

Legal Basis of a Wife's Right to Withhold Conjugal Relations in Twelver Shi'a and Sunni Jurisprudence and Afghan Law

Mohammad Javad Asghari¹ 

1. Ph.D. in Private Law, Al-Mustafa International University, Qom, Iran.
E-mail: mohammadjavadasghari67@gmail.com

Article Info

Article type:
Research
Article

Article history:

Received:
06/06/2025
Received in
revised form:
30/08/2025
Accepted:
15/09/2025
Available
online:
03/10/2025

Keywords:

Husband, Wife,
Imamiyyah
Jurisprudence,
Sunni, Law,
Right of
Retention,
Submission,
Sexual
Enjoyment,
Refusal.

ABSTRACT

The right of retention (Haqq al-Habs) is a well-established doctrine in commutative contracts, by virtue of which either party may withhold the performance of their obligation should the other party fail to fulfill their reciprocal commitment. Jurists have extended this principle to the contract of marriage (Nikah), asserting that if the dower (Mahr) is prompt (Hal), the wife may lawfully refuse marital submission (Tamkin) until she receives her dower in full. This subject has long been a matter of scholarly deliberation within Imami and Sunni jurisprudence, as well as in the legal frameworks of several Islamic nations, including Afghanistan. By focusing on the examination and critique of the evidence supporting the wife's right of retention in Imami jurisprudence, Sunni jurisprudence, and Afghan law, this research scrutinizes the jurisprudential and legal foundations of this right. The significance of this study lies in the direct correlation between the right of retention, the equilibrium of spousal obligations, and the protection of the wife's financial rights within the family structure. The necessity of this research stems from the lack of comprehensive comparative studies and the demand for an efficient analytical framework of the underlying evidence to inform legislation and judicial precedent. The findings indicate that while the wife's right of retention is deemed permissible across the studied legal systems, a critical analysis of the evidence suggests that the narrations (Riwayat) and the "Rule of Exchange" in Imami jurisprudence are insufficient to establish this right. Furthermore, the analogy (Qiyas) between marriage and sale (Bay') in Sunni jurisprudence is identified as a flawed analogy (Ma'al-fariq). Ultimately, it appears that the only tenable evidence is the consensus (Ijma') of the jurists, provided that such consensus is not "documented" (Madraki)—meaning it should not be derived solely from the aforementioned narrations; otherwise, it would lose its independent evidentiary authority.

Cite this article: Asghari, M. (2025). Legal Basis of a Wife's Right to Withhold Conjugal Relations in Twelver Shi'a and Sunni Jurisprudence and Afghan Law, *Kateb Journal of Law*, 4 (1), 19-35.



© The Author(s).

Publisher: Kateb University.

مستندات حق حبس زوجه در فقه امامیه، فقه اهل سنت و حقوق افغانستان

محمد جواد اصغری 

۱. دکترای حقوق خصوصی، جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران.
ایمیل: mohammadjavadasghari67@gmail.com

چکیده

حق حبس از حقوق شناخته شده در عقود معاوضی است که به موجب آن، هر یک از طرفین می‌تواند در صورت عدم ایفای تعهد از سوی طرف مقابل، از اجرای تعهد خود امتناع کند. فقها این قاعده را به عقد نکاح نیز تسری داده‌اند و بر این باورند که در صورت حال بودن مهریه، زوجه می‌تواند تا زمان دریافت کامل آن، از تمکین خودداری نماید؛ موضوعی که از دیرباز در امامیه و اهل سنت و قوانین برخی کشورهای اسلامی از جمله افغانستان مورد بحث و مذاقه قرار گرفته است. این تحقیق با تمرکز بر بررسی و نقد ادله حق حبس زوجه در فقه امامیه، فقه اهل سنت و حقوق افغانستان، به واکاوی مبانی فقهی و حقوقی این حق می‌پردازد. اهمیت تحقیق از آن جهت است که حق حبس زوجه با تعادل تعهدات زوجین و حمایت از حقوق مالی زن در خانواده ارتباط مستقیم دارد. ضرورت پژوهش نیز ناشی از خلأ مطالعات تطبیقی جامع و نیاز به تحلیل کارآمد ادله برای بهره‌برداری در تقنین و رویه قضایی است. یافته‌های تحقیق حاکی از آن است که اگرچه حق حبس زوجه از منظر فقه امامیه، فقه اهل سنت و حقوق افغانستان جایز شمرده شده، اما واکاوی ادله آن نشان می‌دهد که دلالت روایات و قاعده معاوضه بر این حق در فقه امامیه تمام نیست و قیاس نکاح به بیع در فقه اهل سنت نیز با اشکال معالفارق مواجه است. در نهایت، به نظر می‌رسد تنها دلیل قابل استناد، اجماع فقها است، مشروط بر این که این اجماع، مدرکی و ناشی از استنباط از روایات نباشد؛ چرا که در این صورت، اعتبار خود را از دست می‌دهد.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۳/۱۶

تاریخ ارزیابی: ۱۴۰۴/۰۶/۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۲۴

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۷/۱۱

واژه‌های کلیدی:

زوج، زوجه، فقه امامیه، اهل سنت، حق حبس، تمکین، استمتاع

استناد: اصغری، محمد جواد (۱۴۰۴). مستندات حق حبس زوجه در فقه امامیه، فقه اهل سنت و حقوق افغانستان. *دوفصلنامه حقوق کاتب*، ۴ (۱)، ۳۵-۱۹.



© نویسندگان.

ناشر: پوهنتون کاتب.

مقدمه

حق حبس از جمله حقوقی است که در فقه و حقوق، در قالب عقود معوض برای طرفین قرارداد به رسمیت شناخته شده است. هدف از این حق، تأمین ضمانت اجرایی برای تعهدات متقابل است؛ به گونه‌ای که در صورت عدم اجرای تعهد از سوی یکی از طرفین، طرف متضرر بتواند با اعمال این حق، طرف دیگر را ملزم به وفای به عهد کند. طرفین عقد، اعم از فروشنده و خریدار یا موجب و قابل، از این حق برخوردارند. حق حبس پیشینه‌ای دیرینه در متون فقهی و حقوقی دارد و در کلیه قراردادهای معوض به عنوان تضمینی برای اجرای تعهدات پذیرفته شده است. در باب نکاح نیز حق حبس زوجه به این معناست که زن می‌تواند تا دریافت کامل مهریه، از انجام تکالیف زناشویی (تمکین خاص) در مقابل شوهر خودداری کند. اکثر فقها وجود این حق را برای زوجه تأیید کرده‌اند. پرسش اصلی و محوری این تحقیق حول دلایل و مستندات این حق است؛ این که به چه دلیل زوجه می‌تواند تا زمان دریافت مهریه از تمکین امتناع ورزد؟ مبنای دلیل شرعی این حق چیست؟ این پژوهش در پی یافتن پاسخی مستدل به این پرسش‌هاست. روش تحقیق در این مطالعه، به صورت توصیفی - تحلیلی با رویکرد تطبیقی خواهد بود و موضوع از سه منظر مورد بررسی قرار می‌گیرد: فقه امامیه؛ با مراجعه به متون فقهی قدیم و جدید. فقه اهل سنت؛ با بررسی دیدگاه‌های فقه‌های مذاهب مختلف اهل سنت در متون سنتی و معاصر. حقوق افغانستان؛ با تحلیل مقررات موضوعه و رویه قضایی. در نهایت، پس از تجزیه و تحلیل داده‌ها، نتیجه‌گیری نهایی به دست خواهد آمد.

۱. مفهوم شناسی

الف. حق حبس

حق حبس مرکب از دو واژه «حق» و «حبس» است. حق در لغت به معنای ثابت، ضد باطل، واجب (جوهری، ۱۴۲۹ق، ج ۴: ۱۲۶؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰: ۴۹) آمده است. در اصطلاح برخی فقیهان، حق به حسب مفهوم، نوعی از سلطنت بر شیء یا نوعی سلطنت بر شخص و نیز مرتبه ضعیفی از ملک، بلکه نوعی از ملک می‌باشد. (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱: ۴) از نظر محقق اصفهانی، حق سلطنت است، اما از نوع اعتباری نه تکلیفی. (یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱: ۲۸۰) از نظر برخی فقه‌های دیگر، حق نه ملک است، نه سلطنت و نه مرتبه‌ای از مراتب آن دو؛ حق را حکمی وضعی و اعتباری دانسته‌اند که گاهی آن را عقلا و گاهی شارع اعتبار می‌کند (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱: ۳۹-۶۰)، اما در اصطلاح حقوقی، حق به معنای امتیازات قانونی برای اشخاص (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۲۱۶) و توانایی که شخص بر چیزی یا بر کسی به حکم قانون داشته باشد، (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ج ۳: ۱۶۶۹) آمده است. حبس در لغت به معنای ممانعت از رسیدن به چیزی (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲: ۲۱۶) آمده است؛ همچنین الحبس به معنای منع و امساک و ضد تخلیه به کار رفته است. (الزبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۸: ۲۳۴؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۶: ۴۴) در لغت فارسی، حبس به معنای زندانی کردن، بازداشتن و نیز به معنای زندان و محبس آمده است. (معین، ۱۳۷۵، ج ۱: ۱۳۳۸)

به‌طور کلی، حق حبس در اصطلاح فقهی و حقوقی به حق امتناع متقابلی اطلاق می‌شود که هریک از طرفین عقد در مقابل طرف دیگر دارد؛ بدین معنا که اگر یکی از طرفین معامله تعهد خود را انجام ندهد،

طرف دیگر می‌تواند از انجام تعهد خود امتناع کند و حق دارد تا زمانی که طرف مقابل عوض را تسلیم نکرده، از تسلیم معوض خودداری کند. (امامی، بی‌تا، ج ۱: ۲۲۵؛ محقق داماد، بی‌تا: ۲۴۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱، ج ۳: ۱۶۹۸)

حق حبس در نکاح: زوجه این حق را دارد که قبل از دخول از تمکین در مقابل شوهر امتناع کند، تا این‌که مهریه خود را دریافت کند. (نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۳۱: ۴۱) یکی از فقها حق حبس را با عبارت زیر بیان کرده است: «ولها أن تمتنع قبل الدخول من تسلیم نفسها حتی تقبض المهر، سواء كان الزوج موسراً أو معسراً» (الکرکی، ۱۴۱۱ق، ج ۱۳: ۳۵۳) و زن می‌تواند پیش از همبستری، از تسلیم خود [به شوهر] خودداری کند تا زمانی که مهریه‌اش را دریافت کند؛ خواه شوهر دارا یا نادار باشد.

در تعریف نهایی می‌توان گفت: حق حبس عبارت است از خودداری از همخوابگی با شوهر. این امر شامل سایر وظایفی که زن در برابر شوهر دارد - مانند تکلیف مربوط به حسن معاشرت با او - نمی‌شود. به بیان دیگر، حق حبس ناظر به تمکین به معنای خاص آن است. (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ج ۱: ۱۴۴)

ب. حق تمکین

تمکین در لغت، مصدر باب تفعیل از «مَكَّنَ يُمَكِّنُ» به معنای امکان دادن و رفع موانع، یا دادن ابزاری است که طرف را قادر به انجام فعلی سازد. در منابع لغوی آمده است: «التمکین» به معنای برداشتن موانع است؛ یعنی خداوند به بنده‌اش توانایی و ابزاری عطا کرد که با آن قادر به انجام کار باشد. (حمیری، ۱۴۲۰ق، ج ۱: ۶۳۶) همچنین تمکین در لغت به معنای تن‌دردادن و دادن سلطه و اختیار به دیگری است. (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶ق، ج ۲: ۶۳۳)

در اصطلاح فقهی، تمکین زوجه عبارت است از این‌که زوجه خود را برای استمتاع در اختیار شوهر قرار دهد و استمتاع شوهر از خود را - جز در موارد وجود مانع عقلی یا شرعی - محدود به زمان، مکان یا کیفیت خاصی نکند. (نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۳۱: ۳۰۳) از منظر فقه، تمکین از حقوق واجب شوهر بر زن است و در صورت خودداری زن از آن بدون عذر شرعی، نفقه او به سبب عدم تمکین - که موجب نشوز می‌شود - بر شوهر واجب نخواهد بود. تعریف دیگری نیز از تمکین ارائه شده است: مراد از تمکین آن است که زن خود را در هر مکان و در هر حال در اختیار شوهر قرار دهد، مگر در مواردی که به جهت عذر شرعی معذور باشد؛ مانند ایام حیض، هنگام احرام، در حال بیماری که نتواند تمکین کند و موارد مشابه. (میرزای قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۴: ۳۵۹)

ج. حق استمتاع

استمتاع از ماده «م ت ع» و از باب استفعال، به معنای طلب منفعت و لذت است. (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق: ۲۱۶؛ جوهری، ۱۴۲۹ق، ج ۳: ۱۲۸۲؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۸: ۳۲۹) در اصطلاح، استمتاع به معنای لذت جنسی بردن از راه مشروع یا نامشروع، از طریق آمیزش، بوسیدن، نگاه کردن، لمس کردن و مانند این‌هاست. (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶ق، ج ۱: ۴۵۵) این واژه، همانند معنای لغوی خود که طلب لذت و انتفاع است، در فقه نیز معمولاً در مورد لذت بردن از زن، از طریق آمیزش جنسی، لمس، نگاه و

موارد مشابه به کار می‌رود (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۳۳ق، ج ۲: ۴۳۲) در زبان فارسی نیز استمتاع به معنای بهره‌بردن، بهره‌گیری، برخورداری و همچنین لذت بردن و لذت‌جویی آمده است. (انوری، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۳۸۸)

۲. سابقه حق حبس در فقه

مسأله «حق حبس» در فقه، سابقه طولانی دارد و در اکثر منابع مهم فقهی فریقین، این بحث مطرح شده و به عنوان حقی مسلم برای زوجه پذیرفته شده است. فقها تصریح کرده‌اند که زوجه پیش از دخول، حق دارد از تسلیم نفس خودداری کند تا مهریه‌اش را دریافت کند؛ در صورتی که مهریه حال باشد -خواه زوج توانگر باشد یا ناتوان، و خواه مهریه، عین باشد یا منفعت، متعین باشد یا کلی فی‌الذمه- در این مورد اجماع وجود دارد، به استثنای مورد زوج معسر که برخی فقها قائل به عدم حق امتناع برای زن شده‌اند. (طباطبایی، ۱۴۲۰ ق، ج ۱۰: ۴۵۸)

از مفهوم عبارت برخی فقها استفاده می‌شود که اگر شوهر تنگدست و معسر باشد، زن حق امتناع ندارد (ابن ادریس، ۱۴۲۸ ق، ج ۲: ۶۰۱)؛ زیرا در چنین شرایطی، زوجه حق فوری مطالبه مهریه از شوهرش را ندارد. اما شهید ثانی در «روضه» این قول ابن ادریس را ضعیف می‌داند و می‌گوید: «نبود حق مطالبه فوری دین، به این معنا نیست که تسلیم نفس، پیش از دریافت عوض واجب باشد.»

به طور مشخص، فقهای مشهوری مانند صاحب «مدارک»، صاحب «ذخیره» و صاحب «حداثق» در موضوع حق حبس زوجه مناقشه کرده‌اند. صاحب حدائق با حق حبس مخالف است و معتقد است هیچ یک از زن و شوهر حق امتناع ندارند و هر کدام باید حق طرف مقابل را ادا کنند، حتی اگر دیگری به تعهد خود عمل نکرده باشد. وی در رد استدلال به روایات مربوطه می‌گوید: «آنچه از روایات و فتاوای مسلم برمی‌آید، این است که عقد نکاح به خودی خود موجب حلیت تمکین است؛ بنابراین، مشروط کردن این حلیت به پرداخت مهریه، با آن روایات و فتاوای مسلم ناسازگار است.» از این رو، او «عدم حلیت» در روایات مورد استدلال طرفداران حق حبس را بر کراهت شدید حمل می‌کند. (بحرانی، ۱۴۱۳ ق، ج ۲۴: ۴۶۸)

یکی از اساتید فقه در نقد این دیدگاه می‌فرماید: «این که صاحب حدائق فرموده است هریک از زوج و زوجه حق امتناع ندارند، سخن کاملی نیست؛ چرا که در جلد ۲۱ وسائل الشیعه، باب مستقلی تحت عنوان «حق امتناع مرأه» وجود دارد: «بَابُ كَرَاهَةِ الدُّخُولِ قَبْلَ إعْطَاءِ الْمَهْرِ أَوْ بَعْضِهِ وَ أَنَّ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَمْنَعَ مِنَ الدُّخُولِ حَتَّى تَقْبِضَ مَهْرَهَا»؛ بنابراین، ادعای این که زوجه حق امتناع ندارد، ادعای درستی نیست.» (جوادی آملی، تقریرات درس، ۱۳۹۷/۴/۱۱)

یکی دیگر از فقهایی که در این موضوع به مناقشه پرداخته، مرحوم سید محمد عاملی، صاحب کتاب «مدارک» در اثرش «نهایة المرام» است. او می‌نویسد: به‌عنوان دلیل در این مسأله به‌نصی دست نیافتیم، اما آنچه در این باره می‌توان اظهار نظر کرد این است که تسلیم کردن زن خود را به شوهر، حقی است بر عهده او، و تسلیم کردن مهریه به زن نیز حقی است بر عهده شوهر. پس بر هریک از آن‌ها واجب است که حق دیگری را ادا نمایند و اگر یکی از آن‌ها در این امر کوتاهی کند، مرتکب معصیت شده است. با این حال، با

انجام این معصیت، حق دیگری ساقط نمی‌شود. (موسوی عاملی، ۱۳۶۹، ج ۱: ۴۱۴) با وجود نظر مخالف در این مورد، اکثریت قریب به اتفاق فقهای امامیه قائل به «حق حبس» هستند.

در فقه اهل سنت نیز اتفاق نظری در مورد جواز امتناع زوجه وجود دارد. وهبه‌الزحیلی، خلاصه دیدگاه فقهای مذاهب چهارگانه اهل سنت را در مورد حق حبس زوجه این‌گونه بیان کرده است:

«خلاصه: فقها اتفاق نظر دارند که زن قبل از نزدیکی حق دارد خود را (از شوهر) بازدارد تا مهریه معین و فوری خود را دریافت کند، اما نسبت به مهریه مؤجل (مدت دار) این حق را ندارد. پس از نزدیکی در مورد حق بازداشتن خود، اختلاف نظر وجود دارد: ابوحنیفه گفته است: زوجه این حق را دارد (که خود را بازدارد) و دیگر فقها گفته‌اند: این حق را ندارد.» (الزحیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۹: ۶۷۹۳) به این ترتیب، همه فقها بر محق بودن زن در امتناع از تمکین پیش از دریافت مهریه معجل اتفاق نظر دارند، اما در مورد مهریه مدت‌دار، زن حق امتناع ندارد. اختلاف نظر در مورد دوران پس از دخول است: ابوحنیفه معتقد است حتی پس از دخول نیز زن می‌تواند از تمکین خودداری کند، اما جمهور فقهای اهل سنت و همچنین فقهای امامیه بر این باورند که پس از دخول، زوجه حق امتناع ندارد.

۳. مستندات فقهی حق حبس

در اصل حق حبس برای زوجه قبل از آمیزش و پیش از دریافت مهر، نزد فقهای امامیه و اهل سنت، امری مسلم و غیرقابل بحث است. این پژوهش به بررسی مبانی و مستندات این حق می‌پردازد و در پی پاسخ به این پرسش است که به چه دلیل یا دلایلی زوجه چنین حقی دارد؟ برای دستیابی به پاسخی دقیق، متون فقهی امامیه و اهل سنت مورد تحلیل قرار خواهد گرفت. صاحب جواهر و دیگر فقها، دلایل و مستندات مطرح‌شده در فقه را به صورت پراکنده در مقام اثبات حق حبس و مشروعیت آن برای زوجه بیان کرده‌اند. ایشان با استناد به یک روایت و همچنین چند قاعده فقهی استدلال می‌کند که در صورت عدم اعطای حق حبس به زن، به او ظلم شده، دچار عسر و حرج گشته و متحمل ضرر می‌شود. همچنین، استدلال شده که «بُضْع» (حق برقراری رابطه زناشویی) به اجماع، عوض محسوب می‌شود و مهریه معاوضه آن است؛ از آنجا که نکاح شبیه عقد معاوضی است، احکام عقود معاوضی بر آن جاری می‌شود. سپس ایشان اظهار می‌دارند که اخبار و روایات بسیاری بر این امر دلالت دارند که آن چه مرد به زن می‌پردازد (مهریه)، در ازای تمکین و حلال شدن برقراری رابطه زناشویی برای اوست. (نجفی، ۱۴۰۴ ق، ج ۳۱: ۴۱)

به طور کلی، دلایل و مستنداتی که فقهای امامیه برای جواز و مشروعیت حق حبس به آن‌ها تمسک جستند، به سه دلیل اصلی بازمی‌گردد: ۱. دسته‌ای از روایات، ۲. قاعده معاوضه، ۳. ادعای اجماع. در مقابل، در فقه اهل سنت تنها دلیل اصلی برای اثبات این حق، قیاس نکاح به بیع است.

دلیل اول: روایات

تعدادی از فقها، از جمله صاحب حدائق، صاحب مدارک، صاحب جواهر و دیگران، ادعا کرده‌اند که روایات مربوط به «حق حبس زوجه» به حد تواتر نرسیده، اما به حد استفاضه رسیده است. برای اثبات این حق و جواز آن، به تعدادی از روایات استدلال شده که یکی از آن‌ها «مؤثقه سماعه» است.

الف. موثقه سماعه

متن روایت سماعه چنین است: «سَأَلَتْهُ عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ جَارِيَةً أَوْ تَمَتَّعَ بِهَا، ثُمَّ جَعَلَتْهُ مِنْ صَدَاقِهَا فِي حِلٍّ، أَيْجُوزُ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا قَبْلَ أَنْ يُعْطِيَهَا شَيْئًا؟ قَالَ: نَعَمْ؛ إِذَا جَعَلَتْهُ فِي حِلٍّ فَقَدْ قَبِضَتْهُ مِنْهُ» (حر عاملی، ۱۴۱۴ ق، ج ۲۱: ۶۳)؛ ترجمه و مفهوم: از امام پرسیدم درباره مردی که با زنی ازدواج کرده (دائم یا منقطع) و سپس آن زن، مهریه خود را به او بخشیده است (یعنی او را از پرداخت مهریه حلال کرده است) آیا جایز است که پیش از دادن چیزی به او، با وی آمیزش کند؟ امام فرمود: آری، هنگامی که او را حلال کرده، در حقیقت آن (مهریه) را از او دریافت کرده است.

صاحب جواهر در استدلال به این روایت می‌گوید: اگر برای زوجه حق امتناع (حبس) نباشد، برای او عسر و حرج لازم می‌آید و ضرری بر او وارد می‌شود و این ظلم در حق اوست؛ زیرا بضع در مقابل مهر است (به اجماع) نکاح شبیه معاوضه است. بنابراین، آنچه زوج به زوجه می‌پردازد (مهر)، او را مجاز به استفاده (دخول) می‌سازد و بهره‌برداری از فرج برایش حلال می‌شود. (نجفی، ۱۳۷۴، ج ۳۱: ۴۱) در تحلیل این روایت، از دو جهت می‌توان بحث کرد، سند و دلالت:

۱. بررسی سندی روایت

سند این روایت اشکالی ندارد و راویان آن همگی ثقة هستند. روایت‌های سماعه به «موثقه» بودن موسوم‌اند و اخبار او توثیق شده‌است. اگرچه سماعه واقفی‌مذهب است، از امام صادق و امام کاظم (علیهما السلام) روایت نقل کرده است، ولی رجالیان او را توثیق کرده‌اند و حتی درباره او گفته‌اند: «ثقة». (مازندرانی، ۱۴۱۶ ق، ج ۳: ۴۰۷) دیگر راویان در سلسله سند، مانند «زرعه» نیز اگرچه واقفی هستند، اما توثیق شده‌است. یکی از رجالیان در این باره گفته است: «و زَرَعَةُ وَ سَمَاعَةُ مُوثَقَانِ...» (بحرالعلوم، ۱۳۶۳، ج ۴: ۹۱)

۲. بررسی دلالتی روایت

در مورد دلالت این روایت بر موضوع مورد بحث، اشکالاتی مطرح شده است: صاحب جامع المدارک می‌گوید: مفهوم روایت دلالت بر عدم جواز دخول قبل از قبض مهر دارد و مراد از امتناع زوجه، خودداری از تسلیم نفس برای مطلق استمتاع نیست. آنچه از سؤال سائل و پاسخ امام مستفاد می‌شود، تنها عدم جواز «دخول» است، نه سایر استمتاعات. بنابراین، این روایت نمی‌تواند دلیلی برای اثبات مدعای کلی حق حبس باشد. همچنین بعید نیست که سیاق این روایت، مانند برخی روایات دیگر (مانند خبر ابی بصیر)، بر کراهت حمل شود. (خوانساری، ۱۳۸۹ ق، ج ۴: ۴۲۴) فقیه دیگری بیان کرده است که این روایت در صدد بیان حکم زوج است که قبل از اعطای مهر، دخول نکند؛ نه این‌که در صدد بیان حکم زوجه باشد تا از او سلب حق امتناع از تمکین کند. (شیرازی، ۱۴۳۳ ق، ج ۳: ۱۸۶)

ب. روایت ابی بصیر

ابی بصیر از امام صادق (ع) نقل می‌کند که فرمودند: «وقتی مردی با زنی ازدواج کند، آمیزش با او حلال نمی‌شود مگر این که چیزی - چه یک درهم یا بیشتر - یا هدیه‌ای از آرد و نان یا مانند آن را برایش بفرستد.» (حر عاملی، ۱۴۱۴، ق، ج ۲۱: ۲۵۴)

بررسی سند

این روایت از نظر سندی با اشکال مواجه است. اگرچه راوی اصلی آن «ابی بصیر» از راویان مورد اعتبار است، اما در سلسله سند این روایت، فردی به نام «محمد بن علی» با کنیه «ابوسمینه» قرار دارد که رجالیان او را به داشتن عقیده‌ای فاسد و دروغ‌گویی تضعیف کرده‌اند. (ابن داوود، ۱۳۹۲ق. : ۲۷۴) بنابراین، سند این روایت ضعیف محسوب می‌شود.

بررسی دلالت:

حتی در صورت فرض صحت سند، دلالت این روایت بر حرمت آمیزش قبل از پرداخت هدیه، قطعی نیست و دیدگاه‌های دیگری در تفسیر آن وجود دارد:

۱. **کراهت به جای حرمت:** برخی فقها مانند صاحب «جامع المدارک» با توجه به سیاق روایت معتقد است این روایت تنها بیانگر کراهت آمیزش قبل از پرداخت هدیه است، نه حرمت آن. بر این اساس، این روایت حق زن برای امتناع از رابطه قبل از دریافت هدیه را تقویت می‌کند، اما انجام آن را حرام نمی‌داند. (خوانساری، ۱۳۸۹، ق، ج ۴: ۴۲۴)

۲. **استحباب و افضلیت:** دیدگاه دیگر این است که روایت درصدد بیان یک عمل مستحب و پسندیده است. همان‌طوری که محقق کرکی از شیخ طوسی نقل می‌کند، این روایت دلالت بر افضلیت و استحباب پرداخت هدیه دارد، نه وجوب یا حرمت. بنابراین، پرداخت آن بهتر است، اما ترک آن حرام نیست. (محقق کرکی، ۱۴۱۱، ق، ج ۱۳: ۴۴۵)

نتیجه‌گیری: با توجه به اشکال در سند و همچنین عدم قطعیت در دلالت، این روایت را نمی‌توان دلیلی محکم بر حرمت شرعی آمیزش قبل از پرداخت بخشی از مهر یا هدیه دانست. برداشت قوی‌تر از آن، تأکید بر استحباب اخلاقی این عمل یا بیان کراهت آن است.

ج. صحیحہ فضیل

عن الفضیل عن ابی جعفر (ع) فی رجل تزوج امرأه و دخل بها... اما الصداق فالذی اخذت من الزوج قبل ان یدخل بها هو الذی حل للزوج به فرجها قلیلاً کان او کثیراً اذا هی قبضته منه و قبلت و دخلت علیه ولا شیء لها بعد ذلک. (کلینی، ۱۳۶۷، ج ۵: ۳۸۵؛ حر عاملی، ۱۴۲۹، ج ۱۵: ۱۷) بر اساس روایت فضیل از امام باقر -علیه‌السلام- درباره مردی که زنی را به ازدواج خود درآورده و با او همبستر شده است، از امام در باره مهر او سؤال شد امام فرمود: «اما درباره مهریه، آن چه که زن از شوهرش قبل از همبستری گرفته است، در مقابل آن، خودش را برای شوهر حلال کرده است؛ کم باشد یا

زیاد، به شرطی که آن را از شوهر گرفته و قبول کرده و به خانه شوهر رفته باشد. پس از آن، چیزی بیشتر برای او نیست»

بر اساس این حدیث، اگر زن مهریه خود را (چه کم و چه زیاد) قبل از همبستری دریافت کند و آن را بپذیرد و به خانه شوهر برود، در مقابل همان مهریه، خود را برای شوهر حلال کرده و پس از آن حق مطالبه مهریه بیشتری ندارد.

یکی از روایاتی که برای اثبات «حق امتناع زوجه» (حق حبس) به آن استدلال شده، روایت فضیل بن یسار است. از منظر سند، این روایت را فضیل بن یسار نقل کرده که مورد توثیق رجالیان قرار گرفته است. نام او در اسناد بیش از ۲۵۴ حدیث ذکر شده و امام صادق (ع) درباره اش از تعبیر «منا اهل البیت» استفاده کرده است. رجالیان، فضیل را از اصحاب امام باقر (ع) و امام صادق (ع) و نیز از اصحاب اجماع می دانند. (طوسی، ۱۴۱۵ق. : ۲۶۹ و ۱۴۳؛ همو، بی تا، ج ۲ : ۵۰۷)

در مورد استدلال به این روایت، باید گفت فقها حق امتناع زوجه را پیش از دریافت تمام مهریه اثبات می کنند، در حالی که این روایت، دریافت بخشی از مهر را موجب حلیت آمیزش می داند. علاوه بر این، لحن روایت حاکی از آن است که با پرداخت مهر، آمیزش جنسی حلال می شود و مفهومی این است که بدون پرداخت هیچ چیز، آمیزش مباح نیست؛ حال آن که تمام فقها معتقدند حلیت به واسطه عقد نکاح ایجاد می شود، نه پرداخت مهر. بنابراین، حتی اگر در عقد نکاح مهریه تعیین نشود و زوجه تمکین کند، باز هم حلیت وجود دارد. (بحرانی، ۱۴۱۳ق، ج ۲۴ : ۴۶۵)

روایات متعددی در کتاب های روایی همچون وسائل الشیعه و اصول کافی در این باب وارد شده و فقها به آن ها استدلال کرده اند؛ اما از آن جا که دلالت هیچ یک از این روایات بر موضوع کامل نیست، از ذکر آن ها صرف نظر می شود.

نتیجه این بخش آن است که استدلال به این روایات برای اثبات ادعای حق حبس کافی نیست و به همین دلیل، قول به عدم جواز امتناع زوجه از تمکین، به صواب نزدیک تر است. (شیرازی، ۱۴۳۳ق، ج ۳ : ۱۸۶)

در فقه مذاهب چهارگانه اهل سنت، برای مشروعیت حق حبس، هیچ استنادی به روایات صورت نگرفته و گویا در منابع روایی اهل سنت روایتی در این زمینه وجود ندارد که نقل نشده است.

دلیل دوم: تمسک به قاعده معاوضه

یکی از دلایل اثبات مشروعیت حق امتناع زوجه، قاعده معاوضه است. صاحب جواهر برای اثبات این مسأله به قاعده معاوضه استناد کرده است. (نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۳۱ : ۴۱) او بیان داشته که اگرچه مهر از ارکان نکاح دائم نیست و نمی توان آن را عقد معاوضی به حساب آورد، اما در صورتی که مهر در نکاح دائم ذکر شود، این صنف از نکاح جنبه معاوضی پیدا می کند. شیخ انصاری نیز در کتاب نکاح، وطی و مهر را به منزله عوضین فرض کرده است. (انصاری، ۱۴۱۵ق. : ۲۶۵) مفهوم سخن ایشان این است که در نکاحی که مهر معین شده باشد، نوعی معاوضه صورت گرفته و زوجه حق دارد، پیش از تمکین از دریافت تمام مهر خودداری کند. بنابراین، عقد نکاح در فقه، عقدی معاوضی، شبه معاوضی یا در حکم معاوضی تلقی می شود.

در معاوضات، هریک از طرفین می‌تواند از اجرای تعهد خود امتناع کند تا طرف دیگر تعهد خویش را انجام دهد؛ به عبارت دیگر، «حسب در مقابل حسب» است. (عاملی، ۱۴۲۵ق، ج ۸: ۱۹۱-۱۹۲؛ نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۳۱: ۴۱؛ انصاری، ۱۴۱۵ق. : ۲۶۱-۲۶۶)

اکثریت فقهای امامیه معتقدند عقد نکاح در حکم عقد معاوضی است و این مسأله در فقه امامیه مورد وفاق است. اما در فقه اهل سنت، اکثر فقها مستقیماً به قاعده معاوضه استناد نکرده، بلکه نکاح را به بیع قیاس کرده‌اند که در نهایت نتیجه‌ای مشابه قاعده معاوضه دارد؛ زیرا بیع خود نوعی معاوضه است. اما در فقه حنفی، عقد نکاح معاوضی شمرده می‌شود. کاسانی در این باره می‌نویسد: «عقد نکاح صحیح موجب مهر می‌شود. عقد نکاح، عقد معاوضه است؛ معاوضه مهر با بضع، چه مهر مفروض باشد یا غیرمفروض. زن قبل از دخول می‌تواند از تمکین در مقابل شوهر امتناع کند تا تمام مهر خود را دریافت کند، بویژه اگر به‌خانه شوهر منتقل شده باشد. در این صورت حق زن متعین می‌شود و تسلیم در برابر تسلیم قرار می‌گیرد؛ زیرا مهر، عوض بضع است، همان‌طوری که ثمن عوض مبیع است و بایع حق حسب مبیع را دارد تا ثمن را به‌دست آورد، زن نیز حق حسب نفس خود را برای استیفای مهر دارد.» (کاسانی، ۱۴۰۹ق، ج ۲: ۲۸۷) یکی دیگر از فقهای حنفی نیز بیان داشته که زن حق دارد از تمکین خودداری کند تا مهر خود را دریافت کند. (ابن نجیم، ۱۳۸۱ق، ج ۳: ۳۰۹)

فقهای شافعی نیز این موضوع را در منابع فقهی خود مطرح کرده‌اند. برای نمونه، ماوردی در کتاب «الحاوی الکبیر» بابتی با عنوان «باب الحکم فی الدخول واغلاق الباب و إرخاءالستر» گشوده و در آن احکام حق حسب زوجه را بیان کرده است. در مسأله اول می‌گوید: «شافعی گفته است: ولیس له الدخول بها حتی يعطيها المال؛ یعنی زوج حق دخول ندارد، مگر این که مهریه را به زن بپردازد.» ماوردی سپس می‌افزاید هنگامی که زوجه از تمکین در مقابل شوهر خودداری می‌کند، سه حالت پیش می‌آید:

۱. تمام مهر حال باشد؛

۲. همه مهر مؤجل باشد؛

۳. بخشی از مهر حال و بخشی مؤجل باشد.

احکام هریک را به تفصیل بیان کرده است، در این جا فقط حالت اول ذکر می‌شود: در حالتی که تمام مهر حال باشد - خواه به دلیل اطلاق عقد یا به شرط ضمن آن - زن حق دارد از تسلیم نفس خودداری کند تا مهریه‌اش را به‌طور کامل دریافت کند، همان‌گونه که بایع می‌تواند از دادن مبیع خودداری کند تا ثمن را دریافت دارد. (ماوردی، ۱۴۲۴ق، ج ۱۲: ۱۶۲) در این متن مشاهده می‌شود که نویسنده برای اثبات حق حسب برای زوجه، دلیل مستقیمی - اعم از آیه، روایت یا دلیل دیگر - ذکر نکرده و صرفاً به قیاس با بیع اکتفا کرده است؛ بدین ترتیب همان‌طور که در بیع چنین حقی وجود دارد، در نکاح نیز، زن می‌تواند تا دریافت مهریه از تمکین خودداری کند.

ابن قدامه حنبلی در کتاب «مغنی» می‌گوید: اگر مهریه حال باشد، زوجه حق دارد پیش از دریافت آن، از تمکین خودداری کند. او سپس مذهب شافعی را در این زمینه نقد کرده و می‌گوید: شافعی معتقد است حق حسب در نکاح مانند بیع است؛ در بیع، ابتدا بایع ملزم به تسلیم مبیع می‌شود و سپس مشتری موظف

به پرداخت ثمن است. اما ابن قدامه می‌گوید: مذهب ما برخلاف مذهب شافعی است و ما نمی‌توانیم نکاح را به بیع قیاس کنیم؛ زیرا اگر زوجه را مجبور به تسلیم کنیم، اولاً خطر اتلاف بضع وجود دارد، در صورتی که شوهر از پرداخت مهریه خودداری کند و ثانیاً امکان رجوع به بضع وجود ندارد؛ برخلاف بیع که در صورت امتناع مشتری از پرداخت ثمن، بایع می‌تواند به مبیع رجوع کند. وقتی حق حبس ثابت شد، زوجه مستحق نفقه است، حتی اگر تمکین نکرده باشد؛ زیرا امتناع او به حق است. اما اگر مهریه مؤجل باشد، زوجه حق امتناع ندارد؛ زیرا رضایت زن به تأجیل، به معنای رضایت به تسلیم نفس پیش از دریافت مهریه است؛ همانند ثمن مؤجل در بیع. اگر مدت مهریه مؤجل پیش از پرداخت به پایان برسد و مهریه حال شود، بازهم زوجه حق امتناع ندارد، زیرا تسلیم نفس بر او واجب شده و پیش از قبض، استقرار یافته است. (ابن قدامه، بی‌تا، ج ۸: ۸۱)

ابن رشد مالکی در «بدايةالمجتهد» درباره ماهیت مهریه گفته است: در این باره دو قول وجود دارد. برخی نکاح را به بیع تشبیه کرده‌اند و در این صورت، پرداخت مهریه پس از دخول واجب است، بر اساس قیاس نکاح به بیع؛ زیرا پرداخت ثمن از سوی مشتری پس از دریافت کالا (مبیع) واجب است. اما کسانی که مهریه را نوعی عبادت دانسته و آن را شرط حلیت می‌دانند، گفته‌اند پرداخت مهریه پیش از دخول واجب است. به همین دلیل، امام مالک گفته است: مستحب است زوج پیش از دخول، بخشی از مهریه را به زن بپردازد. (ابن رشد، ۱۴۱۵ق، ج ۲: ۲۶)

ملاحظه می‌شود که مبنای حق حبس در فقه اهل سنت، معاوضه است؛ اگرچه قیاس به بیع کرده‌اند، ولی در نهایت به قاعده معاوضه بازمی‌گردد.

برای بررسی صحت استدلال بر اساس قاعده معاوضه، باید دو موضوع را واکاوی کرد: نخست، این که آیا چنین بحثی در باب معاوضات اصالت دارد یا خیر؛ دوم، بر فرض صحت آن در معاوضات، آیا این بحث در باب نکاح نیز قابل طرح و تناسب دارد؟

در باب معاوضات، این مسأله قطعی است که هریک از طرفین قرارداد، مطابق حکم قانون، حق دارد از دادن عوض به طرف مقابل خودداری کند، تا زمانی که طرف مقابل به تعهد خویش عمل کند؛ خواه طرف متمکن باشد یا معسر. دلیل این حق، آن است که فائده اصلی تعویض، در همین امر نهفته است. (عاملی، ۱۴۱۵ ق، ج ۸، ص ۱۹۱-۱۹۲)

در حقوق افغانستان، ماده ۲۳۶۸ قانون مدنی در مورد حق حبس مقرر می‌دارد: «حق حبس مال، حق تبعی است که به منظور تضمین دین بر مال مرتب می‌گردد.» همچنین ماده ۲۳۶۹ می‌گوید: «بایع می‌تواند به حق حبس مبیعه در مراجعه به مشتری و در برابر تمام داین‌ها به این حق استناد نماید.»

اما در مورد جریان قاعده معاوضه در نکاح، صاحب جواهر معتقد است در صورتی که مهر تعیین شده باشد، عقد نکاح از سنخ عقود معاوضی محسوب می‌شود و خاصیت عقد معوض را دارد؛ در نتیجه، احکام عقود معاوضی در باب نکاح نیز جاری می‌شود. (عاملی، ۱۴۱۵ ق، ج ۸: ۱۹۲)

مکارم شیرازی معاوضه بودن عقد نکاح را رد کرده می‌فرماید: اگرچه نکاح از برخی جهات شبیه معاوضه است، ولی با توجه به شواهد زیر، در واقع معاوضه نیست:

۱. ذکر مهر در عقد واجب نیست (البته در عقد دائم) و نکاح بدون مهر جایز است، حال آن که در معاوضات چنین نیست.
 ۲. اگر عوض (مهر) فاسد باشد - مثلاً شراب یا خوک را مهر قرار دهند یا خانه‌ای که ملک مرد نیست - مهر باطل است، ولی عقد را باطل نمی‌کند؛ در حالی که در معاوضه، اگر یکی از عوضین فاسد باشد، معامله باطل است.
 ۳. در نکاح نمی‌توان با لفظ «أجرت» یا الفاظ معاوضه، عقد را انشا کرد؛ در حالی که اگر نکاح حقیقتاً معاوضه بود، انشای آن با الفاظ معاوضه نیز باید صحیح می‌بود.
 ۴. در تمام ابواب معاوضات، مغبون حق فسخ (خیار غبن) دارد، اما در باب نکاح اگر کسی مغبون شود، خیار غبن ندارد. همچنین در معاوضات، هر عیبی خیار عیب می‌آورد، ولی در نکاح تنها برخی عیوب خاص و منصوص، خیار عیب ایجاد می‌کنند. این شواهد نشان می‌دهد که نکاح، معاوضه حقیقی نیست. بنابراین، کلام صاحب مدارک روشن می‌شود که مهر و تمکین دو وظیفه مستقل هستند و ربطی به یکدیگر ندارند. (شیرازی، ۱۴۳۳ ق، ج ۳: ۱۸۴)
- یکی دیگر از فقیهان در تأیید این استدلال می‌گوید: «حق این است که نکاح از قبیل معاوضات نیست؛ زیرا فقهاء می‌گویند که مهر، ما به القوام نکاح دائم نیست. اگر در نکاح دائم، مهر در هنگام عقد تعیین شد، آنگاه جنبه معاوضی پیدا می‌کند - معاوضه بین بضع و مهر - و در چنین حالتی، مهر مقوم الصنف می‌شود. بلکه تعیین مهر در برابر قیمومیت زوج بر زوجه است. بلی، می‌توان گفت نفقه در مقابل تمکین قرار دارد و در این جا بین نفقه و مهر خلط شده است.» (شیرازی، ۱۴۱۹ ق، ج ۲۲: ۷۰۳۴) صاحب حدائق نیز استناد به قاعده معاوضه را نپذیرفته و می‌گوید: «من دلیلی برای این مدعا غیر از ادعای اجماع نمی‌شناسم.» (بحرانی، ۱۴۱۳ ق، ج ۴: ۳۹۶)
- پس با توجه به این که به نظر فقهای امامیه، عقد نکاح معاوضی نیست، نمی‌توان به قاعده معاوضه در این باب استناد کرد. البته بر مبنای فقه اهل سنت که نکاح را معاوضی می‌دانند، می‌توانند به این قاعده تمسک کنند، ولی اشکالات یادشده بر این دیدگاه وارد است.

دلیل سوم: اجماع

مهم‌ترین دلیل فقها بر «حق حبس»، اجماع است. فقیهانی چون ابن ادریس، فاضل آبی، شیخ طوسی، فخرالمحققین، ابن فهد در مذهب البارع، محقق کرکی، شهیدثانی در روضه و مسالک، فاضل هندی در کشف اللثام، شیخ احمد جزائری در آیات الاحکام، صیمری در نه‌ایة المرام، صاحب جواهر و ابن زهره در غنیه، همگی ادعای اجماع کرده‌اند. مرحوم محدث بحرانی در حدائق، قائل به «ظاهر عدم خلاف» است و ظاهر کلام شیخ طوسی در کتاب‌های خلاف و مبسوط نیز حاکی از عدم اختلاف در این مسأله میان مسلمانان است. (شیرازی، ۱۴۱۹ ق، ج ۲۲: ۷۰۲۱)

صاحب جواهر نیز ادعای اجماع و اتفاق را از کشف اللثام و دیگران نقل کرده که فقها بر این امر اتفاق نظر دارند. (نجفی، ۱۹۸۱ م، ج ۳۱: ۳۱) مرحوم میرزای قمی در پاسخ به سؤالی مبنی بر این که «در صورت

عدم توانایی زوج برای پرداخت مهریه، آیا زوجه حق امتناع دارد؟» می‌فرماید: «در صورتی که مهر، مؤجل نباشد، زوجه می‌تواند از دخول قبل از اخذ مهر ممانعت کند؛ هرچند زوج معسر باشد، بر اساس قول اشهر و اظهار» (قمی، ۱۳۹۹، ج ۷: ۶۱) از نظر ایشان، حق حبس در مورد زوج موسر، اجماعی است و در مورد زوج معسر، قول مشهور فقهاست. شیخ انصاری نیز در این زمینه ادعای «لاخلاف» کرده است. (انصاری، ۱۴۱۵ق. : ۲۶۵)

در فقه اهل سنت، بحث اجماع مطرح نشده است؛ تنها ابن قدامه حنبلی در کتاب مغنی می‌گوید: «ابن منذر و شاگردان و پیروان او، همگی اتفاق دارند بر این که زن تا زمانی که مهریه خود را دریافت نکرده، حق امتناع از تمکین دارد. اگر شوهر بگوید تا زوجه تمکین نکند، مهریه را تسلیم نخواهد کرد، در این صورت، زوج مجبور می‌شود مهریه را تسلیم کند و سپس زوجه مجبور به تمکین می‌شود.» (ابن قدامه، بی تا، ج ۸: ۸۱) چندتن از فقهای مشهور حنفی مانند ابوحنیفه، محمد و ابویوسف، قائل بر جواز حق حبس زن هستند، اما در متون فقهی‌شان ادعای اجماع نشده است.

خلاصه آن که دلایل و مستندات حق حبس با اشکالاتی مواجه است و در نهایت می‌توان گفت تنها دلیل بر جواز آن، اجماع منقولی است که فقهای امامیه ادعا کرده‌اند؛ مبنی بر این که زن قبل از دخول، مطابق اجماع فقها، حق امتناع از تمکین دارد؛ چه شوهر موسر و چه معسر باشد. با این حال، در میان فقهای امامیه، ابن‌ادریس حلی می‌گوید: «اگر مهر، حال و بدون مدت باشد و شوهر از پرداخت آن عاجز باشد، زن نمی‌تواند از حق حبس استفاده کند.» (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۲۸ق، ج ۲: ۵۹۰)

البته باید توجه داشت که در ادعای اجماع، لازم است همه فقها این مسأله را مطرح کرده باشند، تا بتوان به نظر آنان استناد کرد؛ در حالی که در این مسأله چنین نیست و از همین رو، صاحب حدائق و شیخ انصاری از تعبیر «لاخلاف» استفاده کرده‌اند. همچنین در مورد حجیت دلیل اجماع، برخی فقها تردید کرده و گفته‌اند: «چون این موضوع سابقه طولانی دارد و به عصر شارع برمی‌گردد، احتمال دارد در سیره متشرعه چنین چیزی وجود داشته و اجماع، مستند به سیره باشد. اگر چنین چیزی ثابت شود، اجماع بی اعتبار می‌شود؛ زیرا اجماع مدرکی می‌شود و در این صورت حجیت ندارد.» (شیرازی، ۱۴۳۳ق، ج ۳: ۱۸۳)

صاحب مدارک در نهایت‌المرام نیز در اصل اجماع تردید کرده و می‌گوید: «در این مسأله بر نص خاصی وقوف نیافتیم... اگر اجماع بر این که زن می‌تواند از تسلیم خود تا دریافت مهر خودداری کند - چنان که اکثر بیان کرده‌اند - تمام باشد، سخنی نیست و گرنه باید به آن چه ما ذکر کردیم رجوع کرد.» یعنی عدم جواز امتناع (موسوی عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱: ۴۱۳)

تا این جا دلایل فقهای امامیه و اهل سنت مبنی بر جواز امتناع زوجه از تمکین مطرح و بررسی شد، ولی یکی از فقهای معاصر راهی دیگر برای اثبات حق زوجه مطرح کرده است و آن استناد به باب «تقاص» به جواز حق امتناع برای زوجه است. به باور ایشان، عموم ادله تقاص شامل حق حبس می‌شود؛ زیرا تمکین، حکمی تکلیفی محض نیست و نکاح، میان معاوضات و غیرمعاوضات قرار دارد و از این جهت، قاعده تقاص در آن جریان می‌یابد. (سبزواری، ۱۴۳۰ق، ج ۲۵: ۱۷۵-۱۷۶)

در قانون مدنی افغانستان به طور صریح و روشن حق حبس زوجه مطرح نشده، همچنین هیچ گونه رویه قضایی که در افغانستان تحت عنوان «متحدالمال» یاد می‌شود با جست‌وجویی که نگارنده انجام داد به موردی دست نیافته است. تنها مستند قانونی در حقوق افغانستان قانون احوال شخصیه شیعیان است که برگرفته از فقه امامیه است، در بند ۲ ماده ۱۰۶ قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان، مقرر می‌دارد: «زوجه می‌تواند الی تأدیه کامل مهر، ولو زوج معسر باشد، از تمکین امتناع نماید، مشروط بر این که قبل از مطالبه مهر با اختیار، تمکین نکرده و مهر او نیز مؤجل نباشد. دخول قبل از بلوغ موجب اسقاط حق امتناع نمی‌گردد.»

البته در بند ۲ ماده ۱۱۷ قانون مدنی افغانستان در مورد حق امتناع زن از رفتن به مسکن تعیین شده از طرف زوج حکمی بیان شده که حق مطالبه مهر از آن فهمیده می‌شود. در بند یاد شده مقرر می‌دارد:

توضیح مختصر در باره نبود قانون مناسب و رویه قضایی (متحدالمال) در این ارتباط به این جهت است که اولاً، در افغانستان چه در جامعه شیعه و چه اهل سنت سقف مهر پایین است و به عنوان یک سنت مبلغی را به عنوان مهر تعیین می‌کنند و در محاکم خانوادگی معضلی به نام اجرای مهریه وجود ندارد. ثانیاً، مطالبه مهریه و دادن مهر خیلی رایج نیست و در محاکم بسیار به ندرت و شاید اتفاق نیافتاده باشد که زنی در دادگاه مراجعه و درخواست اجرای مهر را داده باشد یا کسی به عنوان بدهکار مهریه در زندان باشد. در عرف مردم افغانستان درخواست مهریه فقط برای زنی است که شوهرشان طلاق داده باشد. البته با توجه به مهاجرت و فرهنگ وارداتی در این اواخر کم‌کم بحث مهریه مطرح شده است.

نتیجه گیری

در مسأله «حق حبس» برای زوجه غیرمدخوله (عروس باکره‌ای که نزدیکی صورت نگرفته) در شرایطی که مهریه، «حال» (قابل مطالبه فوری) باشد و زوج نیز «موسر» (دارا و توانگر) باشد، دلایلی در فقه مطرح شده در این مقاله این دلایل بررسی شد و تنها دلیل معتبر و باقی‌مانده برای اثبات این حق حبس، اجماع (اتفاق نظر فقها) است. بقیه دلایل با اشکالاتی مواجه شد که قابلیت استناد را ندارد؛ زیرا روایات مطرح شده در این باب دلالت کاملی بر اثبات حق حبس نداشتند. آنچه از این روایات فهمیده می‌شود، تنها یک «تأکید اخلاقی» یا «استحباب» بر این است که شوهر پیش از اولین نزدیکی، هدیه یا چیزی به زوجه بدهد و نزدیکی بدون این کار، مکروه است. اما این روایات مشخص نمی‌کند که این هدیه باید بخشی یا تمام مهریه باشد و نمی‌توان از آن‌ها جواز «حق حبس» به عنوان یک حق قانونی و شرعی را برداشت کرد. قاعده معاوضه: نیز که یکی از دلایل بود. در استدلال گفته شد که این قاعده برای اثبات حق حبس قابل استناد نیست، زیرا عقد نکاح یک عقد معاوضی محض (مانند خرید و فروش) نیست. حتی

اگر آن را «شبه معاوضی» یا «در حکم معاوضی» بدانیم، این شباهت کامل نبوده و نمی‌توان تمام احکام عقود معاوضی (از جمله حق حبس) را بر آن بار کرد. بنابراین، استدلال به این قاعده ناتمام است تنها دلیل برای اثبات حق حبس اجماع است، منتهی اعتبار اجماع مشروط به این است که اجماع مورد استناد، از نوع «اجماع مدرکی» نباشد. به این معنا که اگر این اجماع مبتنی بر «سیره» (روش متداول در زمان معصوم) باشد و یا مستند به دلایل خاصی (مانند همان روایات یا قواعد ناکامل) گردد، ارزش استدلالی خود را از دست می‌دهد. تنها در صورتی که اجماعی مستقل و قطعی وجود داشته باشد، می‌تواند به عنوان دلیل برای اثبات حق حبس مورد استناد قرار گیرد. خلاصه، پس از نقد و بررسی همه دلایل، تنها دلیل احتمالی برای اثبات «حق حبس زوجه غیرمدخوله» اجماع مشروط است و سایر ادله (قاعده معاوضه و روایات) از اثبات آن ناتوان هستند.

فهرست منابع

۱. ابن حمزه الطوسی، محمد بن علی. (۱۴۰۸ق). الوسيله. قم: المكتبة آیت الله المرعشی النجفی.
۲. ابن داود، تقی‌الدین الحسن. (۱۳۹۲ق). رجال ابن داود. قم: منشورات رضی.
۳. ابن رشد القرطبی، محمد بن احمد. (۱۴۱۵ق). بدایة المجتهد ونهاية المقتصد (ج ۲). بیروت: دارالفکر للطباعة والنشر.
۴. ابن عابدین، محمد امین. (۱۴۲۵ق). حاشیه ردالمحتار (ج ۳). بیروت: دارالفکر.
۵. ابن قدامه، عبد الله. (بی‌تا). المغنی (ج ۸). بیروت: دارالکتب العربی للنشر والتوزیع.
۶. ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب (ج ۳، ۴، ۵، ۶، ۷، ۸، ۹، ۱۰). بیروت: دارالفکر للطباعة والنشر و التوزیع - دار صادر.
۷. ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم بن محمد. (۱۴۱۸ق). البحر الرائق (ج ۳). بیروت: دارالکتب العلمیة.
۸. امامی، سید حسن. (بی‌تا). حقوق مدنی (ج ۱، ۲، ۳، ۴). تهران: انتشارات اسلامیة.
۹. انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۵ق). کتاب النکاح (چاپ ۱). قم: مؤسسه کلام.
۱۰. انوری، حسن. (۱۳۸۱). فرهنگ بزرگ سخن (چاپ ۱، ج ۱). تهران: انتشارات سخن.
۱۱. بحر العلوم، سید مهدی. (۱۳۶۳). الفوائد الرجالیة (ج ۴). تهران: مکتبه الصادق.
۱۲. بحرانی، شیخ یوسف. (۱۴۱۳ق). الحدائق الناضرة (چاپ ۳، ج ۲۴). بیروت: دارالاضواء.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۸۷). ترمینولوژی حقوق (چاپ ۱۹). تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۸۸). مبسوط در ترمینولوژی حقوق (چاپ ۴). تهران: گنج دانش.
۱۵. جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی. (۱۴۲۶ق). فرهنگ فقه اسلامی (چاپ ۱، ج ۱). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).
۱۶. جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی. (۱۴۳۳ق). موسوعة الفقه الاسلامی المقارن (چاپ ۱، ج ۲). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).
۱۷. جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ق). الصحاح (ج ۳، ۴). بیروت: دارالعلم للملایین.
۱۸. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۲۹ق). وسائل الشیعة (چاپ ۳، ج ۲۱). بیروت: مؤسسه آل‌البیت.
۱۹. حلّی، احمد بن محمد اسدی. (۱۴۰۷ق). المهذب البارع (چاپ ۱، ج ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۰. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۲۱ق). تحریر الاحکام الشرعیة (چاپ ۱، ج ۳). قم: مؤسسه امام صادق.
۲۱. حلّی، محمد بن منصور ابن ادریس. (۱۴۲۸ق). کتاب السرائر (چاپ ۵، ج ۲). قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲۲. خراسانی، محمد کاظم آخوند. (۱۴۰۶ق). حاشیة المکاسب (ج ۱). تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۲۳. خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۹۰). تحریر الوسيله (ج ۲). قم: دارالکتب العلمیة.
۲۴. خمینی، سید روح‌الله. (۱۴۲۱ق). کتاب البیع (چاپ ۱، ج ۱). تهران: مؤسسه نشر آثار امام.
۲۵. خوانساری، سید احمد. (۱۳۸۹ق). جامع المدارک (ج ۴). تهران: مکتبه الصدوق.
۲۶. راغب اصفهانی، حسین. (بی‌تا). المفردات فی غریب القرآن. قم: ناشر نامشخص.
۲۷. روحانی، سید محمد صادق حسینی. (۱۴۱۴ق). فقه الصادق (چاپ ۳، ج ۲۲). قم: دارالکتاب.

۲۸. زبیدی، مرتضی حسینی. (۱۴۱۴ق). تاج العروس (چاپ ۱، ج ۸). بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
۲۹. الزحلی، وهبه. (۱۴۲۷ق). الفقه الاسلامی و ادلته (چاپ ۳، ج ۹). تهران: نشر احسان.
۳۰. سبزواری، سید عبد الاعلی. (۱۴۳۰ق). مهذب الاحکام (چاپ ۱، ج ۲۵). قم: دار التفسیر.
۳۱. شبیری زنجانی، سید موسی. (۱۴۱۹ق). کتاب نکاح (چاپ ۱، ج ۲۲). قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.
۳۲. شیرازی، سید محمد. (۱۴۰۹ق). الفقه (چاپ ۳، ج ۶۶). بیروت: دار العلوم.
۳۳. شیرازی، ناصر مکارم. (۱۴۳۳ق). انوار الفقاهة: کتاب النکاح، الجزء الثالث (چاپ ۱). قم: انتشارات مدرسه امام علی (ع).
۳۴. طاهری، حبیب الله. (۱۴۱۸ق). حقوق مدنی (چاپ ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۵. قاضی طباطبایی، سید علی. (۱۴۲۰ق). ریاض المسالك (چاپ ۱، ج ۱۰). قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۳۶. طوسی، ابی جعفر. (۱۴۱۵ق). الرجال الطوسی. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۳۷. طوسی، ابی جعفر. (بی تا). اختیار معرفة الرجال (رجال کشی). قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
۳۸. عاملی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالك الافهام (ج ۸). قم: مؤسسه المعارف الاسلامی.
۳۹. عاملی، شمس الدین محمد بن علی. (۱۴۱۳ق). نهاية المرام (ج ۱). قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۴۰. عاملی، محمد بن مکی. (۱۴۱۴ق). غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد (چاپ ۱). قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۴۱. عاملی، محمد جمال الدین. (بی تا). اللمعة دمشقیة (ج ۵). قم: مکتبه آیت الله مرعشی.
۴۲. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۱ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیله النکاح. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
۴۳. قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان. (۱۳۸۸). شماره ۶۱۷۷ مصوب ۱۳۸۸/۴/۲۴.
۴۴. قانون مدنی افغانستان. (مصوب ۱۳۵۴ ه.ش).
۴۵. قمی، میرزا ابوالقاسم. (۱۳۹۹). جامع الشتات (چاپ ۱، ج ۷). قم: مؤسسه فقه ثقلین.
۴۶. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۲). حقوق مدنی خانواده (نکاح و طلاق) (چاپ ۶). تهران: شرکت سهامی انتشار.
۴۷. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۴). حقوق مدنی خانواده (چاپ ۴، ج ۱). تهران: شرکت سهامی انتشار.
۴۸. کاسانی، ابی بکر. (۱۴۲۰ق). بدائع الصنائع (چاپ ۱، ج ۲). بیروت: دار المعرفة.
۴۹. مازندرانی، محمد بن اسماعیل. (۱۴۱۶ق). منتهی المقال فی احوال الرجال (ج ۳). قم: مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث.
۵۰. ماوردی، ابی الحسن علی بن محمد بن حبیب. (۱۴۲۴ق). الحاوی الكبير (ج ۱۲). بیروت: دارالفکر.
۵۱. محقق کرکی، علی بن الحسین. (۱۴۱۱ق). جامع المقاصد (ج ۱۳). قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
۵۲. موسوی عاملی، محمد بن علی. (۱۴۱۳ق). نهاية المرام. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۵۳. نجفی، محمد حسن. (۱۹۸۱م). جواهر الکلام (چاپ ۷، ج ۳۱). بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
۵۴. یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۲۱ق). حاشیة المکاسب (چاپ ۲، ج ۱). قم: مؤسسه اسماعیلیان.