج نخواهد بود؛ چراکه عدم تمکین زمانی مانع پرداخت نفقه است که زوجه به دلیل غیر شرعی از تمکین خودداری کرده و ناشزه محسوب شود؛ اما در فرض بالا زوجه با وجود دلیل و حجت شرعی

از تمکین امتناع می‌نماید و بنابراین عدم تمکین، تأثیری در پرداخت نفقه از جانب زوج ندارد. شایان ذکر است نسبت به فرض فوق، نظر مخالف نیز وجود دارد (رضوی، ۱۳۹۶ش، ۱۲۲؛ خانی اوشانی، ۱۳۹۹ش، ۵۶). بنابراین با توجه به رابطه مستقیم میان تمکین و نفقه، در صورت عدم تمکین حتی مستند به حق حبس، حق نفقه زوجه منتفی خواهد شد. هم‌چنین در فرضی که قسمتی از مهریه حال و قسمتی از آن مؤجل باشد، وجود حق حبس زوجه در میان فقهای اهل سنت اختلافی است. فقهای حنفی معتقدند در چنین مواردی زوجه حق حبس ندارد (سمرقندی، ۱۴۰۵ق، ۱۴۲/۲)، از طرفی علمای شافعی و حنابله مانند فقهای امامیه بر این باور هستند که زوجه نسبت به قسمت مؤجل، حق امتناع از تمکین نداشته ولی نسبت به قسمت حال مهریه دارای حق حبس است (ماوردی، ۱۴۱۹ق، ۵۳۱/۹؛ ابن‌قدامه، ۱۳۸۸ق، ۲۶۱/۷).

بنابراین با بررسی نظرات فقهای اهل سنت، به نظر می‌رسد در وجود حق حبس برای زوجه در صورتی که مهریه حال باشد اختلاف‌نظری میان فقها وجود ندارد. همگی بر آن اجماع دارند و حق حبس برای زوجه مسلم و قطعی است. هم‌چنین اگر مهریه مؤجل باشد نیز اختلافی نیست که زوجه حق حبس ندارد؛ زیرا درج شرط اجل، به منزله انصراف زوجه از حق حبس و اسقاط آن است. اما در صورتی که قسمتی از مهر حال و بخش دیگر مؤجل باشد؛ با توجه به اختلاف نظر فقهای مذاهب، بهتر است به پیروی از نظر اکثریت فقها در هر قسمت حکم مختص آن به اجرا گذاشته شود؛ به این طریق که نسبت به قسمتی از مهر که مؤجل است، حق حبسی وجود نداشته، اما نسبت به بخش حال، زوجه دارای حق حبس خواهد بود.

مفهوم قبض در عقد نکاح

قبض به معنی قرارداد دادن موضوع معامله در اختیار طرف و در مقابل اقباض به معنی رفع ید ناقل از موضوع است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۴ش، ۵۲۶). در خصوص عقود معاوضی، اگر عقد مطلق باشد، مقتضای اطلاق عقد ایجاب می‌کند که تقابض هم‌زمان صورت گیرد و در صورت استناد هر دو طرف عقد به حق حبس، ایشان مجبور به تقابض به صورت هم‌زمان می‌شوند. همان‌گونه که از معانی قبض و اقباض برمی‌آید، این مفاهیم در خصوص اموال خارجی و اعیان قابل تصور است و به راحتی می‌توان این امر را در عقود معاوضی محض

تصور نمود؛ لیکن در خصوص عقد نکاح و تمکین زوجه از زوج، قضیه متفاوت است و نمی‌توان به استناد مفاهیم فوق قائل به قبض و اقباض در معنای خاص آن شد. در عقد نکاح آنچه در مقابل مهریه قرار می‌گیرد، تمکین زوجه است و برخلاف موضوع مهر که یک مال، با وجود مستقل و خارجی است، تمکین زوجه موضوعی نیست که زوج امکان تسلط و در اختیار گرفتن آن را داشته باشد؛ چراکه قبض در نکاح با تمکین زوجه از زوج حاصل می‌شود (عظیم‌زاده اردبیلی، ۱۳۹۰ ش، ۱۳). هم‌چنین با توجه به این امر که برخی فقهای امامیه و اهل سنت بر این باورند که مهریه در مقابل یک‌بار تمکین زوجه نبوده و عوضی است که در مقابل جمیع دفعات تمکین از زوج قرار می‌گیرد (کاسانی، ۱۴۰۶ ق، ۲/۲۸۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ ق، ۸/۱۹۲)؛ بنابراین به صرف یک‌مرتبه تمکین زوجه از زوج، قبض به صورت کامل محقق نشده است. از طرفی، زوج با استناد زوجه به حق حبس ملزم به تسلیم و اقباض تمام مهر به صورت کامل است و اگر پس از تسلیم، زوجه باز هم از انجام وظایف زناشویی امتناع ورزد، تنها استحقاق زوجه به دریافت نفقه منتفی می‌شود. البته تعدادی از فقهای مذهب امامیه و اهل سنت در توجیه حق حبس زوجه چنین بیان می‌کنند که در عقد نکاح، زوج می‌تواند آنچه به زوجه داده مسترد نماید، اما زوجه دیگر قادر به استرداد تمکین انجام‌شده نخواهد بود. به بیان دیگر با تمکین زوجه از زوج بضع تلف شده و دیگر قابلیت رجوع زوجه به آن وجود ندارد و این خطر برای زوجه وجود دارد که زوج از پرداخت مهریه امتناع نماید، در حالی که زوج می‌تواند به مهریه تسلیم شده رجوع کند (ابن‌قدامه، ۱۳۸۸ ق، ۷/۲۶۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ ق، ۸/۱۹۴). لازم است به این نکته توجه داشته باشیم که در صورت تمکین در مرتبه نخست، زوجه مالک تمام مهر می‌شود و دیگر دلیلی برای استرداد مهریه به زوج باقی نمی‌ماند و تنها ضمانت اجرای عدم تمکین، نفی استحقاق زوجه به دریافت نفقه است. پس فرض استرداد مهریه به زوج تنها در صورتی ممکن است که پس از پرداخت مهریه هیچ‌گونه تمکین خاصی از جانب زوجه صورت نپذیرد. در این صورت نیز زوج تنها نیمی از مهریه - که مالکیت زوجه نسبت به آن متزلزل است - را می‌تواند مسترد نماید و با توجه به مالکیت مستقر زوجه به نصف دیگر مهر، در صورت تسلیم به زوجه، زوج حق استرداد ندارد.

بنابراین همان‌گونه که مشخص شد، مفهوم قبض در عقد نکاح بسیار متفاوت و پیچیده‌تر از مفهوم قبض در سایر عقود معاوضی است و با توجه به آثار و احکام خاصی که بر قبض و اقباض در نکاح حاکم است، نمی‌توان با این قضیه مانند سایر عقود معاوضی برخورد نمود

و احکام عقود معاوضی محض را در نکاح جاری دانست. مهریه عوضی است در مقابل تمکین‌های متعدد زوجه و تمکین به‌مرورزمان حاصل می‌شود، درحالی‌که با اولین واقعه، مالکیت زوجه نسبت به تمام مهر مستقر می‌شود. در نتیجه باید قائل بود که عقد نکاح یک شبه معاوضه است و نباید آثار عقود معاوضی محض را در آن جاری دانست؛ بلکه مناسب‌تر است در بسیاری از موارد که در خصوص ویژگی معاوضی بودن عقد نکاح تردید وجود دارد، از احکام عقود معاوضی محض عدول و قواعد مضیق این عقود را به عقد نکاح تسری نداد.

اعسار زوج در تأدیه مهریه

اعسار صفتی است که برای شخصی که به‌واسطه عدم‌کفایت‌داری و یا عدم دسترسی به اموال خود، توانایی پرداخت دیون خود را ندارد به‌کار برده می‌شود (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶ق، ۵۷۴/۱). بنابراین اعسار وضعیتی است که باعث رهایی مدیون از پرداخت تمام و کمال دین به‌صورت یکجا و در مواردی پرداخت اصل دین می‌شود. با توجه به اینکه مهریه دینی بر ذمه زوج است، بررسی وضعیت حق حبس زوجه در فرض اعسار زوج ضروری خواهد بود. در میان فقهای مذاهب اسلام در فرض اعسار زوج، نظرات یکسانی وجود ندارد. در ادامه دیدگاه فقهای مذاهب اسلامی نسبت به این موضوع در قالب چهار دیدگاه کلی مطرح و بررسی می‌شود:

۱. بقای حق حبس زوجه

مشهور فقهای امامیه بر این باور هستند در فرضی که مهر حال باشد، اعسار زوج، مؤثر در حق حبس نیست (مغنیه، ۱۳۷۹ش، ۲۷۷/۵؛ حلی، ۱۴۱۳ق، ۷۴/۳). در نتیجه زوجه قادر به امتناع از انجام وظایف تا دریافت کامل مهر بوده و استفاده از این حق، تأثیری در محرومیت از نفقه نیز نخواهد داشت. بحرانی به نقل از ابن‌ادریس حلی در کتاب الحدائق می‌نویسد: «در صورت اعسار زوج، زوجه حق امتناع از تمکین ندارد و علت آن این است که اعسار زوج مانع مطالبه مهریه است.» ایشان در ادامه در نقد سخن ابن‌ادریس حلی با استناد به سخن بحرانی بیان می‌کند: «آنچه مستند به شواهد است دو چیز است: یکی جایز بودن امتناع زوجه از تمکین قبل از قبض مهریه و دوم اجبار زوج به تسلیم مهریه در

صورت مطالبه زوجه؛ لذا اعسار زوج تنها باعث رفع مورد دوم می‌شود و تأثیری در مورد اول ندارد» (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ۴۶۹/۲۴).

لازم به ذکر است برخی از فقها ضمن پذیرش بقای حق حبس زوجه، تنها اثر اعسار را رفع حکم تکلیفی می‌دانند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۱۹۵/۸؛ رضوی، ۱۳۹۶ش، ۱۲۰). به بیان دیگر اعسار، موجبی برای رفع حرمت عدم تأدیه مهر است و ترک فعل صورت گرفته صرفاً گناه نیست؛ لیکن دلیلی برای رفع حکم وضعی و اسقاط حق حبس زوجه نخواهد بود. هم‌چنین فقهای مذهب حنفی نیز مانند اکثر فقهای امامیه، اعسار زوج را مؤثر در حق حبس زوجه ندانسته و معتقدند که زوجه صرفاً حق حبس داشته و این امر موجبی برای فسخ نکاح و یا تقاضای طلاق از قاضی نخواهد بود (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۲۸۸/۲؛ بلخی، ۱۴۱۱ق، ۳۱۷/۱). هم‌چنین شهید ثانی در خصوص اعسار زوج و اثر آن بر حق حبس زوجه، علم و جهل زوجه به اعسار زوج را از یکدیگر تفکیک کرده و معتقد است که اگر زوجه قبل از نکاح به اعسار زوج آگاه باشد، دیگر نمی‌تواند از تمکین برای دریافت مهریه از زوج امتناع کند، چراکه زوجه در چنین فرضی به ضرر خود اقدام کرده است و اگر نسبت به اعسار زوج جهل داشته باشد، اعسار زوج تأثیری در حق حبس او ندارد (شهید ثانی، بی‌تا، ۳۷۰/۵؛ رضوی، ۱۳۹۶ش، ۱۲۸؛ مقدم، ۱۳۹۹ش، ۱۹۹).

شایان ذکر است برخی از مراجع تقلید مانند آیات عظام صافی گلپایگانی، سیستانی و فاضل لنکرانی مطابق با این رویکرد، اعسار زوج را مؤثر در حق حبس زوجه ندانسته و در هر صورت حکم به بقای حق حبس زوجه داده‌اند. بر مبنای همین رویکرد، دیوان عالی کشور نیز در رأی وحدت رویه شماره ۷۰۸ با توجه به اطلاق ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی و به تبعیت از نظرات اکثر فقهای امامیه، اعسار زوج و تقسیط مهریه را در حق حبس زوجه مؤثر ندانسته و رأی به بقای حق حبس زوجه تا دریافت آخرین قسط از زوج داده است.

۲. اسقاط حق حبس زوجه نسبت به میزان مهر تأدیه‌شده و بقای آن نسبت به میزان باقی‌مانده

در میان فقهای امامیه عالمانی هم‌چون طوسی و مفید و هم‌چنین برخی فقهای حنفی، تمکین زوجه را بی‌تأثیر در حق حبس زوجه می‌دانند. از دیدگاه این گروه از فقها، مهریه عوضی است که در مقابل تمام دفعاتی قرار می‌گیرد که زوجه از زوج تمکین می‌کند، لذا منفعت بضع

تجدید می‌شود و با یک مرتبه تمکین، قبض و تسلط کامل محقق نمی‌شود. ایشان معتقدند در صورتی که مهریه اصلاً و یا به طور کامل پرداخت نشده است، تمکین زوجه باعث سقوط حق حبس زوجه نسبت به میزان باقی مانده و یا تمام مهر نبوده و زوجه می‌تواند به حق حبس خود متوسل شده و از تمکین امتناع نماید (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۲/۲۸۹؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳۱/۴۴).

بنابراین با توجه به تفاوت مفهوم قبض در عقد نکاح با سایر عقود معاوضی، یعنی تجدید منفعت بضع و عدم امکان تسلط و قبض تمکین در یک مرتبه، نباید تمکین را مسقط حق حبس زوجه دانست؛ چراکه اگر قائل به سقوط حق حبس زوجه به سبب تمکین او شد، در فرض عدم تأدیه مهر از جانب زوج، امکان رجوع به بضع، دیگر برای زوجه وجود ندارد؛ حال آنکه در فرضی که زوج مهریه را به زوجه بپردازد و زوجه از تمکین امتناع کند، زوج می‌تواند به آن قسمت از مهریه که زوجه مستحق آن نشده است رجوع نماید. هم‌چنین در مواردی که زوج مهریه را به طور ناقص پرداخته، انتخاب و اعمال این رویکرد می‌تواند حافظ منافع هر دو طرف عقد نکاح باشد؛ از یک سو زوجه به استناد حق حبس، امکان الزام زوج به تأدیه مهر را دارد و از سوی دیگر، زوج با پرداخت و تأدیه بخشی از مهر، قادر به الزام زوجه به تمکین است. امری که با توجه به اعسار زوج، حمایت از زوجه و شرایط اکثر عقود مطلوب خواهد بود.

۳. طلاق از جانب حاکم و یا حق فسخ نکاح برای زوجه

گروهی از فقهای مذاهب اسلامی در فرض اعسار زوج از تأدیه کامل مهر، قائل به حق فسخ نکاح برای زوجه و یا امکان تقاضای حکم طلاق توسط زوجه از جانب قاضی شده‌اند. از جمله در فقه مالکی در صورت طرح ادعای اعسار از جانب زوج و عدم پذیرش آن توسط زوجه و نیز عدم تحقق تمکین؛ در فرضی که زوج توانایی اثبات ادعای خود را با ادله قانونی نداشته باشد، مهلتی به منظور تأدیه مهریه به زوج از جانب قاضی اعطاء می‌شود و در صورتی که زوج قادر به تأدیه مهر در این مدت نباشد؛ زوجه از جانب قاضی طلاق داده می‌شود (دسوقی، ۱۴۲۸ق، ۲/۳۰۰-۲۹۹). در مذهب شافعی نظر فقها بر این است که اگر اعسار زوج در پرداخت مهریه قبل از تمکین باشد زوجه حق فسخ دارد و اگر بعد از تمکین باشد،

زوجه حق فسخ ندارد. در نتیجه معیار حق فسخ منوط به تحقق یا عدم تحقق تمکین شده است.

در فقه حنابله دو نظر وجود دارد. گروهی معتقدند که اگر زوجه قبل از نکاح جاهل به اعسار زوج باشد حق فسخ نکاح را دارد و تفاوتی نمی‌کند قبل از تمکین یا بعد از آن از اعسار زوج مطلع شود، اما اگر قبل از نکاح عالم به اعسار زوج باشد، حق فسخ ندارد (بهوتی، بی تا، ۱۶۴/۵). به بیان دیگر در این رویکرد، حق فسخ منوط به علم و جهل زوجه از اعسار زوج شده است؛ چنان‌که در فرض علم به اعسار و پذیرش عقد نکاح، رضایت خود را به شرایط زوج اعلام داشته است. اما گروه دیگر در وجود حق فسخ نکاح قبل از تمکین زوجه با گروه اول هم‌نظر هستند؛ لیکن در فرضی که زوج بعد از وقوعه معسر گردد، بیان داشته‌اند که اگر قائل به وجود حق حبس زوجه حتی بعد از تمکین زوجه باشیم، حق فسخ نکاح برای او به سبب اعسار زوج، بعد از دخول نیز ثابت می‌شود و اگر بعد از تمکین برای زوجه، قائل به حق حبس نباشیم؛ حق فسخ نکاح بعد از تمکین نیز منتفی است (ابن-قدمه، ۱۳۸۸ق، ۲۶۱/۷). لازم به ذکر است در فقه حنبلی از آنجا که تمکین، مسقط حق حبس زوجه می‌باشد (بهوتی، بی تا، ۱۶۴/۵)، لذا اعسار زوج بعد از تمکین نیز موجب حق فسخ برای زوجه نخواهد بود. شایان ذکر است فقهای امامیه نیز به بررسی امکان حق فسخ نکاح در فرض اعسار و ناتوانی زوج از پرداخت نفقه پرداخته‌اند؛ لیکن امکان وجود آن در فرض اعسار از تأدیه مهر به صورت کلی رد شده است (علیشاهی، ۱۳۹۷ش، ۱۲۳).

بنابراین با بررسی فقه مذاهب اربعه، آنچه برداشت می‌شود این است که فقهای شافعی و حنبلی، اعسار زوج را مؤثر در بقای حق حبس زوجه ندانسته، لیکن با وجود شرایطی برای زوجه قائل به حق فسخ هستند و فقهای مالکی معتقدند که حاکم می‌تواند زوجه را طلاق دهد؛ برخلاف فقه امامیه و فقه حنفی که اعسار زوج از پرداخت مهریه نه تنها از موارد فسخ نکاح محسوب نشده، بلکه جوازی برای درخواست طلاق از جانب زوجه نیز نیست.

۴. اسقاط حق حبس زوجه به استناد قاعده نفی عسر و حرج و لاضرر

با در نظر گرفتن این امر که مهریه یک قرارداد ضمن عقد نکاح بوده و طرفین نسبت به تعیین مهریه مختار هستند و عدم ذکر مهر یا بطلان آن در عقد نکاح دائم برخلاف نکاح منقطع تأثیری در صحت نکاح ندارد؛ هم‌چنین زوج با اراده و اختیار خود بر سر میزان مهریه با

زوجه به توافق رسیده و تمام آثار آن را نیز پذیرفته و توافق حاصله مطابق قاعده «المؤمنون عند شروطهم» و «اوفوا بالعقود» معتبر و لازم الاجراست؛ بنابراین با توجه به حاکمیت اراده طرفین در قرارداد مهریه، سؤال اصلی این است که آیا در فرض اعسار زوج از تأدیه مهر و امتناع زوجه از تمکین، می‌توان به استناد قواعد نفی عسر و حرج و لاضرر، قائل به اسقاط حق حبس زوجه شد یا خیر؟ در ادامه به بررسی هر یک از این قواعد می‌پردازیم:

۴-۱. قاعده نفی عسر و حرج

قاعده نفی عسر و حرج یکی از قواعد فقهی است که به موجب آن نفس حکم حرجی نفی شده و در این خصوص تفاوتی میان حکم تکلیفی و وضعی نیست (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹ ش، ۳۶۹/۱). آیات مستند این قاعده دلالت بر این امر دارند که خداوند متعال در دین اسلام حکم حرجی قرار نداده و هر حکمی که موجب حرج، مشقت و سختی مکلف شود، نفی شده است.^۶ مطابق این قاعده آنچه از مکلف رفع می‌شود حکم حرجی است و نه موضوعات تکلیفی. هم‌چنین بنای عقلا بر این است که از تشریح هرگونه حکم حرجی دوری گردد (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹ ش، ۳۶۸/۱).

بنابراین با استناد به این قاعده می‌توان بیان نمود در صورتی که زوج معسر از پرداخت مهریه باشد و زوجه نیز متوسل به حق حبس تا تأدیه کامل مهر از تمکین خودداری نماید - خصوصاً مواردی که مهریه سنگین بوده و پرداخت آن مستلزم گذشت زمان زیادی است - بنابراین حکم به تداوم حق حبس زوجه، موجبی برای عسر و حرج زوج است. در چنین فرضی به واسطه قاعده نفی عسر و حرج، حکم به بقای حق حبس مرتفع شده و زوجه قادر به امتناع از انجام وظایف زناشویی خویش تا زمان قبض کامل مهر، نخواهد بود؛ چراکه در صورت اثبات تداوم حق حبس برای زوجه در چنین فرضی، زوج مکلف به تأدیه تمام مهر در طول سالیان است، در حالی که از منافع عقد نکاح به مدت طولانی و یا به کلی محروم خواهد ماند. به بیان دیگر حکم به بقای حق حبس زوجه، مستلزم حرج و سختی برای زوج خواهد بود و می‌توان مستند به قاعده نفی عسر و حرج حکم به انتفاء حق حبس زوجه نمود. لازم به ذکر است یکی از دلایل ایجابی حق حبس، ایجاد حق و نوعی سلطنت برای زوجه به منظور اطمینان او از دریافت کامل مهر می‌باشد؛ بنابراین اسقاط حق حبس به استناد

۶. حج، ۸۷؛ بقره، ۱۸۵.

قاعده نفی عسر و حرج به منظور حمایت از زوج، خود موجب حرج و ضرر برای زوجه و سلب اعتماد نسبت به تأدیه کامل مهر می‌گردد. به بیان دیگر در چنین مواردی، حق سلطنت زوجه نسبت به مهریه در تعارض با نفی عسر و حرج از زوج قرار گرفته و تعیین حکم شایسته اهمیت به سزایی خواهد داشت. در فرض تعارض قاعده سلطنت و نفی عسر و حرج، این گونه گفته شده است که: اگر سلطنت شخصی موجب حرج دیگری شود، قاعده نفی حرج، سلطنت را رفع می‌کند؛ اما اگر رفع سلطنت از جنبه دیگر موجب ضرر خود صاحب حق شود، جریان قاعده لاضرر نسبت به مالک باعث می‌شود قیدی که لاجرم نسبت به سلطنت مالک ایجاد کرده، لغو شود؛ بنابراین در این مورد میان قاعده لاضرر و نفی عسر و حرج تعارض پدید می‌آید. به عقیده برخی از فقها این دو قاعده از احکام امتنانی بوده و رجحانی نسبت به یکدیگر ندارند؛ بنابراین چون دلیلی برای رجحان یکی از آن دو بر دیگری وجود ندارد، در صورت تعارض هر دو ساقط می‌شوند و عمومات و اطلاقات اولیه نسبت به مالک پابرجاست (محقق داماد، ۱۳۸۱ ش، ۱۰۱).

بنابراین این گونه به نظر می‌رسد در فرض تعارض حکم به تداوم حق حبس زوجه به استناد سلطه او بر مهر و حکم به اسقاط حق حبس به موجب قاعده نفی عسر و حرج، به منظور رفع حرج و سختی از زوج و ایجاد امکانی برای بهره‌مندی او از منافع عقد نکاح، اگر به استناد عسر و حرج حق حبس زوجه نفی شود، در مقابل نیز با سقوط حق حبس زوجه ممکن است زوج از تسلیم مهریه به او به صورت همیشگی خودداری نماید؛ بنابراین رفع حکم حرجی وجود حق حبس در فرض اعسار زوج خود سببی برای حرج و ضرر نسبت به زوجه می‌گردد؛ که شایسته نیست. در نتیجه با اجرای عمومات و به استناد قاعده سلطنت، باید قائل به بقای حق حبس برای زوجه بود. لیکن در سایر فروض (هم‌چون عدم عسر و حرج زوجه و یا علم زوجه) خاصه با توجه به علم زوجه از وضعیت و توان مالی زوج در زمان انعقاد عقد نکاح، می‌توان با تسری قاعده نفی عسر و حرج و به منظور حکمایت از زوج، حکم به انتفاء حق حبس زوجه نمود.

۴-۲. قاعده لاضرر

قاعده لاضرر یکی از مشهورترین قواعد فقهی است که حکم آن هم در عبادات و هم در معاملات اجرا می‌شود. لازم به ذکر است تفسیر و بیان فلسفه ایجاد آن به صورت کامل از

گنجایش این نوشته خارج است؛ بنابراین برای مشخص شدن این امر که کدام یک از نظرات مرتبط با موضوع مورد نظر است، به بیان مختصر نظرات و تفاسیر ارائه شده نسبت به آن می پردازیم:

در میان فقهای امامیه پنج نظر در خصوص این قاعده وجود دارد:

اول: این قاعده، در مقام بیان حکم تکلیفی و نهی از ایجاد ضرر است و شارع از زیان- رساندن به دیگران نهی می کند، نه بیان نهی حکم وضعی (نجفی خوانساری، ۱۴۲۱ق، ۱۰۰؛ شریعت اصفهانی، بی تا، ۲۵).

دوم: این قاعده در مقام بیان نهی حکومتی است؛ نه نهی شرعی (خمینی، ۱۴۱۴ق، ۱۱۳) و در هر حال همانند نظر اول در بیان حکم تکلیفی و نهی ضرر به غیر است، با این تفاوت که در خصوص نظر اخیر، نهی حکومتی یک حکم ثانویه است؛ نه اولیه و در مصادیق خاص از جانب حاکم اعمال خواهد شد.

سوم: مفاد قاعده این است که ضرر و ضرار در شرع اسلام تجویز نشده؛ اما نه فقط به این معنی که حرام است؛ بلکه به این معنی که ضرر غیرمتدارک یا ضرری جبران نشده، در اسلام تجویز نگردیده است (نراقی، ۱۴۱۷ق، ۵۷-۵۵).

چهارم: مفاد قاعده، نفی حکم به لسان نفی موضوع است؛ به تعبیر دیگر، ظرف نفی ضرر، عالم عین و خارج است و در مواردی که موضوعات دارای احکام بر مبنای عناوین اولیه است، چنانچه ضرر محتمل باشد، حکم آن موضوع ضرری، مرتفع می شود (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ۲۶۷).

پنجم: مفاد این قاعده بیان نفی حکم ضرری است. به عبارت دیگر اگر حکمی از جانب شارع صادر شده که مستلزم ضرر باشد، اعم از ضرر بر نفس مکلف یا ضرر مالی و...، حکم مزبور به استناد قاعده لاضرر مرفوع می شود (انصاری، ۱۴۱۴ق، ۱۱۹-۱۱۸؛ سیستانی، ۱۴۱۴ق، ۲۰۰).

شایان ذکر است هر دو نظر چهارم و پنجم از حیث نتیجه یکسان هستند؛ لیکن در رویکرد چهارم نفی حکم ضرری از طریق نفی موضوع صورت می پذیرد و بنابراین با نظر پنجم متفاوت است.

بنابراین با توجه به تفاسیر موجود از قاعده لا ضرر، نظر مورد پذیرش مشهور، تفسیر اخیر مبنی بر نفی حکم ضرری است که هم شامل احکام تکلیفی و هم احکام وضعی می شود. در

شریعت اسلام، هر قسم از ضرر نامشروع است و تفاوتی ندارد که این عدم مشروعیت در مرحله ایجاد حق باشد یا اجرای آن. به بیان دیگر شارع، در احکام اولیه اسلام، حکم ضرری وضع نکرده و اگر در مرحله اجرا، برخی از احکام موجب اضرار به اشخاص شود، آن احکام به صورت موردی مرتفع می‌گردند (جعفری، ۱۳۷۷ش، ۸۷). در هر صورت حکم به حق حبس زوجه، یک حکم اولیه برای احقاق حق زوجه بوده و در مرحله وضع موجب ضرر و اضراری نیست. در فرض استناد زوجه به حق حبس، استمتاع زوج معلق به تسلیم و پرداخت یکجا و کامل مهر می‌شود. در فرضی که زوج تمکن مالی داشته با پرداخت کامل مهر و اسقاط حق حبس، مشکلی ایجاد نخواهد شد؛ اما در فرض درج مهریه‌های سنگین، عدم توانایی زوج در پرداخت یکجای آن، اعسار و یا حکم تقسیط پرداخت و نیز اجرای حق حبس زوجه، عامل ایجاد ضرر نسبت به زوج خواهد شد؛ چراکه دادگاه با توجه به اعسار زوج، پرداخت مهریه را تقسیط کرده و زوج ملزم به پرداخت آن در طی مدت قابل توجهی است و در تمام مدت پرداخت مهریه، نفقه زوجه نیز بر ذمه زوج ثابت است و در مقابل زوج از منافع ازدواج و زندگی مشترک تا پرداخت مهریه به طور کامل محروم می‌ماند. در نتیجه به نظر می‌رسد که حکم بقای حق حبس زوجه در چنین فرضی، از مصادیق بارز احکام ضرری بوده و موجب عسر و حرج زوج است که به واسطه قاعده لاضرر منتفی می‌گردد؛ بنابراین با توجه به اینکه مهریه یک قرارداد خصوصی و تابع اراده طرفین است، در مواردی که پرداخت مهریه عندالمطالبه است، اگر زوج توانایی پرداخت آن را داشته باشد و از پرداخت امتناع کند، حق حبس زوجه باقی خواهد ماند؛ اما در صورت تقسیط مهریه و جایی که قید عندالمطالبه در پرداخت مهریه منتفی شده و پرداخت مهر مقید به شرط استطاعت مالی زوج است، به سختی می‌توان برای زوجه حق حبس را باقی دانست. از طرفی باید حق حبس را درجایی جاری بدانیم که در مهریه دلایل و قرائنی مبنی بر عندالاستطاعه بودن زوج وجود نداشته باشد، حال آنکه این قید در قراردادهای مهریه زوجهای جوان با توجه به وضعیت مالی آنها و میزان سنگین مهریه‌ها وجود داشته و فعل غالب مردم ظهور در این دارد که پرداخت مهریه‌ها مقید به عندالاستطاعه بودن زوج می‌باشد. شایان توجه است که برخی از مراجع تقلید حال حاضر در استفتائی با موضوع اعسار زوج و تقسیط مهریه و تأثیر آن

بر حق حبس زوجه، این‌گونه پاسخ داده‌اند که در این فرض حق حبس زوجه ساقط می‌گردد.^۷ بنابراین در فرض وجود مهر سنگین در عقد نکاح و عدم تمکن مالی زوج (اعسار)، در صورتی که تأدیه مهر مقید به استطاعت مالی زوج شود و یا صدور حکم تقسیط پرداخت مهر از جانب دادگاه و یا در صورتی که زوجه به اعسار زوج علم و آگاهی کامل دارد، به نظر می‌رسد می‌توان احکام مهریه مؤجل را نسبت به این موارد اجرا نمود و به استناد قاعده لاضرر قائل به نفی حکم ضرری بقای حق حبس زوجه (اسقاط) و الزام او به انجام وظایف گردید.

نتیجه

امروزه در نظام حقوقی و رویه قضایی فعلی ایران، مستند به ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی و رأی وحدت رویه شماره ۷۰۸ دیوان عالی کشور، شاهد رویکرد غیرمنعطفی نسبت به حق حبس زوجه هستیم: زوجه در هر شرایطی و به صورت مطلق نسبت به تأدیه کامل مهر از جانب زوج، دارای حق حبس و امتناع از انجام وظایف است. این در حالی است که با توجه به شرایط اقتصادی و اجتماعی حال حاضر و عرف ناصواب تعیین مهریه‌های سنگین و خارج از توان مالی زوجهای جوان، در فرض اعسار زوج و تقسیط مهر، حکم به بقای حق حبس زوجه، سبب محرومیت طولانی مدت و یا حتی دائمی زوج از منافع عقد نکاح خواهد بود. ضرری که به واسطه یک حکم به زوج و در دید کلان به نهاد مقدس خانواده وارد می‌شود. بنابراین به نظر می‌رسد با توجه به تفاوت عقد نکاح با سایر عقود معاوضی محض و تفاوت مفهوم قبض، نمی‌توان آن را مشابه حق حبس در سایر عقود معاوضی دانست و بهتر است حق حبس را به عنوان یک ابزار خاص برای دریافت مهر، احقاق حق زوجه و حمایت هم‌زمان از زوجین، با تسامح و تساهل موردپذیرش و اجرا قرار داد. هم‌چنین شایسته است قانونگذار با توجه به تفاوت نظرات فقهای مذاهب اسلامی در فرض اعسار زوج و با در نظر گرفتن تأثیر علم و جهل زوجه به وضعیت مالی زوج در زمان تشکیل عقد نکاح، هم‌چنین ویژگی عندالمطالبه و یا عندالاستطاعه بودن مهریه، اقدام به بازنگری مقرر ۱۰۸۵ قانون

۷. حضرات آیات: محمدتقی بهجت، ناصر مکارم شیرازی، سید عبدالکریم موسوی اردبیلی، حسین نوری همدانی (دادنامه شماره ۸۶۰۹۹۷۰۳۵۲۰۰۰۲۱ مورخ ۱۳۸۶/۵/۲۷ شعبه بیستم دادگاه عمومی حقوقی اصفهان مندرج در روزنامه رسمی).

مدنی نموده و از رأی وحدت رویه شماره ۷۰۸ عدول نماید. لذا پیشنهاد می‌شود: با توجه به وضعیت مالی غالب جوانان در آغاز زندگی مشترک و مهریه‌های غیرمتعارف و سنگین، نظام حقوقی ایران اصل را بر عندالاستطاعه بودن مهریه گذاشته و در مهریه‌هایی که پرداخت آن منوط به توان مالی زوج می‌باشد، حق حبس زوجه را منتفی دانسته و مهریه با وصف عندالمطالبه یک استثناء تلقی شود؛ بنابراین بهتر است وجود و اجرای حق حبس را منوط به صورتی نمود که زوج متمکن بوده و برای فرار از پرداخت و اضرار به زوجه، از تأدیه مهر امتناع می‌نماید. در نتیجه در صورت اعسار زوج و علم زوجه نسبت به این امر و تحقق عقد نکاح و تعیین مهریه بر مبنای این آگاهی، حکم به وجود و بقای حق حبس تا زمان تأدیه کامل مهر مورد تردید و به منزله اقدام زوجه و اسقاط حق حبس خواهد بود. هم‌چنین با توجه به اینکه در مواردی پرداخت مهریه در زمان کوتاهی ممکن نیست و حکم به بقای حق حبس زوجه در صورت اعسار زوج، سبب محرومیت زوج از منافع عقد نکاح، مشقت زوج و مصداق بارز حکم ضرری می‌باشد؛ بنابراین به نظر می‌رسد به استناد قاعده نفی عسر و حرج و نیز قاعده لاضرر، می‌توان حکم به رفع حق حبس زوجه نمود.

فهرست منابع

- قرآن کریم.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم، *کفایة الأصول*، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۹ق.
- ابن براج، عبدالعزیز بن نحیر، *جواهر الفقه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۱ق.
- ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، *الوسیلة الی نیل الفضیلة*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ق.
- ابن سعید حلّی، یحیی بن احمد، *الجامع للشرائع*، قم، مؤسسه سیدالشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ق.
- ابن شاس، عبدالله بن نجم، *عقد الجواهر الثمینیة فی مذهب عالم المدینة*، بیروت، دارالغرب الإسلامی، ۴۲۳ق.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، *المعنی*، قاهره، مکتبه القاہرة، ۱۳۸۸ق.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین، *رسائل فقهیة*، قم، قم، مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۱۴ق.
- همو، *کتاب المکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ق.
- بلخی، نظام الدین، *الفتاوی الهندیة فی مذهب الإمام الأعظم ابی حنیفة النعمان*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۱ق.
- بهوتی، منصور بن یونس، *کشاف التناع عن متن الإقناع*، بیروت، دارالکتب العلمیه، بی تا.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیمولوژی حقوق*، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۴ش.
- جعفری، محمدتقی، *رسائل فقهی*، تهران، نشر کرامت، ۱۳۷۷ش.
- حلّی، حسن بن یوسف، *قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- خانی اوشانی، نیلوفر؛ امیدی، جبرائیل؛ جعفری هرندی، محمد، «تبیین عقد نکاح به اعتبار عقد معاوضی و عقد غیر معاوضی» *مجله مطالعات فقه اسلامی و مبانى حقوق*، شماره ۴۲، ۱۳۹۹ش.
- خمینی، سید روح الله، *بدائع الدرر فی قاعدة نفی الضرر*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۴ق.
- دسوقی، محمد بن احمد، *حاشیة الدسوقی علی مختصر السعد*، بیروت، المکتبه العصریه، ۱۴۲۸ق.
- رشتی، میرزا حبیب الله، *کتاب الاجاره*، بی جا، بی نا، ۱۳۱۰ش.
- رضوی، سیدعلی؛ رضوی، سیدمحمد؛ حق پناه، رضا، «بررسی فقهی-حقوقی اثر اعسار زوج بر حق حبس زوجه» *مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز*، شماره ۲، ۱۳۹۶ش.
- سبزواری، سید عبدالاعلی، *مهذب الأحکام*، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ق.

- سمرقندی، محمد بن احمد، *تحفة الفقهاء*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۵ق.
- سیستانی، سیدعلی، *قاعده لا ضرر ولا ضرار*، قم، مکتب آیت الله العظمی السید علی السیستانی، ۱۴۱۴ق.
- شریعت اصفهانی، فتح الله بن محمدجواد، *قاعده لا ضرر*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، بیروت، مؤسسه الأعلمی، بی تا.
- همو، *مسالك الأفهام الی تنقیح شرائع الإسلام*، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ق.
- صفایی، سیدحسین، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۵ش.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، *العروة الوثقی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۱ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *الخلاص*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
- همو، *المبسوط فی فقه الإمامیه*، تهران، المکتبه المرتضویة، ۱۳۸۷ق.
- عظیم زاده اردبیلی، فائزه، «حق حبس در نظام حقوقی خانواده در اسلام»، *مجله فقه و حقوق خانواده*، شماره ۵۴، ۱۳۹۰ش.
- علیشاهی قلعه جوقی، ابوالفضل، «تفریق بین زوجین به سبب ناتوانی زوج در تأمین نفقه زوجه در فقه اسلامی»، *مجله فقه مقارن*، شماره ۱۱، ۱۳۹۷ش.
- فاضل لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - الاجارة*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۳۸۱ش.
- کاسانی، ابوبکر بن مسعود، *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۶ق.
- ماوردی، علی بن محمد، *الحاوی الکبیر فی فقه مذهب الإمام الشافعی و هو شرح مختصر المزنی*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۹ق.
- محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه: بخش مدنی ۲*، تهران، سمت، ۱۳۸۱ش.
- مرتاضی، احمد؛ زبردست، سمیه، «اثر اعسار زوج بر حق امتناع زوجه از تمکین در فقه اسلامی، حقوق ایران و افغانستان»، *مجله مطالعات تقریبی مذاهب اسلامی*، شماره ۴۹، ۱۳۹۷ش.
- مغنیه، محمدجواد، *فقه الإمام الصادق*، قم، مؤسسه انصاریان، ۱۳۷۹ش.
- مفید، محمد بن محمد، *المقنعة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
- مقدم، عیسی؛ فروتن، یوسف؛ داداشی، محمدرضا؛ مقصودی، رضا، «نقد رویه قضایی در اعمال حق حبس زوجه در پرتو سابقه فقهی»، *مجله فقه و حقوق خانواده*، شماره ۷۳، ۱۳۹۹ش.
- موسوی بجنوردی، سید محمد، *قواعد فقهیه*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۹ش.

- نجفی خوانساری، شیخ موسی، قاعده لاضرر، اصفهان، مطبعه اصفهان، ۱۴۲۱ق.
- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ق.
- نووی، یحیی بن شرف، روضة الطالبین و عمدة المفتین، بیروت، المكتب الإسلامی، ۱۴۱۲ق.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود، موسوعة الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت، ۱۴۲۶ق.