



## The Absence of Mahr in the Marriage Contract and Its Impact on the Right of Retention: A Comparative Perspective on Jurisprudence of Both Sects

Maryam Mohajeri<sup>1</sup>

Assistant Professor, Faculty of Family Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran

Email:mohajeri.m@ut.ac.ir

### Abstract

The Civil Code, following the Imami jurisprudence, does not mandate the determination of mahr (dowry) at the time of the marriage contract; rather, this determination may occur post-marriage. This study, employing a descriptive-analytical method and utilizing library resources for data collection, addresses the question of how the absence of mahr affects the right of retention within the Iranian legal system and among the public (āme) and Imami juristic schools. The findings indicate that, in any case, a mahr must be established for the wife. The wife's entitlement to mahr is considered a mandatory rule; hence, an agreement on the absence of mahr is not permissible, meaning the wife can never be devoid of rights to her mahr. Despite the differing opinions among legal scholars and jurists regarding the applicability of the right of retention in cases where mahr is not determined, the rigorous view posits that the absence of mahr does not impact the right of retention, allowing the wife to withhold compliance until the mahr is determined and received.

**Keywords:** Right of Retention, Mahr, Compliance, Delegation of Sexual Access, Delegation of Mahr.

**Received:** 2024/08/23; **Revised:** 2024/11/08; **Accepted:** 2024/12/01; **Published online:** 2024/12/18.

**How To Cite:** Mohajeri, M (2024). The Absence of Mahr in the Marriage Contract and Its Impact on the Right of Retention: A Comparative Perspective on Jurisprudence of Both Sects, *The Doctrine of Private Law in Islamic Countries*, 1(3).51-66.

<http://www.doi.org/10.22091/dplic.2025.11526.1029>.

**Published by:** University of Qom

© The Author(s)

**Article type:** Research





## عدم تعیین مهر در عقد نکاح و تأثیر آن بر حق حبس با نگاهی به فقه فریقین

مریم مهاجری<sup>۲</sup>

استادیار دانشکده علوم خانواده، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

Email: mohajeri.m@ut.ac.ir

### چکیده

قانون مدنی به تبعیت از فقه امامیه، تعیین مهر را در هنگام انعقاد عقد نکاح الزامی ندانسته، بلکه این عمل ممکن است پس از نکاح نیز صورت گیرد. در پژوهش پیش رو، پس از تبیین مختصر احکام مربوط به این موضوع، با روشی توصیفی تحلیلی و با بهره‌گیری از شیوه کتابخانه‌ای برای جمع‌آوری داده‌ها، به این سؤال پاسخ داده شده که در نظام حقوقی ایران و فقه عامه و امامیه، عدم تعیین مهر چه تأثیری بر حق حبس دارد؟ دستاورد پژوهش حکایت از آن دارد که در هر حال، باید برای زوجه مهریه‌ای تعیین گردد. استحقاق زوجه بر مهر از قواعد آمره محسوب می‌شود، لذا نمی‌توان بر عدم مهر تراضی نمود؛ یعنی زوجه هیچ‌گاه حقی بر مهر نداشته باشد. علی‌رغم اختلاف نظرهایی که در خصوص جریان یا عدم جریان حق حبس در صورت عدم تعیین مهر بین حقوق‌دانان و همچنین فقهای فریقین وجود دارد، اما نظر قوی‌تر آن است که عدم تعیین مهر، تأثیری بر حق حبس نداشته و زوجه می‌تواند تا پیش از تعیین و دریافت مهر، از تمکین خودداری کند.

**واژگان کلیدی:** حق حبس، مهر، تمکین، تفویض بضع، تفویض مهر.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۶/۰۲؛ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۰۸/۱۸؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۹/۱۱؛ تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۳/۰۹/۲۸.  
استناد: مهاجری، مریم (۱۴۰۳). عدم تعیین مهر در عقد نکاح و تأثیر آن بر حق حبس با نگاهی به فقه فریقین، آموزه‌های حقوق خصوصی کشورهای اسلامی، ۱۱(۳)، ۵۱-۶۶.

<http://www.doi.org/10.22091/dplic.2025.11526.1029>

نوع مقاله: پژوهشی

© نویسندگان

ناشر: دانشگاه قم



## مقدمه

هنگام انعقاد عقد نکاح، مرسوم است که برای زوجه مالی به عنوان مهر تعیین می شود. در فقه اسلامی و به تبع آن در حقوق مدنی ایران، این مال به عنوان یکی از حقوق مالی زوجه برشمرده شده است و مطابق ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی، از زمان انعقاد عقد، زوجه مالک مهر می شود و در صورتی که آن را مطالبه نماید، زوج مکلف است که مهر را تسلیم نماید. در صورتی که زوجه درخواست پرداخت مهر را مطرح نکند، به عنوان یک دین تا زمان تأدیه در ذمه زوج باقی می ماند.

مطابق روایات منقول از ائمه هدی علیهم السلام زوجین در تعیین میزان مهر مختارند و می توانند میزانی اندک یا زیاد تعیین نمایند؛ هرچند که سنگین بودن میزان مهر، تقبیح شده است. زوجه می تواند پس از وقوع عقد نکاح کلاً یا جزئاً از مهریه خود صرف نظر کند و در قالب هایی همچون هبه، ابراء، صلح و ... از حق خود بگذرد. گاهی نیز ممکن است که به هر دلیلی از تعیین مهر در حین عقد خودداری شود؛ مثلاً تعیین آن را به پس از عقد نکاح موکول کنند، یا اینکه توافق کنند اصلاً برای زوج مهری وجود نداشته باشد. گرچه وقوع چنین حالاتی در چند دهه اخیر خصوصاً در اثر رواج سند چایی ازدواج کاهش یافته، اما باز هم گاهی مشاهده می شود. از سویی دیگر نیز می دانیم که مطابق ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی و اجماع فقهای فریقین زوجه تا پیش از دریافت مهر، حق امتناع از تمکین را دارد (قانع و موسوی، ۱۴۰۱: ۹۵؛ ابن قدامه، ۱۹۸۸، ج ۱۰: ۹۷؛ بعلی، بی تا، ج ۱: ۲۲۱). اگرچه زوجین می توانند بر مؤجل بودن مهر توافق کنند، اما اعمال حق حبس منوط به این است که مهر حال بوده و زوجه اقدام به ایفای وظایف زوجیت نکرده باشد. در صورت فقدان هریک از این شروط، اعمال حق حبس امکان پذیر مشروعیّت ندارد.

پژوهشگران در پژوهش پیش رو که با روش توصیفی-تحلیلی و با جمع آوری داده ها به شیوه کتابخانه ای سامان یافته، درصدد پاسخگویی به این سؤال هستند که مطابق موازین قانونی و از منظر فقه فریقین چنانچه در عقد نکاح، مهر تعیین نگردد، وضعیت حق حبس برای دریافت مهر چگونه است؟ در نیل به این هدف، لازم است به این سؤالات نیز پاسخ داده شود که عدم تعیین مهر چه حالاتی دارد؟ و شرط عدم وجود مهر برای زوج صحیح است یا باطل؟ در پاسخ به سؤال اصلی، روایتی نقل نشده؛ لذا بایستی به اصول، قواعد و استدلال های عقلی متوسل شد. در قوانین موضوعه کشورمان هم در این زمینه نصی

دیده نمی‌شود. فقها و حقوق‌دانان نیز کمتر به این موضوع اشاره کرده‌اند و در همان موارد اندک اختلاف نظر گسترده‌ای وجود دارد؛ لذا بایستی این اقوال و نظرات را مورد تحلیل قرار داد.

گرچه تاکنون پژوهش‌های فقهی و حقوقی متعددی با محوریت حق حبس صورت گرفته، لیکن کمتر به این بُعد از آن توجه شده است. بررسی‌ها حکایت از آن دارد که در این خصوص تاکنون هیچ مقاله مستقلی منتشر نشده، لیکن در تعداد اندکی از پژوهش‌ها به‌طور گذرا به آن اشاره شده است؛ ازجمله در کتاب «عدم جریان حق حبس در نکاح» نوشته احمد رضا موسوی مصباح الشریعه که نویسنده پس از برشمردن شروط اعمال حق حبس، از منظر علم حقوق به معین بودن مهر نیز پرداخته و اذعان نموده، در این زمینه اختلاف نظر وجود دارد؛ بدون اینکه به تفصیل نظرات موجود را بررسی و تحلیل کند.

همچنین در قسمتی از پایان‌نامه مقطع ارشد علی سعیدی با عنوان «شرایط اعمال حق حبس زوجه در مذاهب اسلامی و حقوق ایران» اشاره مختصری به موضوع کنونی شده، لیکن نویسنده هیچ‌یک از نظرات موجود را تحلیل نکرده، به نقل چند استدلال بسنده نموده و حتی قول قوی‌تر را نیز تعیین نکرده است. در پژوهش حاضر، نویسندگان تلاش داشته‌اند که علاوه بر تبیین و تحلیل نظرات موجود و ادله هریک، هم نظر فقهای عامه و هم فقهای امامیه را مورد توجه قرار دهند و نهایتاً نظری را که ادله قوی‌تری دارد، تعیین نمایند. مطالعه پژوهش حاضر، برای قضات، وکلا و فعالان عرصه خانواده می‌تواند مفید باشد.

## ۱. مفهوم حق حبس

حبس واژه‌ای عربی است که در لغت، به معانی مختلفی ازجمله منع از انبعاث (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۲۱۶) و امساک کردن (طریحی، ۱۴۱۶، ج ۴: ۶۰) آمده و متضاد تخلیه (حسینی زبیدی، ۱۴۱۴، ج ۸: ۲۳۶-۲۳۴) است. در عقود معاوضی، اصولاً هر یک از متعاقدين می‌تواند تا زمانی که موضوع مورد معامله را از طرف دیگر تحویل نگرفته، از انجام تعهداتی که متقابلاً بر عهده دارد، خودداری کند. به عبارتی دیگر، در عقود معاوضی هر یک از متعاقدين می‌تواند تا عوض به او تسلیم نشده، از تسلیم معوض به طرف مقابل امتناع نماید؛ به‌عنوان مثال، به‌موجب عقد بیع، بایع ملزم می‌شود که مبیع را به مشتری تحویل دهد و متقابلاً مشتری نیز ملزم می‌شود که ثمن به بایع تسلیم کند. حال، اگر بایع از تسلیم مبیع خودداری نماید، مشتری حق دارد ثمن را به وی نپردازد. به این حق امتناع، حق

حبس گفته می‌شود. با این توضیح، می‌توان در خصوص معنای اصطلاحی حق حبس مختصراً گفت که هر یک از طرفین عقود معاوضی، می‌تواند ایفای تعهد خود را موکول و منوط به ایفای تعهد از سوی طرف مقابل نماید. این حق اناطه و یا حق موکول کردن ایفای تعهد، حق حبس نامیده می‌شود (صفا، ۱۳۸۸: ۵۹).

در منابع فقهی، گاهی به جای این واژه، واژه «احتباس» (زرقاء، ۱۹۶۷: ۴۸) و گاهی نیز «حق امتناع» (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱: ۴۳؛ محقق کرکی، ۱۴۱۲، ج ۱۳: ۳۵۵؛ شهیدثانی، ۱۴۱۲، ج ۵: ۳۷۰) به کار رفته است. اگرچه در قانون مدنی ایران واژه حق حبس صریحاً استعمال نشده، لیکن در ماده ۳۷۷ این قانون، حق حبس برای متبایعین در نظر گرفته شده است (موسوی مصباح الشریعه، ۱۴۰۳: ۶).

## ۲. صور مختلف عدم تعیین مهر

عدم تعیین مهر در هنگام انعقاد عقد نکاح، در دو صورت و قالب تفویض بضع و تفویض مهر واقع می‌شود (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲: ۲۷۰؛ ابن قدامه، ۱۳۸۸ ق، ج ۷: ۲۳۸) که هر یک از این دو آثار و احکام متفاوتی را به دنبال دارد. اکنون هر دوی این صورت‌ها و احکام آن‌ها مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

### ۲-۱. تفویض بضع و حکم آن

هرگاه در نکاح دائم ذکری از مهر نشده، یا عدم مهر در ضمن عقد نکاح شرط شده باشد، این عمل تفویض بضع نامیده می‌شود و به زوجه‌ای را که به این نحو ازدواج کرده، مفوضه البضع گویند (صفایی و امامی، ۱۳۹۸: ۱۹۶). درواقع، این تعریف از متون فقهی اقتباس شده است و مشابه تعبیر فقهاست (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲: ۲۷۰؛ امام خمینی، ۱۳۶۸، ج ۲: ۲۸۳). ماده ۱۰۸۷ قانون مدنی درباره تفویض مهر چنین مقرر نموده است: «اگر در نکاح دائم مهر ذکر نشده، یا عدم مهر شرط شده باشد، نکاح صحیح است و طرفین می‌توانند بعد از عقد، مهر را به تراضی معین کنند و اگر قبل از تراضی بر مهر معین، بین آن‌ها نزدیکی واقع شود، زوجه مستحق مهرالمثل خواهد بود.» تفویض بضع بر اساس اینکه در چه شرایطی رخ داده و اینکه مقصود زوجین از آن چه بوده، به سه دسته قابل تقسیم است. اکنون هر سه دسته، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

## ۲-۱-۱. مهر مطلقاً ذکر نشود

منظور از این حالت، این است که زوجین راجع به مهریه سکوت کنند و عقد بدون مهریه منعقد گردد. با عنایت به اینکه تعیین مهر شرط اساسی ازدواج دائم نیست، چنین ازدواجی صحیح است و عدم ذکر مهر به نکاح لطمه نمی‌زند (صفایی و امامی، ۱۳۹۸: ۱۹۶).

## ۲-۱-۲. عدم مهرالمسمی شرط شود

مقصود از این شرط این است که عقد نکاح بدون مهرالمسمی واقع شود، نه اینکه هیچ‌گونه مهری در آن وجود نداشته باشد؛ یعنی مقصود این نیست که زوجه هیچ مهری نداشته باشد. این شرط نیز محکوم به صحت است (صفایی و امامی، ۱۳۹۸: ۱۹۶؛ شبیری زنجانی، ۱۳۸۲، ج ۸: ۴۲۱-۴۲۲) و چنان‌که در ماده ۱۰۸۷ بیان شده، زوجین می‌توانند در این حالت و حالت قبل، بعد از انعقاد عقد نکاح، مهر را با تراضی تعیین کنند و اگر پیش از تعیین مهر، نزدیکی رخ دهد، زوجه مستحق مهرالمثل خواهد بود.

## ۲-۱-۳. عدم هرگونه مهر برای همیشه، شرط شود

این شرط بدین معناست که زوجین تراضی کنند که زوجه هیچ‌گاه مهر نداشته باشد. در بین حالات مختلف تفویض بضع، اختلاف فقط در خصوص حالت اخیر است. فقها اظهار داشته‌اند که پرداخت مهر بر زوج واجب بوده و عدم اعطای آن و شانه خالی کردن از ادای آن حرام است (نیاوردی، ۱۴۱۱، ج ۱۲: ۶). استحقاق زوجه بر مهر، قاعده‌ای آمرانه است و تراضی برخلاف آن امکان‌پذیر نیست. قانون‌گذار در راستای مصالحی که در نظر داشته، زوجه را چه زمانی که برای وی مهری تعیین شده و چه زمانی که تعیین نشده، مستحق مهر دانسته است (صفایی و امامی، ۱۳۹۸: ۱۹۶-۱۹۷). برخی فقها این شرط را نه تنها باطل، بلکه مبطل عقد دانسته‌اند (طباطبائی، ۱۴۱۲، ج ۱۰: ۴۱۸) البته بعضی نیز به این نظر انتقاد کرده‌اند (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۳۱: ۵۰) و تصریحاً یا تلویحاً نظر به صحت عقد داشته‌اند (شبیری زنجانی، ۱۳۸۲، ج ۸: ۴۲۴-۴۲۵) حقوق‌دانان هم معتقدند گرچه این شرط باطل است، لیکن موجب بطلان عقد نمی‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۱۳۷)؛ زیرا مهر، مقتضای ذات عقد نکاح نیست.

## ۲-۲. تفویض مهر

تفویض مهر در اصطلاح فقهی و حقوقی آن است که زوجین به هنگام انعقاد عقد نکاح توافق کنند که اختیار تعیین مهر به یکی از آن دو، یا به شخص ثالثی واگذار شود. زوجه‌ای که بدین‌گونه ازدواج

می‌کند، مفوضه‌المهر نامیده می‌شود (صفایی و امامی، ۱۳۹۸: ۱۹۹؛ ابن قدامه، ۱۳۸۸ ق، ۷: ۲۳۸؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲: ۲۷۱؛ امام خمینی رحمته الله، ۱۳۶۸، ج ۲: ۲۸۵). در مورد صحت یا بطلان شرط تفویض مهر، نظر فقهای امامیه و اهل سنت، نظر متفاوتی دارند.

## ۲-۳. حکم تفویض مهر

مطابق ماده ۱۰۸۹ قانون مدنی «ممکن است اختیار تعیین مهر به شوهر یا شخص ثالثی داده شود». گرچه در این ماده صریحاً واژه تفویض مهر به کار نرفته، لیکن ماهیت این ماده با آنچه در فوق از تفویض مهر ارائه شد، یکسان است. فتاوی فقهای امامیه و فقهای اهل سنت در این زمینه تفاوت دارد. فقهای عامه گرچه اصل نکاح را صحیح می‌دانند، لیکن تفویض مهر را نامعتبر و موجب بطلان مهر قلمداد کرده‌اند. به عنوان مثال، در کتاب مغنی آمده که مطابق مذهب ابوحنیفه تفویض مهر اشکال دارد<sup>۱</sup> (ابن قدامه، ۱۳۸۸، ج ۷: ۲۴۱). ابن قدامه ضمن پذیرش این نظر، آن را به تعداد دیگری از فقهای اهل سنت نیز نسبت داده است<sup>۲</sup> (ابن قدامه، بی تا، ج ۸: ۹۰). در کتاب المجموع نیز درج شده که در هفت حالت بایستی مهرالمثل پرداخت شود که یکی از آن حالت، تفویض مهر است<sup>۳</sup> (النووی، بی تا، ج ۱۶: ۳۷۵). در حقیقت فقهای اهل سنت معتقدند در این فرض گرچه اصل نکاح صحیح است، لیکن مهر مجهول بوده (البهوتی الحنبلی، بی تا: ۵۳۹) و به همین دلیل باطل است. در این حالت، پس از نزدیکی، زوجه را مستحق دریافت مهرالمثل می‌دانند.

اصل مسئله تفویض در مهر مورد قبول امامیه است، با این وجود، صاحب کشف اللثام بیان نموده که چنانچه ظاهر کتاب «خلاف» و صریح کتاب «سرائر» بر تحقق اجماع و متواتر بودن اخبار و بر صحیح بودن اصل تفویض مهر دلالت نداشت، اصل جواز تفویض مهر قابل مناقشه بود؛ زیرا مقتضای برخی روایات منقول از ائمه هدی علیهم السلام با جایز بودن تفویض مهر همخوانی ندارد (فاضل اصفهانی، ۱۴۰۵، ج ۲: ۸۵).

۲. مفوضه‌المهر کالمفوضه البضع علی مذهب ابي حنيفة؛ لأنه خلا عقدها من تسمية صحيحة، فأشبهت التي لم يسم لها شيء.  
 ۳. فأما المفوضه المهر... فانه يجب لها مهر المثل ويتنصف بالطلاق قبل الدخول ولا متعة لها هذا ظاهر كلام الخري و هو مذهب الشافعي و عن أحمد أن لها المتعة دون نصف المهر و هو الذي ذكره شيخنا في الكتاب كالمفوضه البضع و هو مذهب أبي حنيفة لأنه خلا عقدها عن تسمية صحيحة فأشبهت التي لم يسم لها شيء.  
 ۱. أصحابنا قالوا يجب لها مهر مثلها في سبعة مواضع: الاول. مفوضه المهر.

### ۳. نظریه زوال حق حبس در صورت عدم تعیین مهر

از برخی منابع فقهی بر می‌آید که حق حبس ویژه زوجه مفروضه المهر است (سعیدی، ۱۳۹۴: ۵۶). در میان فقهای شیعه کمتر به این موضوع اشاره شده است، اما در برخی منابع فقهی اهل سنت، معین بودن مهر به عنوان یکی از شروط اعمال حق حبس مورد اشاره قرار گرفته و حق حبس را مختص مهر معین می‌دانند. به عنوان مثال، در کتاب التذکرة فی فقه الشافعی آمده است که زوجه تا پیش از دریافت مهریه معین می‌تواند از تمکین امتناع ورزد<sup>۱</sup> (ابن ملقن، ۱۴۲۷، ج ۱: ۱۰۲). در کتاب حاشیه شرح خُرشی نیز به نحو صریحی به این موضوع اشاره شده و اعمال حق حبس را مشروط به معین بودن مهر دانسته است (الصعیدی العدوی، بی‌تا، ج ۱۱: ۲۲۲).<sup>۲</sup> در این قسمت، ادله‌ای که برای جریان حق حبس در نکاح، در حالتی که مهریه‌ای تعیین نشده، ذکر و بررسی می‌شود.

#### ۳-۱. فقدان جنبه معاوضی در این نکاح

برخی فقها معتقدند که وقتی در عقد نکاح، مهر ذکر شود، جنبه معاوضی دارد (شیری، ۱۳۸۲، ج ۲۲: ۷۰۲۲) و طبعاً چنانچه مهری ذکر نگردد، جنبه معاوضی نخواهد داشت.<sup>۳</sup> با عنایت به اینکه بسیاری از آنان دلیل جریان حق حبس در نکاح را معاوضی یا شبه معاوضی بودن آن می‌دانند، باید اذعان داشت که در این صورت، اگر مهری در نکاح ذکر نگردد، جنبه معاوضی نداشته و در نتیجه حق حبس نیز در آن وجود ندارد.

برخی از محققان ادعا کرده‌اند که یکی از شروط لازم برای اعمال حق حبس توسط زوجه، تعیین مهر در زمان عقد بوده و در غیر این صورت، حق حبس ساقط می‌شود؛ زیرا در صورت عدم تعیین مهر، عقد حالت معاوضه نداشته و زوجین تعهدات متقابل ندارند، بلکه یک تعهد وجود دارد و آن تمکین زوجه است و زوج تعهدی در پرداخت مهر را ندارد؛ بنابراین موجبی برای استناد به حق حبس از طرف

۲. و لها حبس نفسها حتى تقبض المهر المعين و الحال و لو تمانها اجبرا.

۳. ان الصداق يجب دفعه للزوجه اذا كان معينا... والا فلها منع نفسها و ان معيها من الدخول و الوطء بعده یعنی ان الصداق اذا كان غير معين بان كان مضمونا في ذمه الزوج فان للزوجه ان تمنع نفسها من زوجها.

۱. به عنوان مثال، در کتاب مسالك الافهام آمده است: «أن النكاح على تقدير ذكر المهر في العقد معاوضة، إما محضنة أو شبهة بها و قد تقدم ما يظهر به وجه المشابهة و مع عدم ذكره لا يكون كذلك، لعدم العوض من الجانب الآخر، ما لم يدخل فيلزم العوض و يلحق بالمعاوضة حينئذ» (شهيد ثانی، ۱۴۲۳: ۸، ۱۹۱).

زوجه نخواهد بود (ره‌پیک و جانباز سوادکوهی، ۱۳۹۱: ۶). این محققان برای توجیه مدعای خود چنین نوشته‌اند: «از برخی منابع فقهی این‌طور برمی‌آید که حق حبس ویژه زوجه مفروضه المهر است؛ بدین ترتیب اگر عقدی بدون تعیین مهر منعقد گردد، مانند آن است که زوج بضع خود را به‌طور مجانی تملیک کرده است. وقتی زوجه به عدم تعیین مهر در عقد رضایت داد، تلویحاً حق حبس خویش را ساقط کرده است» (ره‌پیک و جانباز سوادکوهی، ۱۳۹۱: ۶). با این وجود، نگارنده پس از مراجعه به منابع فقهی معرفی شده، اصلاً چنین نتیجه‌ای را از متن مورد استناد برداشت ننمود.

برخی دیگر از محققان نیز معتقدند زمانی که مهریه‌ای در عقد تعیین نشده است، زوجه نمی‌تواند تمکین خود را منوط بر قبض آن نماید؛ زیرا وقتی مسمایی وجود ندارد، زن نمی‌تواند اقدام به تمکین را توقف بر آن نماید (وهاب‌زاده و سعیدی، ۱۳۸۹: ۷۸). این حق زمانی برای زوجه متصور است که مرد از تسلیم مهر امتناع بنماید؛ لذا وقتی عوضی مقرر نشده، وجود حق حبس دلیلی منطقی ندارد. در مواردی که زوج نمی‌داند که مهر چه چیزی است و یا چه میزان مهر باید به زوجه بپردازد، نمی‌تواند برای زوجه حق امتناع متصور شد. چراکه امتناع زوجه بی‌جهت است و کاری از دست زوج بر نمی‌آید که بخواهد از به‌منظور رسیدن به تمکین زوجه از عهده آن برآید، لذا در این صورت حق حبس ساقط است (سعیدی، ۱۳۹۴: ۵۶).

### ۳-۲. استناد به توافق و اراده مشترک زوجین

راجع به عدم جریان حق حبس در نکاح، در فرض مورد بحث، به رضایت زوجه نیز استناد شده و اظهار شده که وقتی زوجه به عدم تعیین مهر در عقد رضایت دهد درواقع حق حبس را از خود ساقط کرده است (سعیدی، ۱۳۹۴: ۵۶). دکتر کاتوزیان نیز معتقد است که در صورت عدم تعیین مهر در نکاح، زوجه حق حبس ندارد و در تعلیل آن چنین نگاشته‌اند: «پاره‌ای از استادان... گفته‌اند اگر زن به نکاح بدون مهر نیز رضایت داده باشد، می‌تواند از حق حبس استفاده کند. دلیل وجود حق حبس این است که شرط راجع به نکاح بدون مهر باطل است و هیچ اثری در رابطه دو طرف ندارد، ولی باید دانست که هرچند این شرط درباره مهر نفوذ حقوقی ندارد و زن درهرحال می‌تواند مطالبه مهر کند، از جهت اسقاط حق بی‌اثر نیست؛ زیرا وقتی رضای زن بر اینکه مهر بعد از مدتی پرداخت شود، حق حبس او را از بین می‌برد، چگونه می‌توان ادعا کرد که توافق او درباره نخواستن مهر، هیچ اثر حقوقی ندارد و

همچنان حق قبض برای او باقی است؟» (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱: ۱۴۹-۱۵۰).

در زمینه شکل نگرفتن حق حبس به دلیل عدم تعیین مهر، به اراده مشترک زوجین نیز استناد و گفته شده در مواردی که در عقد نکاح مهر تعیین نمی‌شود، یا عدم مهر شرط می‌شود، زوجه حق حبس ندارد؛ چرا که در این فرض اراده مشترک طرفین بر این بوده که تمکین قبل از تعیین مهر صورت گیرد و به همین دلیل زوجه به استناد اعمال حق حبس، نمی‌تواند از تمکین خودداری کند (ره‌پیک و جانباز سوادکوهی، ۱۳۹۱: ۷). به اعتقاد نگارنده، وجود چنین قصد مشترکی حداقل در برخی از مواردی که مهر تعیین نشده، چندان ثابت نیست؛ به عنوان مثال همان گونه که در قسمت تفویض بضع بیان شد، گاهی دلیل تعیین نشدن مهر، این است که زوجین فراموش کرده‌اند بر مهر تراضی کنند. پرواضح است که در این حالت اراده مشترکی مبنی بر عدم حق حبس، ایجاد نشده است؛ بنابراین استناد به توافق و قصد مشترک زوجین، در بسیاری از موارد، قابل خدشه است.

### ۳-۳. عدم وجود سبب تملک مهر

هرچند در نکاح مفوضه، مهر ذکر نمی‌شود، ولی از آنجا که در مفوضه البضع، بعد از نزدیکی، زن مستحق مهرالمثل و در صورت طلاق و قبل از نزدیکی، مستحق مهرالمتعه می‌گردد؛ باید گفت که سبب تملک مهر به زوجه، انعقاد نکاح است که آن هم ایجاد شده است و همین‌طور است که در نکاح مفوضه المهر، پس از تعیین مهر از جانب داور، زن مستحق آن می‌گردد. به عبارت دیگر، باید گفت که منشأ استحقاق زن در نکاح مفوضه، با انعقاد نکاح، موجود می‌گردد و زوجه پس از نکاح، می‌تواند تعیین مهر را مطالبه نموده و بعد از تعیین تا دریافت آن از تمکین هم خودداری کند (قیوم زاد، ۱۳۸۹: ۱۴۷). در المبسوط که از کتب فقه حنفی است، آمده که مهرالمثل به موجب عقد برای زوجه شکل می‌گیرد<sup>۱</sup> (سرخسی، ۱۴۱۴، ج ۵: ۶۲). در صورت عدم تراضی زوجین به میزان مهر، زوجه وقتی مستحق مهرالمثل می‌شود که بین آن‌ها نزدیکی واقع شود. از این موضوع، نتیجه گرفته شده که برخلاف مدعای نظر قبل، سبب استحقاق زوجه به مهر، نزدیکی است نه صرف عقد نکاح (ره‌پیک و جانباز سوادکوهی، ۱۳۹۱: ۷). لذا زوجه برای اینکه بتواند مهرالمثل را دریافت کند، باید بدو نزدیکی نماید و

۱. أَنَّ مَهْرَ الْمَثَلِ يَجِبُ لِلْمَفْوضَةِ بِنَفْسِ الْعَقْدِ.

بنا به تصریح ماده ۱۰۸۵ پس از این اقدام، حق حبس نخواهد داشت.

محقق حلی اظهار داشته که موجب شکل‌گیری مهرالمثل، نزدیکی است، نه صرف انعقاد نکاح<sup>۱</sup> (محقق حلی، ۱۴۱۹، ج ۲: ۱۱). شهید ثانی هم بیان نموده زمانی که عقد بدون ذکر مهر منعقد می‌شود، به صرف اینکه علقه زوجیت، مهریه‌ای به زوجه تعلق نمی‌گیرد؛ چه مهرالمتعه و مهرالمثل. در این حالت، چنانچه پیش از نزدیکی طلاق گیرد، مهرالمتعه به وی تعلق می‌گیرد و پس از نزدیکی هم مستحق مهرالمثل می‌شود<sup>۲</sup> (شهید ثانی، ۱۴۲۳، ج ۸: ۱۹۱). از آنجا که مهریه‌ای به زوجه تعلق نمی‌گیرد، عقد تنها یک عوض دارد؛ یعنی زوجه در این وضعیت چون منتظر عوضی نیست، در نظر گرفتن حق حبس نیز برای وی منطقی نیست.

#### ۴. نظریه وجود حق حبس در صورت عدم تعیین مهر

برخلاف دسته‌ای از فقها و حقوق‌دانان که حق حبس را در صورت عدم تعیین مهر ثابت نمی‌دانستند، در بعضی از اظهارنظرهای فقهی آمده که حق حبس در فرض عدم تعیین مهر نیز ثابت است (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۳۱: ۴۲؛ خوانساری، ۱۳۳۵ ق: ۴۲۴). در کتاب الروض المربع از آثار فقه حنبلی نیز گفته شده که در این زمینه بین مهریه تعیین شده و مهریه مفوض تفاوتی وجود ندارد (البهوتی الحنبلی، بی‌تا، ج ۱: ۵۴۱).<sup>۳</sup> یعنی همان‌گونه که زوجه مفروضه المهر برای دریافت مهر حق حبس دارد، زوجه مفوضه المهر نیز همین‌گونه است. در کتاب الفروع فی الفقه الحنبلی نیز به عدم تفاوت بین مهریه مفوضه و مهریه مسمی تصریح شده است (المقدسی الحنبلی، ۱۴۰۵، ۹: ۳۱۱).<sup>۴</sup> اکنون به استدلال‌های ارائه شده برای این نظر می‌پردازیم.

#### ۴-۱. اطلاق ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی

برخی حقوق‌دانان معتقدند که هرچند موضع قانون مدنی در این زمینه روشن نیست، اما عبارت «تا مهر

۲. و لا یجب مهر المثل بالعقد، وإنما یجب بالدخول.

۳. من حکم التفویض أن لا یجب المهر لها بالعقد عندنا و لا المتعة، بل إنما تجب المتعة بالطلاق قبل الدخول و مهر المثل بالدخول، أو ما یتفقان من المهر قبل الدخول، فإذا طلقها بعده فلها نصف ما یفرض.

۴. و للمراه قبل دخول منع نفسها حتی تقبض صداقها الحال مفوضه کانت او غیرها.

۱. و للمراه مسمی لها او مفوضه منع نفسها حتی تقبض کل مهرها الحال.

به او تسلیم نشده» که در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی آمده، اطلاق دارد و شامل مواردی که مهر تعیین نشده، نیز می‌گردد؛ به عبارتی دیگر، زوجه تا پیش از دریافت مهر، می‌تواند از تمکین امتناع کند و در این زمینه فرقی ندارد که مهر معین باشد یا در آینده باید تعیین شود. برخی از حقوق‌دانان شرط حال بودن مهر، در متن ماده را قرینه‌ای دانسته بر اینکه قانون‌گذار تعیین مهر را اراده کرده است (صفایی و امامی، ۱۳۹۸: ۱۸۰).

#### ۴-۲. معاوضی یا شبه‌معاوضی بودن ذات نکاح

بنا به نظر مشهور فقها نکاح عقدی معاوضی یا شبه‌معاوضی است. هرچند که این نظر قابل خدشه بوده و مجموعه از ایرادات بر آن وارد است (قانع و موسوی مصباح الشریعه، ۱۴۰۱: ۹۸-۹۹)، ولی به‌هرحال این نظر در بین فقها و حقوق‌دانان شهرت یافته و مبنای ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی هم قرار گرفته است. یکی از دلایلی که در قسمت‌های قبل، برای عدم جریان حق حبس در صورت عدم تعیین مهر ارائه می‌شد، این بود که در این صورت، نکاح حالت معاوضی ندارد. اما یکی از فقها تصریح نموده که عقد نکاح در هر حال ماهیت معاوضی بودن خود را از دست نمی‌دهد؛ بنابراین در صورت عدم تعیین مهر، حاکم باید عوضی را برای زوجه در نظر گیرد. بدین ترتیب، حق حبس زوجه در این مورد همچنان باقی است و تا زمان تعیین مهریه و پرداخت آن این حق استمرار دارد. همچنین است سایر احکامی که از نظر شرعی بر عقد ازدواج یا مهریه جریان دارد<sup>۸</sup> (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۳۱: ۴۳). اگر معاوضی یا شبه‌معاوضی بودن نکاح را بپذیریم، پذیرش نظر اخیر نیز منطقی است؛ زیرا نکاح ذاتاً عقدی شبه‌معاوضی است و این، ربطی به تعیین یا عدم تعیین مهر ندارد. نکاح عقد واحدی است و نمی‌توانیم بگوییم که در صورت تعیین مهر، شبه‌معاوضی و در صورت عدم تعیین، غیرمعاوضی است.

#### ۴-۳. وحدت ملاک داشتن نکاح دارای مهر و بدون مهر

یکی از حقوق‌دانان با استناد به قول فقها معتقد است که وقتی در نکاح مهر تعیین نشده، زن می‌تواند از تمکین خودداری کند تا مهرش تعیین گردد و پس از آن نیز تا زمانی که مهر خود را دریافت نکرده

۸. و منه يعلم كون النكاح معاوضة في الواقع وإن خلا عقده عن ذكر العوض، فجری علیه حينئذ حکمها من المطالبة بتعيين العوض و حبس المعوض حتى تسلم العوض و غير ذلك من أحكامها.

می‌تواند از تمکین خودداری کند (امامی، بی‌تا، ج ۴: ۴۲۶). البته امتناع از تمکین منوط به آن است که زن پیش از دریافت مهر، وظایف زوجیت را انجام نداده باشد (امامی، بی‌تا، ج ۴: ۴۲۰). در این زمینه به وحدت ملاک نیز استناد گردیده و گفته شده: «نظر به وحدت ملاک ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی همان‌طوری که بعضی از فقهای امامیه و اهل سنت معتقدند، زن مادامی که مهرش تعیین نشده و آن را قبض نکرده، حق حبس دارد» (آراد، ۱۳۴۱: ۷۷).

در توجیه این نظر چنین استدلال شده که اگرچه حکم ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی مربوط به زمانی است که در نکاح مهر تعیین شده، لیکن از نظر وحدت ملاک با توجه به تحلیل عقلی که از طبیعت حقوقی نکاح به عمل آمده، حکم ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی در مورد نکاح مفوضه نیز قابل اجرا است. به نظر می‌آید که اتخاذ نظر خلاف و قائل نشدن به وجود حق حبس برای زوجه، از انصاف قضائی و روش تحلیل حقوقی به دور است (امامی، بی‌تا، ج ۴: ۴۲۷). نباید از نظر دور داشت که فلسفه حق حبس آن است که زوجه بتواند به راحتی به مهر خود دست یابد. با عنایت به اینکه هم مفوضه المهر و هم مفوضه البضع بالاخره دارای مهر می‌شوند و طبعاً نباید برای وصول آن به سختی دچار شوند، به نظر می‌رسد که این دو نیز دارای حق حبس خواهند بود (موسوی مصباح الشریعه، ۱۴۰۳: ۷۰).

## نتیجه‌گیری

عدم تعیین مهر در هنگام عقد نکاح، در دو صورت و قالب تفویض بضع و تفویض مهر واقع می‌شود. تفویض بضع نیز سه حالت دارد که فقط یک مورد از آن‌ها چالش برانگیز است و آن حالتی است که شرط شود زوجه هیچ‌گاه حقی بر مهریه نخواهد داشت. با عنایت به آمره بودن استحقاق زوجه نسبت به مهر، چنین شرطی محکوم به بطلان است، هرچند که اصل نکاح بنا بر اقوی صحیح است. قانون مدنی ایران به تبعیت از فقه امامیه، هم تفویض بضع و هم تفویض مهر را صحیح دانسته، اما فقهای اهل سنت تفویض مهر را به دلیل جهالت نسبت به مهر باطل و اصل نکاح را صحیح قلمداد کرده‌اند. در خصوص تأثیر عدم تعیین مهر بر حق حبس در ازدواج، هم بین حقوق دانان، هم بین فقهای فریقین اختلاف نظر وجود دارد. مهم‌ترین استدلال‌هایی که برای نظریه وجود حق حبس در بحث کنونی، در منابع فقهی و حقوقی دیده می‌شود، عبارت است از اینکه اولاً، در این حالت، نکاح جنبه معاوضی ندارد؛ ثانیاً، توافق و اراده مشترک زوجین بر زوال حق حبس تعلق گرفته؛ ثالثاً، در چنین ازدواجی، صرف

عقد نکاح موجب استحقاق زوجه بر مهر نمی‌شود و پیش از طلاق یا نزدیکی سببی برای تملک مهر برای زوجه وجود ندارد.

در مقابل، از نظر برخی حقوق‌دانان و تعدادی از فقهای فریقین، در فرض مورد بحث، همچنان حق حبس وجود دارد. مهم‌ترین دلایلی که برای این نظر وجود دارد، عبارت است از: اولاً، نکاح ذاتاً عقدی شبه‌معاوضی است و تعیین یا عدم تعیین مهر اثری بر این ذات تأثیری ندارد؛ ثانیاً، زوجین در غالب موارد اراده و تصمیمی بر زوال حق حبس ندارند، خصوصاً وقتی که عدم تعیین مهر ناشی از فراموشی باشد؛ ثالثاً، ماده ۱۰۸۵ ق.م اطلاق داشته و هردو فرضی را که در آن مهر تعیین شده و تعیین نشده، شامل می‌شود؛ رابعاً، ملاک حق حبس چه زمانی که مهر تعیین شده و چه در حالتی که تعیین نشده، یکی است. فلسفه حق حبس در هردو حالت واحد است. با در کنار هم نهادن این دو دسته استدلال، به نظر می‌رسد که استدلال دوم قوی‌تر است. خلاصه آنکه چنانچه در عقد نکاح، مهر تعیین نشود، زوجه تا قبل از دریافت مهر حق امتناع از تمکین را دارد.

## فهرست منابع

- ابن الملقن، عمر بن علی بن احمد الشافعی المصری. (۱۴۲۷). *التذکرة فی الفقه الشافعی*، لبنان، بیروت: دارالکتب العلمية.
- ابن قدامه المقدسی، عبدالله ابن احمد. (۱۳۸۸ هـ). *المغنی*، مکتبة القاهرة.
- آزاد، علی. (۱۳۴۱). *مهر، تاریخچه، ماهیت و احکام آن*. تهران: مصطفوی، چاپ اول.
- امامی، سید حسن. (بی تا). *حقوق مدنی*، تهران: انتشارات اسلامی، چاپ شانزدهم.
- بعلی، احمد. (بی تا). *کشف المخدرات*، بی جا: دار النبلاء.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۶). *دوره متوسطه حقوق مدنی: حقوق خانواده*، کتابخانه گنج دانش، چاپ چهارم.
- حسینی زبیدی، محمدمرتضی. (۱۴۱۴ ق) *تاج العروس من جواهر القاموس*، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ دوم.
- خوانساری، سید احمد. (۱۳۳۵ ق). *جامع المدارک*، تهران: مکتبة الصدوق.
- امام خمینی، سید روح الله. (۱۳۶۸). *تحریر الوسیلة*، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
- طریحی، فخرالدین. (۱۴۱۶ ق). *مجمع البحرین*، تهران: کتابفروشی مرتضوی، چاپ سوم.
- زرقاء، مصطفی احمد. (۱۹۶۷). *المدخل الفقهي العام*، دمشق: دارالفکر.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲). *مفردات الفاظ القرآن، لبنان*، سوریه: دارالعلم-دارالشامیه، چاپ اول.
- ره‌پیک، سیامک، جانباز سوادکوهی، علی. (۱۳۹۱). «اثر تمکین عام در سقوط حق حبس»، نشریه رویه قضائی، شماره ۱.
- سرخسی، محمد بن احمد. (۱۴۱۴). *المبسوط*، بیروت: دارالمعرفة.
- سعیدی، علی. (۱۳۹۴). «شرایط اعمال حق حبس زوجه در مذاهب اسلامی و حقوق ایران»، دانشگاه علوم قضائی و خدمات اداری، پایان نامه مقطع کارشناسی ارشد رشته حقوق خانواده.
- سعیدی، محمدعلی، وهاب زاده، سید عباسعلی. (۱۳۸۹). «بررسی شرط عندالاستطاعة در مهریه»، آموزه‌های حقوق کیفری، ۷ (۱۳).
- شیرازی زنجانی، سید موسی. (۱۳۸۲). *کتاب النکاح*، قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.
- شهید ثانی (الجبعی العاملی)، زین الدین بن علی. (۱۴۲۳). *مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام*، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- شیخ صدوق. (ابن بابویه)، محمد بن علی (۱۴۱۳). *من لایحضره الفقیه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه

مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.

شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۶۴). **تهذیب الأحکام فی شرح المقنعة**. تهران: دار الکتب الاسلامیه، چاپ چهارم.

صعیدی العدوی، علی بن احمد بن مکرم. (بی تا). **حاشیة علی شرح الخرشی علی مختصر ابی الضیاء الخلیل**، بیروت: دارالفکر.

صفا، محمدعلی. (۱۳۸۸). **حق حبس**، فصلنامه تخصصی فقه و تاریخ تمدن، سال پنجم، شماره بیستم.  
صفایی، سید حسین، امامی، اسدالله. (۱۳۹۸). **مختصر حقوق خانواده**، تهران: بنیاد حقوقی میزان، چاپ پنجاه و سوم.

طباطبائی، سید علی. (۱۴۱۲). **ریاض المسائل**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسین، چاپ اول.  
قانع، احمدعلی، موسوی مصباح الشریعه، احمدرضا. (۱۴۰۱). **عدم جریان حق حبس در ازدواج، مطالعات فقهی و حقوقی زن و خانواده**، بی تا.

قیوم زاد، محمود. (۱۳۸۹). «بررسی ماهیت حق حبس در نکاح و چگونگی استیفای آن»، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۱.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۸). **دوره حقوق مدنی - خانواده**، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول.  
نیآوردی، ابو الحسن علی بن محمد بن حبیب. (۱۴۴۱). **الحاوی الکبیر فی فقه مذهب الامام الشافعی و هو شرح مختصر المزنی**، بیروت: دار الفکر.

محقق حلی، جعفر بن الحسن. (۱۴۰۸). **شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.

محقق حلی، جعفر بن الحسن. (۱۴۱۹). **شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، قم: امیر، چاپ دوم.  
ابن قدامه المقدسی، عبدالرحمن بن محمد. (بی تا). **الشرح الکبیر**، بیروت: دارالکتب العربی.

محمد بن حسن، فاضل اصفهانی. (۱۴۰۵). **کشف اللثام**، قم: منشورات مکتبة آية الله العظمی المرعشی النجفی.  
المقدسی الحنبلی، محمد بن مفلح. (۱۴۰۵). **الفروع فی الفقه الحنبلی**، بی جا.

موسوی مصباح الشریعه، احمدرضا. (۱۴۰۳). «عدم جریان حق حبس در نکاح»، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، چاپ اول.

النجفی، محمد حسن. (۱۳۶۲). **جواهر الکلام**، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

النووی، یحیی بن شرف. (بی تا). **المجموع شرح المذهب**، بیروت: دارالفکر.