

تحلیلی بر ماهیت حقوقی «مهر المسمی» و آثار آن در فقه امامیه و حقوق ایران*

حامد خویاری**

چکیده

هرچند در منابع فقهی و حقوقی کشور بحث‌های گسترده و دقیقی راجع به جعل مهریه و کیفیت آن مطرح شده است، اما رویه قضایی در برخی موارد با بی‌اعتنایی به منابع موجود، پیروی از عرف را پیشه کرده که منجر به حصول نتایج مغایر با مبانی قانونی شده است. پذیرش شرط تملیک مسکن آینده و جعل تعهد به نفع ثالث به عنوان صدق، همچنین اشتراط «مطالبه در صورت استطاعت زوج»، نمونه‌هایی از این مغایرت و حاکی از بی‌توجهی قضات به منابع فقهی غنی موجود است. به نظر می‌رسد منشأ ایراد مذکور، عدم ایضاح ماهیت مهریه در نظام حقوقی کشور است که برخی آن را شرط ضمن عقد دانسته و عده‌ای قائل به رکن بودن آن در نکاح هستند. هریک از این رویکردها نقشی تعیین‌کننده در امکان قراردادن تعهد به نفع ثالث، تملیک مسکن آینده یا جعل حق به عنوان مهریه دارد. نگارنده معتقد است مهریه تحت عناوین مهر المثل و مهر المتعه از آثار مالی و قانونی نکاح و متوجه شوهر بوده که ممکن است میزان آن به عنوان مهر المسمی، با رضایت طرفین، در قالب عقدی تملیکی و معاوضی در ضمن نکاح تغییر کند. بنابر معاوضی بودن مهر المسمی، جعل آن توسط ثالث یا به نفع او صحیح نخواهد بود. به‌علاوه ماهیت تملیکی این نوع مهر سبب می‌شود تا جعل حق به عنوان مهر، درج شرط مسکن آینده و همچنین درج شرط مهریه به نحو عند الاستطاعه محل اشکال باشد.

کلید واژه‌ها: مهریه، مهر المسمی، حق حبس، تعهد به نفع ثالث.

* تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۸/۰۳/۰۸ - تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۹۸/۰۴/۳۰.

** دانشجوی دکتری دانشکده حقوق، دانشگاه اصفهان و مدرس دانشگاه آزاد اسلامی واحد بندرعباس/



مقدمه

حقوق دانان با توجه به ملاک‌های متفاوت، دسته‌بندی‌های گوناگونی از عقود ارائه کرده‌اند. برخی با توجه به اثر عقود، آن‌ها را تملیکی، اذنی و عهدی نام‌گذاری کرده (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ج ۱: ۳۱) و یا به اعتبار موضوع و هدف اقتصادی، عقود را به رایگان و معاوضی تقسیم نموده‌اند. (همان، ۱۳۸۵: ۱: ۱۱۲)

انتخاب هر یک از اقسام فوق، نتایج متفاوتی در باب مهریه و چگونگی جعل آن به همراه خواهد داشت. عقد نکاح با توجه به توصیه‌های قرآن کریم (نور: ۳۲) و روایات متعدد، ماهیتی دوگانه از جنس عبادات و معاملات دارد، اما همواره تردیدهایی در مورد معاوضی یا رایگان بودن این عقد، همین‌طور عهدی یا تملیکی بودن آن وجود داشته است. آنان که نکاح را معاوضی می‌دانند بضع را در برابر مهر قرار داده (اراکي، ۱۳۷۷: ۵۴۴) و وجود حق حبس را شاهد ادعای خود می‌دانند، در حالی که مشهور فقها با استناد به غیرمالی بودن نکاح، ازدواج سفیه را جدا از وضعیت مهریه، صحیح دانسته‌اند. (مکارم شیرازی، ۱۴۳۲ق، ج ۱: ۳۳۳) بدیهی است معاوضی بودن عقد نکاح فرع بر مالی بودن آن است، چرا که یکی از شرایط صحت عقود معاوضی تبادل مال در آن می‌باشد. (شهیدی، ۱۳۹۳: ۲۸۳)

قول به غیر مالی بودن نکاح و صحیح بودن نکاح سفیه، صرف‌نظر از وضعیت مهریه، با معاوضی دانستن آن در تعارض بوده و استناد به حق حبس به عنوان گواه معاوضی بودن نکاح دلیلی ناتمام است، زیرا در عقود معاوضی، عوضین از ارکان عقد محسوب می‌شوند (نائینی، ۱۴۱۳ق، ج ۱: ۸۲) ولی در نکاح، تعیین مهریه ممکن است به بعد از عقد موکول گردد. (امام خمینی، ۱۳۹۲، ج ۲: ۳۲۱) علاوه بر آن ممکن است تمتع جنسی به موجب صغر سن یا ناتوانی جنسی زوج ممتنع باشد، در این صورت نمی‌توان نکاح را در بعضی موارد معاوضی و در بعضی موارد رایگان قلمداد کرد.

با توجه به آنچه ذکر شد به نظر می‌رسد عقد نکاح علی‌رغم تمامی آثار مالی خود، عقدی غیرمالی باشد، چرا که دستیابی به مال، متعلق اصلی قصد هیچ‌یک از طرفین نبوده و آثار مالی قانونی نکاح، از جمله نفقه و مهرالمثل خارج از اراده انشایی متعاقدين است.

با توجه به همین مطلب اخیر است که برخی حقوق دانان آثار متعدد ازدواج از جمله مهریه را از جمله الزامات خارج از قرارداد می‌دانند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲: ۲۲)

در سوی دیگر ممکن است طرفین با تراضی و اراده انشایی مهر را تعیین نموده و آن را از الزامی قانونی به التزامی قراردادی تبدیل نمایند. در تأیید این نظر می‌توان به کلام برخی از فقها استناد کرد که فرموده‌اند: «اگرچه صداق در اصل عوض نیست، اما چنانچه در عقد ذکر شود، احکام معاوضات بر آن بار خواهد شد و جهالت هم یکی از موانع صحت است، پس با دخول مهرالمثل و با طلاق مهرالمتعه ثابت می‌شود». (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۸: ۱۵۷)

علاوه بر آنچه گفته شد، مهریه اقسام مختلفی دارد و هر یک دارای احکام ویژه‌ای است. این تفاوت در احکام و وضعیت اقسام مهریه، به چند دستگی نظرات دامن زده است. چالش اصلی در این نوشتار، تحلیل ماهیت مهر المسمی به عنوان یک عمل حقوقی ضمن عقد نکاح است. مهر المسمی را می‌توان تراضی طرفین بر تغییر میزان قانونی مهریه دانست (مواد ۱۰۸۰ و ۱۰۸۷ قانون مدنی)، توجه به کاربرد لفظ تراضی در قانون مدنی نیز مؤید این ادعاست، چرا که قانون مدنی لفظ «تراضیم را در مواقعی به کار برده که پیش از آن تعهداتی بین طرفین موجود بوده است. (تبدیل تعهد در بند ۱ ماده ۲۹۲ یا اقاله در ماده ۲۸۳)

نگارنده در این نوشتار با بررسی نظرات فقهی سعی در ایضاح احکام این تراضی از قبیل رایگان یا معاوضی بودن، همچنین تملیکی یا عهدی بودن دارد. در نگاه نخست و با توجه به وجود حق حبس و اطلاق لفظ تملک و مالکیت در مواد ۱۰۸۷ و ۱۰۸۲ به نظر می‌رسد مهر المسمی عقدی تملیکی و معاوضی است. شناسایی ماهیت مهر المسمی به عنوان تراضی ضمن عقد نکاح، تنها جنبه نظری نداشته و در عمل نیز می‌تواند به چگونگی تقنین پیرامون موضوع مهریه و همین‌طور انسجام آرای قضایی کمک نماید.

نگارنده با توجه به غنای منابع فقهی در این زمینه تلاش کرده تا وضعیت اعمال حقوقی از قبیل جعل حق به عنوان مهر، جعل مهر توسط ثالث یا به نفع او، همچنین اشتراط مسکن آینده و قید عند الاستطاعه در مهریه را از حیث اثر بررسی نماید. در ادامه سعی شده تا با مرور اقسام مهریه و احکام هر یک از آن‌ها، ماهیت مهریه تبیین و در آخر تحت عنوان فایده عملی، وضعیت اعمال حقوقی مذکور سنجیده شود.



۱. اقسام مهریه و ماهیت آن‌ها

در منابع فقهی و حقوقی ایران، مهریه به چهار نوع تقسیم شده که قانونگذار در جلد دوم قانون مدنی تنها از سه قسم آن نام برده است. به نظر می‌رسد مبنای تقسیم‌بندی قانون مدنی، تعیین یا عدم تعیین مهر حین نکاح باشد. از همین رو برای اقسام مذکور، می‌توان از عنوان قراردادی یا قانونی نیز استفاده نمود. در ادامه به اجمال اقسام چهارگانه را مرور خواهیم کرد.

۱. مهر المسمی (ماده ۱۰۸۰ قانون مدنی): مهری است که در متن عقد به میزان آن تصریح شده باشد و در مقابل مهرالمثل و مهرالمتعه به کار می‌رود. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ج ۵: ۳۵۷۹)

۲. مهر السنه: مقدار مهری است که پیامبر برای همسران خود و دختر پاکش قرار دادند. مقدار آن پانصد درهم است و جعل آن مستحب می‌باشد. (عاملی، ۱۴۱۰ ق، ج ۵: ۳۴۴)

به نظر می‌رسد مهر السنه نوعی از انواع مهر المسمی باشد و طرح آن به عنوان قسمی از مهریه صحیح نیست.

۳. مهر المثل: چنانچه مهر المسمی تعیین نشده یا شرط عدم مهر شود و نزدیکی واقع شده باشد (ماده ۱۰۸۷ قانون مدنی) یا مطابق ماده ۱۱۰۰ قانون مدنی اگر مهرالمسمی به برخی جهات باطل باشد و یا اختیار تعیین مهر به زوجه داده شده باشد (ماده ۱۰۹۰)، زن مستحق مهرالمثل است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ج ۵: ۳۵۷۸) برای تعیین مهرالمثل باید حال زن از حیث شرافت خانوادگی و سایر صفات و وضعیت او نسبت به امثال و اقربان و اقارب و همچنین معمول محل و غیره در نظر گرفته شود. (ماده ۱۰۹۱ قانون مدنی)

۴. مهر المتعه (ماده ۱۰۹۳ قانون مدنی): اگر در عقد نکاح مهر ذکر نشود و زوج پیش از دخول و تعیین مهر، زوجه را طلاق دهد، باید به زوجه مهرالمتعه بدهد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ج ۵: ۳۵۷۸) مقدار مهر المتعه به وضع مالی زوج بستگی دارد. (ماده ۱۰۹۴ قانون مدنی)

۱.۱. مهر المثل و مهر المتعه

همان‌طور که پیداست مهر المثل و مهر المتعه، بدون توجه به اراده انشائی طرفین، از سوی قانونگذار جعل می‌شوند. قانونگذار این دو مورد را به عنوان مهریه مطرح نموده و مقررات راجع به آن را برشمرده است؛ با وجود این، منشأ ایجاد هر یک از این دو نوع مهر متفاوت است؛ اولی ناشی از نزدیکی با زوجه بوده (شفق، ۱۳۸۸: ۴۳) و دومی عطیه‌ای است که قانونگذار مطابق با شرع، جهت تسهیل امور زوجه پس از طلاق بر عهده زوج قرار داده است.

در تائید این نظر می‌توان به ماده ۱۰۹۳ قانون مدنی استناد نمود که حق اولیه زوجه را مهر المتعه دانسته و مهر المثل را در صورت دخول، متعلق حق زوجه می‌داند. تأمل در مواد قانون مجازات اسلامی نیز مثبت این نتیجه است. ماده ۲۳۱ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد:

در موارد زنای به عنف و در حکم آن، در صورتی که زن باکره باشد مرتکب علاوه بر مجازات مقرر به پرداخت ارش البکاره و مهر المثل نیز محکوم می‌شود و در صورتی که باکره نباشد، فقط به مجازات و پرداخت مهر المثل محکوم می‌گردد.

قانونگذار در این ماده ارش البکاره را در برابر ازاله بکارت قرار داده و مهر المثل را در برابر متمنع شدن مرد در نظر گرفته است؛ البته مهر المثل تنها در صورت عدم رضایت زن به وی تعلق می‌گیرد (تبصره یک ماده ۶۵۸ قانون مجازات اسلامی). در حقیقت رضایت زن به صدمه جسمانی، مرد را از پرداخت ارش البکاره معاف نمی‌کند، ولی رضایت او به رابطه جنسی غیرشرعی، احترام عمل وی را از بین خواهد برد. حال آنکه در رابطه زناشویی فعل همسر محترم بوده، لذا در صورت نزدیکی، وی مستحق مهر المثل خواهد بود. آیه ۵۰ سوره احزاب نیز نکاح بدون مهر را مختص پیامبر ﷺ می‌داند و قانون مدنی حتی در صورت شرط عدم مهر و مواعقه، زن را مستحق مهر المثل می‌داند.

۱.۲. مهر المسمی

مهر المسمی ریشه در اراده انشائی طرفین داشته و می‌تواند به عنوان یک قرارداد مورد بررسی قرار گیرد. پرسش این است که آیا استعمال لفظ مهریه در مورد مهر المسمی استعمالی مجازی است یا حقیقی؟ پیش از این دانستیم، مهر المسمی تغییر میزان و شیوه





الزام قانونی زوج می‌باشد، بنابراین باید دید این تغییر، می‌تواند مصداق تغییر قرارداد باشد. در صورت پذیرش این نظر، استعمال لفظ مهریه در مورد مهر المسمی را باید استعمالی مجازی بدانیم. توضیح آنکه اطلاق لفظ مهریه ناظر به معنای واقعی آن یعنی اثر مالی و قانونی نکاح است و مهر المسمی نوعی تراضی با نام مستقل محسوب می‌شود. در واقع مهر المسمی، تراضی بر تبدیل یک الزام قانونی به نام مهریه به التزامی قراردادی است. به این ترتیب مهر به عنوان الزام اولیه شوهر منشأ قانونی و مهر المسمی به عنوان تراضی بین طرفین منشأ قراردادی دارد. با فرض پذیرش عقد بودن تعیین مهر المسمی، باید دید این قرارداد معاوضی است یا رایگان، عهدی است یا تملیکی. در دو بند آتی به پاسخ به این سوال پرداخته خواهد شد.

۱.۲.۱. معاوضی بودن مهر المسمی

مشهور فقها معتقدند در صورت تعیین مهر، زوجه می‌تواند تا وصول مهریه از تمکین خودداری نماید (خوانساری، ۱۳۵۵: ج ۴: ۴۲۴) و از وجود این حق حبس، قائل به معاوضی بودن مهر المسمی شده‌اند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۱۳۳) آن‌ها عدم تعیین مهر را اقدام به اسقاط حق حبس از سوی زوجه دانسته‌اند. (کرمی، ۱۳۹۶: ۱۴۸)

هرچند از اطلاق بیان فقها می‌توان پنداشت که ایشان نکاح را در صورت تعیین مهر معاوضی می‌دانند، ولی با توجه به نکات گفته شده راجع به غیرمالی بودن نکاح و پذیرش تعیین مهر المسمی به عنوان قرارداد، قدر متیقن آن است که منظور آن‌ها از عقد معاوضی، تراضی بر مهر المسمی است، نه نکاح.

برخی از حقوق دانان نیز فرض حق حبس برای زوجه، در صورت عدم تعیین مهر المسمی را ممتنع می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱: ۱۴۱) بنابراین عموم لفظ مهر در ماده ۱۰۸۵ را که مقرر داشته: «زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند»، باید منصرف از مهر المثل دانست. ذکر حق حبس ذیل بحث مهر المسمی و پیش از طرح بحث مهر المثل در قانون مدنی نیز مؤید این نظر است.

ممکن است ایراد شود که زوج در برابر مهریه چیزی تحصیل نمی‌نماید و از این رو مهر المسمی معاوضی نخواهد بود. پاسخ این ایراد را در فلسفه جعل مهر المثل می‌توان یافت.



از منظر فقهی تمکین به معنای خاص از سوی زوجه، عمل وی بوده که مورد احترام قانونگذار واقع شده است. به همین دلیل فقها ماهیت عقد نکاح موقت را شبیه اجاره عمل زوجه می‌دانند که باید در مدت معین و به عوض معلوم باشد. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۵: ۱۱؛ فخر رازی، ۱۴۲۰ق، ج ۱۰: ۴۹) ایراد مال نبودن عمل حر نیز وارد نخواهد بود، چرا که عمل حر می‌تواند به موجب قرارداد مال تلقی شود، هر چند بسیاری از متأخرین عمل شخص آزاد در حالت عادی را نیز مال دانسته و ائتلاف آن را ضمان‌آور می‌دانند. (مدرسی یزدی، بی‌تا: ۴۷)

مورد دیگری که باید در جهت اثبات معاوضی بودن مهر المسمی به آن پرداخت، ایرادی است که با توجه به ماده ۱۰۸۴ قانون مدنی، ممکن است مطرح شود. در این ماده قانونگذار مقرر می‌دارد: «هرگاه مهر عین معین باشد و معلوم گردد قبل از عقد معیوب بوده و یا بعد از عقد و قبل از تسلیم معیوب و یا تلف شود شوهر ضامن عیب و تلف است». ماده مذکور ناظر بر مهر المسمی بوده، ولی به نظر می‌رسد با فرض معاوضی بودن مهریه در تعارض باشد، چرا که ماده به جای ضمان معاوضی، ضمان ید را در تلف مهر قبل از قبض جاری دانسته است. در پاسخ به ایراد فوق می‌توان گفت:

۱. هرچند ماده در مورد تلف مهر، ضمان ید را پذیرفته، اما در مورد عیب پیش از قبض، متمایل به ضمان معاوضی شده است. (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۴۱)

۲. علاوه بر آن اغلب فقها و حقوق‌دانان معتقدند انفساخ معامله با تلف مبیع قبل از تسلیم، حکمی خلاف اصل است، چرا که مقتضای مالکیت مشتری آن است که تلف بدون تقصیر بایع، از مال او محسوب شود، نه بایع. (انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۶: ۲۷۰؛ اصفهانی، ۱۴۰۹ق: ۲۶۵؛ محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۳۸؛ امامی، ۱۳۸۴، ج ۱: ۳۰۲) بنابراین حکم ماده ۱۰۸۴ منطبق با قواعد معاوضه، ولی تابع احکام ضمان ید می‌باشد؛ به علاوه در مورد مهر المسمی انفساخ قرارداد مهریه باعث تخلف عقد از قصد طرفین می‌شود، چرا که تلف مهر را از کیسه مرد دانسته و زن را از تمکین به معنی خاص معاف خواهد کرد.

۳. همچنین نمی‌توان در انفساخ عقد نسبت به عوض و معوض، تبعیض قائل شد و تنها مهریه را مشمول این قاعده دانست. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۱۳۱)



با توجه به آنچه گفته شد راهی جز پذیرش ضمان ید باقی نمی ماند و پذیرش این راه تعارضی با معاوضی بودن عقد تعیین مهر المسمی نخواهد داشت.

استدلال فوق در صورتی است که ماهیت ضمان در ضمان معاوضی و ضمان ید را متفاوت بدانیم، در غیر این صورت می توان گفت ماده ۱۰۸۴ قانون مدنی حتی با ضمان معاوضی نیز در تعارض نیست. توضیح آنکه برخی از فقها معتقدند ضمان در همه انواع آن (ضمان مال، ضمان النفس و ضمان معاوضی) ماهیت واحدی دارد (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۷: ۱۰۰) و آن را قراردادن خسارت مال مورد ضمان بر عهده ضمان می دانند. (اصفهانی، ۱۴۱۹ق، ج: ۱: ۳۱۰) شیخ انصاری که معتقد به این نظر می باشد می فرماید: «اگر مال مورد ضمان تلف شود از مال اصلی ضامن کم می شود، چرا که ضامن باید خسارت را از مال اصلی خود جبران کند». (انصاری، ۱۴۱۹ق، ج: ۳: ۱۸۳)

شیخ اعظم تفاوت ضمان معاوضی و ضمان ید را تفاوت در شیوه تدارک می داند و نه ماهیت ضمان. عده ای دیگر از فقها در توضیح این نظر ضامن در ضمان ید را ملزم به ادای بدل واقعی و در ضمان معاوضی ملزم به ادای بدل قراردادی می دانند (نائینی، ۱۴۱۸ق، ج: ۱: ۱۱۹) لذا با توجه به امتناع عقلی استرداد بضع در مهریه، حتی مطابق با قواعد ضمان معاوضی، می توان قائل به الزام به رد بدل واقعی مهر المسمی بود.

۱. ۲. ۲. تملیکی بودن مهر المسمی

ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی به پیروی از مشهور فقها (نجفی، ۱۹۸۱م، ج: ۳۱: ۱۰۷) زوجه را به مجرد عقد مالک مهر می داند. روشن است که اطلاق این ماده منصرف به مهر المسمی بوده و تنها این نوع از مهریه است که به مجرد عقد نکاح به مالکیت زوجه درمی آید، چرا که برای ذی حق شدن زوجه در مهرالمثل و مهرالمتعه شرایط دیگری لازم است. تملیکی بودن عقد مهریه (به معنی مهر المسمی) امکان جعل حقوق مالی به عنوان مهر را زیر سؤال خواهد برد که در مبحث فایده عملی به صورت مبسوط به آن خواهیم پرداخت.

در بین فقهای متقدم، امکان یا عدم امکان جعل حق به عنوان مهریه همواره محل نزاع بوده است. تحلیل فقهای متأخر بر موضوع مهر المسمی (سبحانی، ۱۴۱۶ق، ج: ۲: ۱۷۸) نشان می دهد فقهایی که مخالف مهر قرار دادن حق به عنوان مهریه بوده اند، اغلب به مال نبودن حق استناد کرده و البته با همین استدلال منکر امکان جعل حق به عنوان



عوض در سایر عقود معاوضی بوده‌اند. (انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۳: ۹) به همین دلیل در حال حاضر و با شناخت حقوق مالی به عنوان عوض در روابط قراردادی، بسیاری از فقها قائل به امکان جعل حق به عنوان عوض در عقود معاوضی و به علاوه مهر المسمی شده‌اند. (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ق: ۴۱۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۶: ۷) در این بین تنها برخی از آن‌ها به اضافه اعتباری توجه و سنخ مالکیت و حق را از هم تفکیک کرده‌اند. (نائینی، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ۴۲)

مطابق این نظر، بیع تملیک عین به عوض معلوم بوده و به این ترتیب تنها کسی می‌تواند بیع را منعقد سازد که اضافه اعتباری او با مال، مالکیت باشد و نه حق. در اجاره نیز موجر باید مالک منافع باشد، لذا ذی‌حق در انتفاع نمی‌تواند مال را به دیگری اجاره دهد (ماده ۴۷۳ قانون مدنی).

در قانون مدنی (ماده ۱۰۷۸ و صدر ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی) و همچنین عبارات فقها (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ۱۴؛ انصاری، بی‌تا، ج ۱: ۲۵۵) بارها اقتضاب تراضی بر مهریه را تملیک آن به زوجه به محض وقوع عقد دانسته‌اند و این یعنی امکان جعل اضافات اعتباری از قبیل حق که قابل تملک نیستند، به عنوان مهریه وجود ندارد.

ممکن است ایراد شود که نوع رایج جعل مهریه در عقود امروز، به نحو سکه یا وجه رایج بوده و اقتضای این نوع مهر، تعهد است و نه تملیک. این ایراد قابل پذیرش نیست؛ چرا که جعل عوض به صورت کلی تعارضی با تملیک آن ندارد. هرچند بسیاری از حقوق‌دانان تملیک در مواردی را که عوض عین کلی است، منوط به تعیین (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ج ۱: ۳۴) یا تسلیم (امامی، ۱۳۸۴، ج ۱: ۳۱۸) مصداق می‌دانند، اما از نظر اغلب فقها در مواردی از قبیل بیع مال کلی یا جعل مال کلی به عنوان مهر، خریدار یا زوجه به محض وقوع عقد، مالک کلی در ذمه طرف مقابل می‌شوند. (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰، ج ۱: ۵۴، نائینی، ۱۴۱۳ق، ج ۱: ۸۸؛ موسوی خویی، ۱۳۷۷ق، ج ۱: ۱۸-۱۷؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۵: ۱۹۵) به همین دلیل نیز می‌توانند طلب خود را در برابر دریافت عوض از دیگری مورد فروش قرار دهند. نکته‌ای که باید به آن توجه شود آن است که به خلاف ایجاب نکاح، موجب در مهرالسمی زوج بوده و زن نقش قابل را دارد (طباطبایی، بی‌تا، ج ۴: ۲۶۹) به همین اعتبار نیز عقد مهر المسمی را تملیکی می‌دانیم.



همچنین باید توجه داشت برای تملیکی، عهده‌ی یا اذنی شمردن یک عقد باید به اثر ایجاب توجه کرد و قبول تنها نقش مطاوعه و پذیرش دارد. از همین رو تملیک منفعت به عین را اجاره و تملیک عین به منفعت را بیع می‌نامند. (حسینی میلانی، ۱۳۸۸، ج ۱: ۹۶)

۲. فایده عملی بحث

پیش از این دانستیم مهریه، الزامی قانونی است که به موجب عقد نکاح برای زوج ایجاد می‌شود. زوجین می‌توانند با تراضی میزان آن را تغییر دهند و این تغییر، پرداخت مهریه را از الزام قانونی به تعهد قراردادی تبدیل می‌کند. تعهد جدید، معاوضی و تملیکی بوده و این خصوصیات منشأ آثار متفاوتی برای عقد مهر المسمی است که در ادامه به اختصار به برخی از آن‌ها پرداخته خواهد شد.

۲.۱. جعل مهریه توسط ثالث

ماده ۱۱۰۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «در صورتی که مهر المسمی... ملک غیر باشد...، زن... مستحق مثل یا قیمت آن خواهد بود، مگر اینکه صاحب مال اجازه نماید». با توجه به معاوضی بودن قرارداد مهر المسمی، مطابق با قواعد معاوضات باید بپذیریم معوض در ملک کسی وارد می‌شود که عوض از مالکیت وی خارج شده باشد. حال آنکه مطابق با ماده ۱۹۷ قانون مدنی و ماده فوق‌الذکر، ظاهراً عوض از ملک ثالث خارج شده است، ولی به جای آنکه عقد برای صاحب مال واقع شود، معوض به زوج تعلق می‌گیرد.

عدم صراحت قانونگذار در مورد شخص تملیک کننده مهریه، به این تردیدها دامن زده است که آیا شخص ثالث می‌تواند به استناد ماده فوق مالی را مهریه زوجه قرار دهد؟ عبید بن زراره از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند که از ایشان در مورد تزویج صغیر و مهریه زوجه وی سؤال شد که ایشان در جواب فرمودند: «اگر پسر مالی داشته باشد که خود وی مسئول پرداخت مهر خواهد بود و در صورت اعسار صغیر مهر بر عهده ولی او خواهد بود». (تولایی، ۱۳۹۳: ۷۱)

هرچند طرفداران امکان جعل مهر توسط ثالث به روایت فوق استناد می‌کنند (موسوی خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ۲۷۹ و ۲۸۱)، اما از صدر روایت پیداست که مدیون در اینجا نیز صغیر بوده و تعهد ولی به پرداخت، ناشی از مسئولیت وی در انعقاد عقد می‌باشد. می‌دانیم



مسئول و ملزم دانستن شخصی ملازمه با مدیون بودن وی ندارد، به همین دلیل نیز متعهد پس از پرداخت دین می‌تواند به مدیون مراجعه نماید. (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۶۴)

تمهید موجود در روایت فوق، نوعی تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل متعهد از سوی شارع است که در عصر حاضر نیز در ماده هفتم قانون مسئولیت مدنی و مسئولیت ولی دیده می‌شود. بنابراین دانستیم مسئولیت ولی، مدیونیت مولی‌علیه را از بین نمی‌برد. عده‌ای از فقها بلافاصله پس از تحلیل روایت فوق، حکم آن را مورد بررسی قرار داده‌اند:

۱. برخی جعل مهریه توسط ولی (بدون انتقال به پسر) را باطل و زوجه را در این صورت مستحق مهر المثل دانسته‌اند. (گلپایگانی، ۱۳۶۴، ج ۲: ۱۶۴)

۲. برخی دیگر نیز ضمن عدم پذیرش جعل مهر توسط ثالث، مهریه فضولی را متشکل از سه عمل حقوقی می‌دانند؛ تملک فضولی توسط زوج، اصداق و اجازه مالک نسبت به تملک که تبعاً موجب نفوذ مهر نیز خواهد شد. (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۵۱۱)

پذیرش نظر فوق تبعات حقوقی مخصوص به خود را دارد. از جمله آنکه در صورت طلاق پیش از دخول، نصف مهر به مالکیت زوج برمی‌گردد و نه ثالث. این نظر در فتاوای برخی از فقهای معاصر از جمله امام خمینی علیه السلام تقویت شده است. (همان، ۱۳۹۰: ۵۲۰)

از آنچه گفته شد نباید نتیجه گرفت که امکان ضمانت از مهریه یا تعهد به پرداخت مهر المسمی توسط ثالث وجود ندارد، چرا که ضمانت یا تبدیل متعهد فرع بر پذیرش تعهد اصلی بوده و خود حکایت از تعهد زوج بر پرداخت مهریه دارد.^۱ بدیهی است با پذیرش این نظر، رضایت زوجه به عنوان متعهد له در تبدیل تعهد شرط بوده و پس از تبدیل تعهد حق حبس وی نیز زایل خواهد شد.

حالت دیگر تبدیل تعهد آن است که زوجه پس از قبول مهر به عهده زوج، آن را به فرد ثالث منتقل نماید. این فرض نیز خالی از اشکال بوده و به نظر صحیح می‌آید. مشکل

۱. در نشست قضایی دادگستری مشهد (بهمن ۱۳۸۰) نیز حاضرین به اتفاق نظر معتقد بودند به عهده گرفتن مهر توسط پدر چنانچه در قالب تبدیل تعهد یا ضمانت نباشد، باطل است: «اگر پدر زوج میل به پرداخت مهر کرده است، بدون انتقال به پسر، این مهر بر اساس فتوای آیت الله گلپایگانی باطل است و مهر المثل بر ذمه پسر می‌آید». محمد جواد فاضل لنکرانی می‌گوید: «چنانچه پدر شوهر مهر عروس را قبول کرده، پدر زوج ضمانت می‌کند که بدهد، به عهده پدر شوهر که حکم سایر دیون را دارد و با قانون جدید و تبصره الحاقی باید پردازد و اگر مهر عروس را خود قبول کند، در هر دو صورت جایز است ولی بهتر است اول تملیک کند به پسر و سپس منتقل کند به زوجه».



در جایی خواهد بود که زوجه در ابتدا ثالث را ذی نفع مهریه قرار دهد که البته در عرف امروز امری رایج است. در ادامه به بررسی فرض فوق خواهیم پرداخت ولی پیش از آن باید یادآور شد که نکاح عقدی غیرمالی است، مهریه الزامی از سوی قانونگذار است که در صورت تراضی، شکل قرارداد به خود می‌گیرد و عقد تعیین مهر المسمی، عقدی معاوضی و تملیکی می‌باشد.

۲.۲. جعل مهر به نفع ثالث

تعهد به نفع ثالث، تخلف از ماده ۲۳۱ قانون مدنی و اصل نسبی بودن قراردادها است. (صفایی، ۱۳۹۱: ۱۶۶) از این رو موارد مشابه را باید به صورت مضیق تفسیر نمود. ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی صراحتاً مهریه را به مجرد عقد وارد در ملک زن می‌داند. در حقیقت مقتضی موازنه در تملیک همین است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۱۸) اما آیا زن می‌تواند مهر خود را انفاق به ثالث قرار دهد؟ با توجه به معاوضی بودن مهر المسمی که پیش‌تر به آن اشاره شد، می‌توان مهر المسمی را در این حالت همچون مبیع در نظر گرفت؛ در مورد بیع، خریدار نمی‌تواند ثالث را به موجب عقد بیع، مالک مبیع قرار دهد. این امر علاوه بر آنکه با قواعد معاوضات در تعارض است، موجب تملیک یک‌جانبه برای ثالث می‌شود که البته در حقوق ما پذیرفته نیست. (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۳: ۳۲۰) ممکن است ایراد شود که:

۱. با فرض ایقاع بودن وصیت تملیکی (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۱۵)، تملیک یک‌جانبه را می‌توان در شمار قواعد عمومی تعهدات آورد، اما این ایراد کامل نیست، چرا که حتی طرفداران ایقاع بودن وصیت تملیکی نیز اثر وصیت را ایجاد حق تملک برای موصی له می‌دانند و نه ایجاد مالکیت. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳، ج ۱: ۲۳)

فرق بین ملک و حق تملک در مراتب سلطنت ذی‌حق و مالک است (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۳: ۳۱) از این رو وصیت را باید ایقاعی موجب حق تملک دانست و نه ایقاعی موجب ملک. بنابراین نمی‌توان برای اثبات ایقاع تملیکی به وصیت استناد کرد، هرچند قانونگذار مسامحتاً از آن به عنوان عمل حقوقی تملیکی نام برده باشد.

۲. ممکن است با استناد به مواد ۱۹۶، ۷۶۸ قانون مدنی و نظر طرفداران قاعده بودن ایقاع موجب حق (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۶۴)، گفته شود جعل حق به عنوان مهریه برای ثالث

صحیح است. ایراد این مطلب پیش از این گذشت؛ مورد مهریه باید متعلق ملک باشد و نه حق. توضیح آنکه اقتضاء مهر المسمی تملیک است و چنانچه بخواهیم حقی برای غیر ضمن عقد نکاح در نظر بگیریم، حق مذکور تابع مقررات راجع به اشتراط تعهد به نفع ثالث ضمن عقد خواهد بود و نه عنوان مهر المسمی.

علاوه بر آن برخی اساساً تعهد به نفع ثالث را موجد حکم وضعی ندانسته و تنها اعتقاد به تکلیفی بودن این تعهد دارند. (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۱: ۱۹۴) به این معنی که تعهد به نفع ثالث، حق دینی برای او ایجاد نکرده و وارد در ذمه متعهد نمی‌شود.

قائلین این نظر، ماده ۷۶۹ را که ناظر بر جعل تعهد به نفع ثالث به عنوان عوض است، از جمله مصادیق حکم تکلیفی دانسته‌اند. (همان: ۱۹۱) البته قانون مدنی ایران نیز در ماده ۷۶۹ با ایراد عدم توارث بر این نظر صحه گذارده است. چنانچه تعهد به نفع ثالث را موجب حکم تکلیفی بدانیم انجام شرط فعل برای متعهد واجب بوده و به همین دلیل امکان تعلق حق به ترکه متعهد یا انتقال آن توسط ثالث به دیگری وجود ندارد. (نعمت‌اللهی، ۱۳۸۹: (ب) ۲۸-۲۶) این نتایج آشکارا با احکام راجع به مهریه در تعارض است.

برخی از مفسرین با اشاره به آیه ۲۷ سوره قصص، جعل مهر برای ثالث را جایز دانسته‌اند. (طبرسی، ۱۴۱۵ق، ج ۷: ۴۳۱) ایشان معتقدند مهر در نکاح حضرت موسی و دختر شعیب، به نفع شعیب جعل شده است. حتی با فرض پذیرش دلالت این آیه بر این معنی و عدم تقدیر شرایط دیگر، باید گفت که چنین رسمی در ادیان پیشین بوده و اسلام چنین رسمی را منسوخ نموده است. (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۲۴)

روایت صحیح السنّی از امام رضا علیه السلام نیز آورده شده که فرموده‌اند: «و ان رجلاً تزوج امرأة و جعل مهرها عشرين الفاً و جعل لابیها عشرة الاف. كان المهر جائزاً و الّذی سمّاه لأبیها فاسداً». (نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۳۱: ۱۴)

یکی از فقهای معاصر در تفسیر این روایت گفته‌اند:

مهریه به منزله عوض است و پدر معوض ندارد و می‌خواهد پولی بگیرد که «اکل مال بباطل» است و اما زن که خودش را در معرض شوهر می‌گذارد، لذا معوض است و او هم عوض است و از این جهت حضرت فرمودند مهریه زن درست است و مهریه‌ای که برای پدر کردند، درست نیست. (مظاهری، ۱۳۹۱/۱/۲)



آنچه گفته شد راجع به ذی‌نفعی پدر و مادر بوده و به دلیل معاوضی بودن این عقد می‌توان این حکم را به سایر اشخاص نیز تعمیم داد. علاوه بر آن برخی (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۱۲۷) فلسفه حکم فوق را امکان سلب آزادی عمل زوجه توسط آزمندان دانسته‌اند که می‌تواند مزید بر دلیل فوق‌الذکر باشد.

با ادله و بررسی‌های مذکور روشن شد، چنانچه مهر زن به نفع ثالث قرار داده شود، باطل بوده و زن مستحق مهر المثل می‌باشد. در این صورت، به خلاف ماده ۱۰۸۴ قانون مدنی، حق حبس وی نیز ساقط است. توضیح آنکه در ماده فوق‌الذکر مهر المسمی به جهتی از جهات باطل بوده، ولی تعیین مهر المسمی برای زوجه حاکی از اراده ایشان بر وجود حق حبس دارد.

در مورد جعل تعهد برای ثالث اما بنای طرفین - در صورت صحت مهر- بر وجود حق حبس نبوده، لذا در صورت بطلان به طریق اولی زن حق حبس نخواهد داشت و از احکام مهر المسمی پیروی نخواهد کرد. با وجود این، شاید بتوان این تعهد را شرطی ضمن نکاح به نفع ثالث یا صلحی بین زوج و زوجه مطابق با ماده ۷۶۸ قانون مدنی دانست. این نظر نیز دارای ایراداتی است، چرا که قصد ظاهری و باطنی طرفین بر جعل مهر بوده و مرد قصد تعهد بلاعوض در برابر ثالث را نداشته است. این مورد را می‌توان به استناد اشتباه در وجود علت تعهد نیز، باطل دانست.

۳.۲. جعل حق به عنوان مهریه

ماده ۱۰۷۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هر چیزی را که مالیت داشته و قابل تملک نیز باشد می‌توان مهر قرار داد». قسمت اول این ماده جعل حقوق مالی را از آن‌رو که مالیت دارند، ممکن می‌داند، اما قسمت اخیر آن تأکید بر قابلیت تملیک موضوع مهریه دارد. از لحاظ فقهی نیز متعلق ملک ممکن است یکی از این چهار مورد باشد؛ عین خارجی، منفعت اعیان خارجی، کلی در ذمه و کار انسان. (نعمت‌اللهی، ۱۳۸۹ (الف): ۱۱۴) فقها نیز موضوع مهر المسمی را محدود به همین موارد دانسته‌اند (حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۳: ۵۴۶) بنابراین حقوق مالی از آن‌رو که از جنس حق بوده و نه ملک، نمی‌توانند موضوع مهر المسمی قرار گیرند.



توضیح آنکه ماده ۲۹ قانون مدنی انواع علاقه اشخاص با اموال را محدود به حق و مالکیت نموده است. حق در معنای اعم خود شامل حکم، مالکیت و حق به معنای اخص می‌باشد. (فروغی، ۱۳۹۱: ۸۵) چنانچه حق را در معنای حکم وضعی مد نظر قرار دهیم، در برابر احکامی از قبیل ولایت و حضانت قرار گرفته و اگر حق را در معنای اخص، یعنی نوعی از سلطه اشخاص بر اموال استفاده کنیم، در برابر مالکیت قرار می‌گیرد (موضوع ماده ۲۹ قانون مدنی) بنا بر مقدمه فوق و این مقدمه که تراضی بر مهر المسمی، عقدی تملیکی است، می‌توان نتیجه گرفت که رابطه معطی (شوهر) با شیء (مال) باید رابطه مالکیت باشد. چنانچه شوهر منتفع از حق انتفاع یا دارای حق ارتفاق در ملک دیگری باشد، به دلیل عدم وجود رابطه مالکیت با اموال موضوع حق، نمی‌تواند آن را به دیگری تملیک نماید. در حقیقت فاقد شیء (مالکیت) نمی‌تواند معطی آن باشد. این موضوع را فقها ذیل بحث مصادیق مال در بیع بررسی کرده‌اند و برخی از آن‌ها نتیجه فوق را برای رد امکان جعل حق به عنوان ثمن پذیرفته‌اند، چرا که بیع نیز عقدی تملیکی بوده و دارنده حق نمی‌تواند آن را به دیگری تملیک نماید (نائینی، ۱۴۱۸ق، ج: ۱: ۱۱۱)

نکته دیگری که کمتر به آن توجه شده، آن است که اصلاً حق، مطابق ماده ۲۹ قانون مدنی رابطه افراد با اموال است و خود حق، مال محسوب نمی‌شود، حال آنکه بسیاری از حقوق دانان حق را به عنوان مال در نظر گرفته و آن را موضوع رابطه پنداشته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۴۴) هر چند بسیاری از فقها برای رد امکان جعل حق به عنوان ثمن به عدم مالیت حق استناد کرده‌اند، اما در بین حقوق دانان (الشریف و جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۴: ۱۲) اصرار بر امکان جعل حق به عنوان ثمن، ناشی از خلط مفهوم موضوع رابطه و رابطه و همین طور ظهور اموال معنوی و رواج استفاده از این اموال تحت عنوان حقوق معنوی است.

ایشان در تلاش‌اند تا اموال معنوی را دارای مالیت بدانند، اما متأسفانه به واسطه استعمال واژه حق در مورد اختراع و تألیف، این نتیجه منطقی را به حق انتفاع یا سایر حقوق مالی توسعه می‌دهند، حال آنکه از آنچه گفته شد روشن می‌گردد حق انتفاع از جنس رابطه و اختراع مخترع از جنس اموال است. برای مثال اگر حق انتفاع زمینی را به عنوان مهریه در اختیار زوجه قرار دهیم موضوع مهر، زمین خواهد بود و نه حق انتفاع از زمین؛ بنابراین، رابطه زوجه با زمین مذکور، حق خواهد بود و نه مالکیت. به علاوه در بند دوم و سوم ماده



۲۹ از حق انتفاع و ارتفاق صراحتاً به عنوان علاقه نام برده شده است. مهر قرار دادن حق انتفاع از چیزی، مانند مهر قرار دادن مالکیت چیزی است. این نتیجه با بخش نخست ماده ۱۰۷۸ که بر مال بودن موضوع مهریه تأکید دارد در تعارض است. همین طور است حق سرفقلى، حق خیار یا حق شفعه که همگی حاکی از ارتباط ذی حق با موضوع حق است، لذا نباید از آن‌ها به عنوان موضوع رابطه نام برد. تکرار این نکته لازم است که نتیجه مذکور را نمی‌توان به اموال معنوی تعمیم داد، زیرا در مال بودن آن‌ها شکی نیست، با وجود این، هنوز در متعلق حق یا ملک بودن این اموال تردید وجود دارد (حبیبی و حسین‌زاده، ۱۳۹۳: ۳۵۵) و از این منظر مطابقت آن با قسمت دوم ماده ۱۰۷۸ محل اشکال است.

۲.۴. اشتراط تملیک مسکن آینده

ماده ۱۰۷۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «مهر باید بین طرفین تا حدی که رفع جهالت آن‌ها بشود معلوم باشد». علی‌رغم ماده فوق برخی از قضات اشتراط تملیک مسکن آینده را به این نحو که زوج تعهد کند در صورت خرید، منزل را به عنوان مهریه به زوجه تملیک نماید صحیح دانسته‌اند. (گروه پژوهشی، ۱۳۹۶: ۱۹۸)

نظر فوق سبب جریان جهل در مهریه شده و در تعارض آشکار با نص ماده است. علاوه بر آن، بنا به حکم عقل، خانه را باید از اموال قیمی دانست، حال آنکه جعل اموال قیمی به عنوان مال کلی خلاف نظر حقوق دانان است. (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۴۴) به نظر می‌رسد با توجه به قیمی بودن خانه و تسامح ماده ۱۰۷۹ قانون مدنی راجع به معلوم بودن موضوع مهریه، تعیین ارزش خانه بتواند ایراد فوق را برطرف سازد. بعضی از قضات نیز به همین نظر متمایل شده‌اند و ذکر ارزش مسکن آینده را برای رفع جهالت کافی می‌دانند. (همان)^۱

۱. نظر اقلیت حاضر در نشست بدین شرح است: «در نوع مهریه (مهریه عبارت است از سه‌دانگ از یک باب منزل مسکونی به ارزش ۱۵۰ میلیون تومان)، جهل وجود دارد. سه‌دانگ کدام خانه؟ طبق فتوای حضرت امام علیه السلام در جلد دوم تحریرالوسیله و همان ماده ۱۰۷۹ قانون مدنی، مؤید این مطلب است که مهریه نباید مجهول باشد که در مانحن فیه مهریه مجهول است و معین نیست، لذا نمی‌توان زوج را ملزم کرد به انجام تعهد؛ چرا که عقد نکاح صحیح است، لیکن موضوع مهریه صحیح نیست و نامعین است.

۲.۵. اشتراط امکان مطالبه مهر در صورت استطاعت زوج

فقه‌های امامیه وجود احتمال نقصان یا زیاده در اجل مهر المسمی را موجب غرر دانسته (طباطبایی حکیم، ۱۴۲۸ق، ج: ۱: ۴۳۲؛ اصفهانی، ۱۴۰۵ق، ج: ۲: ۵۶) و از این رو برخی از ایشان شرط عند الاستطاعه بودن را صراحتاً باطل و مبطل مهریه می‌دانند. (حلی، ۱۴۲۰ق، ج: ۳: ۵۵۶)

این نظر در عقود تملیکی دیگر از جمله بیع، مورد اتفاق تمامی فقها و حقوق‌دانان است. (میرشکاری و معتمدی، ۱۳۹۲: ۷۷) با وجود این، بعضی از فقها مهریه را از عقود مغایبه تفکیک کرده و تعیین آن را مانند تعیین عوض در بیع لازم ندانسته‌اند. (اصفهانی، ۱۳۸۰، ج: ۱: ۷۴۸) برخی از حقوق‌دانان نیز با انکار غرری بودن شرط عند الاستطاعه، فایده این شرط را تنها در تکلف زوجه جهت اثبات ایسار زوج می‌دانند. (آقایی بجستانی و روحانی مقدم، ۱۳۹۶: ۳۳۵)

در مقابل این نظر، برخی معاوضی‌بودن را در امکان وجود غرر کافی دانسته و شرط عند الاستطاعه را موجب غرری شدن مهریه می‌دانند. (سعیدی و وهاب‌زاده، ۱۳۸۹: ۷۳) ممکن است ایراد شود که غرر در معاوضاتی از قبیل مهریه، به جهت وجود مسامحه راه ندارد. (انصاری، بی‌تا: ۲۶۰)

این ایراد با توجه به عدم وجود میزان متعارف و قیمت رایج در تعیین مهر المسمی وارد به نظر می‌رسد؛ با وجود این، حتی در صورت پذیرش عدم وجود غرر، درج شرط عند الاستطاعه با تملیکی بودن عقد مهر المسمی در تعارض است. چنانچه موضوع مهریه، عین معین باشد به موجب عقد نکاح به ملکیت زوجه در می‌آید، لذا شرط عند الاستطاعه را تنها در مورد اموال کلی به کار می‌بریم. بدیهی است اگر اوصاف اعیان کلی مشخص نباشد، تبدیل به دین نشده و اشتغال ذمه مدیون به دین نامعلوم غیر ممکن است. مطابق با ماده ۱۰۷۹ قانون مدنی باید از موضوع مهر بین طرفین رفع جهالت شده و شرایط رفع جهالت از اموال کلی در ماده ۳۵۱ قانون مدنی ذکر شده است:

لذا بایستی دادخواست زوجه ابطال شود». به نظر می‌رسد استدلال اقلیت ناشی از قیمی دانستن املاک مسکونی است.





در صورتی که مبیع، کلی (یعنی صادق بر افراد عدیده) باشد، بیع وقتی صحیح است که مقدار و جنس و وصف مبیع ذکر شود.

از سوی دیگر می‌دانیم حال یا موجب بودن تعهدات و دیون از اوصاف آنها است (میرشکاری و معتمدی، ۱۳۹۲: ۷۶)، بنابراین اگر تعهدی را به صورت موجب مورد معامله قرار دهیم باید مدت اجل را ذکر کنیم، در غیر این صورت چهل به مدت اجل به عوض سرایت کرده و صفت مبهم، موصوف را نیز دچار ابهام می‌سازد. با توجه به مطالب فوق به نظر می‌رسد شرط اجل، از جهت موضوع عقد، شرط صفت و از جانب متعهد شرط فعل می‌باشد، لذا در صورتی که موضوع عین کلی و اجل نامشخص باشد، شرط صحت مذکور در بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی مفقود است و اگر متعهد از مفاد شرط اجل تخلف نماید، از مقررات خیار تخلف از شرط پیروی می‌کند.^۱

نتیجه‌گیری

برخی از فقها نکاح را عقدی معاوضی و برخی دیگر آن را عقدی رایگان می‌دانند. در این مقاله با بررسی نظرات ایشان دانستیم:

۱. با توجه به غیرمالی بودن نکاح، بحث معاوضی یا رایگان بودن آن موضوعاً منتفی خواهد بود.

۲. با وجود این، می‌توان بحث معاوضی بودن را در مورد تعیین مهر المسمی مطرح نمود. توضیح آنکه هر یک از سه قسم مهر دارای مبنایی مستقل برای ایجاد است، مهرالمتعهد الزام قانونی مشروط به طلاق پیش از تعیین مهر و موقعه بوده، مهر المثل بنا به احترام به عمل زوجه در رابطه جنسی وضع شده و نهایتاً مهر المسمی عقدی تملیکی و معاوضی است که ضمن عقد نکاح بسته می‌شود.

۱. به خلاف آنچه گفته شد آرای قضایی بسیاری بر درج شرط عند الاستطاعه ضمن نکاح صحه گذاشته‌اند. از جمله رای شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۴۰۱۰۸۴ شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر تهران، رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۰۰۰۰۰۵ از شعبه ۳۰ دادگاه تجدیدنظر تهران و رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۰۷۴۶ صادره از شعبه ۸ دیوان عالی کشور.



۳. از آثار معاوضی بودن انعقاد این نوع مهر، وجود حق حبس بوده و نتیجه آن انتفاع از عوض، توسط کسی است که معوض از سوی وی ایفاء شده است.

۴. وضع ضمان ید در ماده ۱۰۸۴ قانون مدنی نیز نمی‌تواند دلیلی بر رد معاوضی بودن مهر المسمی باشد، چرا که ضمان ید در مورد تلف مال دیگری در ید شخص مطابق با اصل بوده و مهم‌تر آنکه جریان ضمان معاوضی در عقد مهر المسمی عقلایی نیست.

۵. جعل مهر توسط شخصی غیر از شوهر برای همسر باطل می‌باشد، همین‌طور تعهد به نفع ثالث به عنوان مهریه مغایر معاوضی بودن عقد مهر المسمی بوده و محکوم به بطلان است.

۶. پذیرش تملیکی بودن عقد مهر المسمی مستلزم پذیرش این مطلب است که افراد، تنها اموالی را می‌توانند مورد مهر قرار دهند که موضوع رابطه مالکیت باشند نه حق. علاوه بر آن برخی قائل به امکان جعل حق به عنوان مهریه شده‌اند که ناشی از خلط مفاهیم رابطه حقوقی و موضوع رابطه است. توضیح آنکه موضوع معاملات مالی باید مال باشد، بنابراین در عقد بیع ما مبیع را مورد معامله قرار می‌دهیم نه رابطه خود با مبیع را. در احباس نیز آنچه مورد معامله قرار می‌گیرد، نه حق انتفاع که اعیان معین هستند، اما عقد حبس موجد حق است و نه مالکیت. نتیجه مذکور با امکان نقل و انتقال حقوق مالی قابل جمع است، به این ترتیب که ما می‌توانیم به وسیله عقود برای دیگران نسبت به اموال خود روابطی ایجاد کرده یا رابطه خود را به دیگری انتقال دهیم. انتقال این روابط از اقتضائات عقد متعاقدين است و نمی‌تواند موضوع عقد قرار گیرد.

۷. پذیرش معاوضی و تملیکی بودن عقد مهر المسمی مغایر با قبول شروطی از قبیل تملیک مسکن آینده یا امکان مطالبه از سوی زوجه در صورت استطاعت زوج مغایر است، چرا که در صورت اول عقد مهر المسمی، غرری است و در صورت دوم، وصف موضوع مهر مبهم بوده و این ابهام باعث عدم مالکیت زوجه بر ما فی الذمه زوج خواهد شد.



منابع و مأخذ:

قرآن کریم

- اراکی، محمدعلی (۱۳۷۷)، کتاب النکاح، نور نگار، توزیع: مؤسسه در راه حق (نسخه دیجیتالی)
- اصفهانی، ابوالحسن (۱۳۸۰)، وسیلة النجاة (مع تعالیک الإمام الخمینی علیه السلام)، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
- اصفهانی، محمد (فاضل هندی) (۱۴۰۵ق)، کشف اللثام، ج ۲، قم: منشورات مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی.
- اصفهانی، محمدحسین (۱۴۰۹ق)، الاجاره، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
- اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۹ق)، حاشیه کتاب مکاسب، تحقیق: عباس محمد آل سباع، ج ۱، قم: نشر محقق.
- امامی، حسن (۱۳۸۴)، حقوق مدنی، ج ۱، تهران: کتابفروشی اسلامیة.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۹ق)، کتاب مکاسب، ج ۳ و ۶، قم: انتشارات مجمع الفکر الاسلامی.
- انصاری، مرتضی (بی تا)، کتاب النکاح، قم: تراث الشیخ الاعظم.
- آقای بیجستانی، مریم و محمد روحنی مقدم (۱۳۹۶)، «تأملی در مهریه غرری با رویکردی به شرط عندالاستطاعة»، پژوهش های فقهی، ش ۲، ص ۳۳۹-۳۲۱.
- تولایی، علی، پور سعید، رامین و عبدالرسول دیانی و محمدیار ارشدی و اعظم ابراهیمی (۱۳۹۳)، «بررسی آثار فقهی، حقوقی تعهد ثالث به پرداخت مهریه در نکاح دائم»، پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، ش ۳۸، ص ۹۲-۶۹.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، حقوق خانواده، تهران: گنج دانش.
- _____ (۱۳۹۰)، وصیت، تهران: گنج دانش.

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۲)، تأثیر اراده در حقوق مدنی، تهران: گنج دانش.

- _____ (۱۳۹۳)، فلسفه حقوق مدنی، ج ۱، تهران: گنج دانش.

- _____ (۱۳۹۳)، فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل: تئوری موازنه، تهران: گنج دانش.

- _____ (۱۳۸۸)، حقوق اموال، تهران: گنج دانش.

- _____ (۱۳۸۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۵، تهران: گنج دانش.

- حبیبیا، سعید و مجید حسینزاده (۱۳۹۳)، «بررسی فرآیند تحصیل ملکیت اموال فکری»، مطالعات حقوق تطبیقی، تهران: دانشگاه تهران، ش ۲، ص ۳۵۷-۳۳۵.

- حسینی میلانی، علی (۱۳۸۸)، کتاب البیع، ج ۱، قم: مرکز الحقائق الاسلامیه.

- حلی، حسن بن یوسف (علامه حلی) (۱۴۱۰ق)، إرشاد الأذهان إلی أحكام الإیمان، ج ۲، قم: موسسه نشر الاسلامی.

- _____ (۱۴۲۰ق)، تحریر الاحکام، تحقیق: ابراهیم بهادری، ج ۳، قم: موسسه امام صادق علیه السلام.

- خمینی، روح الله (۱۳۹۲)، تحریر الوسیله، ج ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الإمام الخمینی علیه السلام.

- خوانساری، احمد (۱۳۵۵)، جامع المدارک، ج ۴، تهران: مکتبه الصدوق.

- روحانی، محمدصادق (۱۴۱۲ق)، فقه الصادق علیه السلام، ج ۱۵، قم: موسسه دارالکتاب.

- سبحانی، جعفر (۱۴۱۶ق)، نظام النکاح فی الشریعة الاسلامیه الغراء، ج ۲، قم: موسسه امام صادق علیه السلام.





- سعیدی، محمدعلی و عباسعلی وهابزاده (۱۳۸۹)، «بررسی شرط عندالاستطاعه در مهریه»، آموزه‌های حقوقی، ش ۱۳، ص ۸۲-۶۱.
- الشریف، محمد مهدی و نصرالله جعفری خسروآبادی (۱۳۹۴)، «چالش های نظری بیع حق (تأملی بر امکان وقوع حق به عنوان مبیع یا ثمن در بیع)»، مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، ش ۲، ص ۲۶-۱.
- شفق، غلامرضا (۱۳۸۸)، مهریه و جهیزیه در اسلام و ایران، قم: دفتر عقل.
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۳)، تشکیل قراردادها و تعهدات (جلد اول حقوق مدنی)، تهران: مجد.
- صفایی، حسین (۱۳۹۱)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: میزان.
- طباطبایی حکیم، محمد سعید (۱۴۲۸ق)، الأحکام الفقہیہ، قم: دارالہلال.
- طباطبایی یزدی، محد کاظم (۱۳۷۰)، حاشیہ المکاسب، ج ۱، قم: موسسه اسماعیلیان.
- طباطبایی، محمدحسین (بی تا)، المیزان فی تفسیر القرآن، ترجمه: سید باقر موسوی، ج ۴، قم: جامعه مدرسین.
- طبرسی، فضل بن حسن (۱۴۱۵ق)، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، ج ۷، بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
- عاملی، زین الدین (شهید ثانی) (۱۴۱۰ق)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۵، قم: انتشارات داوری.
- _____ (۱۴۱۳ق)، مسالک الافہام الی تنقیح شرائع الاسلام، ج ۸، قم: المعارف.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۱ق)، تفصیل الشریعة - النکاح، قم: مرکز فقه الاثمه اطہار علیہ السلام.
- فاضل لنکرانی، محمدجواد (۱۳۸۷)، قاعده ضمان ید، تقریر: جواد حسینی خواہ، قم: مرکز فقهی ائمه اطہار علیہم السلام.

- فخر رازی، محمد بن عمر (۱۴۲۰ق)، تفسیر الرازی، ج ۱۰، بیروت: مکتب تحقیق دار احیاء التراث العربی.
- فروغی، علیرضا (۱۳۹۱)، «بررسی فقهی، حقوقی حق و حکم»، آموزه‌های فقه مدنی، ش ۵، ص ۱۰۶-۷۹.
- کاتوزیان، امیر ناصر (۱۳۸۵)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- _____ (۱۳۸۸)، حقوق خانواده، ج ۱، تهران: سهامی انتشار.
- _____ (۱۳۹۰)، ایقاع، تهران: میزان.
- _____ (۱۳۹۱)، نظریه عمومی تعهدات، تهران: میزان.
- _____ (۱۳۹۴)، عقود معین، ج ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- _____ (۱۳۹۱)، اموال و مالکیت، تهران: میزان.
- کرمی، هادی (۱۳۹۶)، «تحلیل منطقی حق حبس در حوزه نکاح»، پژوهش ملل، ش ۲۲، ص ۱۵۵-۱۴۱.
- گروه پژوهشی انتشارات چراغ دانش (۱۳۹۶)، دعوی مطالبه مهریه در رویه دادگاهها، تحت نظارت رسول زینالی، تهران: انتشارات چراغ دانش.
- گلبایگانی، محمدرضا (۱۳۶۴)، مجمع المسائل، ج ۲، قم: دارالقرآن الکریم.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۹۰)، بررسی فقهی حقوق خانواده، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مدرسی یزدی، محمدرضا، البیع (بررسی گسترده‌ی فقهی بیع)، مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان (نسخه دیجیتالی)
- مظاهری، حسین، درس خارج فقه فی باب النکاح، ۱۳۹۱/۱۱/۲.





- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق)، کتاب النکاح، تهیه: محمدرضا حامدی و مسعود مکارم، ج ۵ و ۶، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- _____ (۱۴۳۲ق)، أنوار الفقاهة فی أحكام العترة الطاهرة (کتاب النکاح)، ج ۱، قم، دار النشر الامام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- موسوی خویی، ابوالقاسم (۱۳۷۷ق)، مصباح الفقاهه، ج ۲، قم: داوری.
- _____ (۱۴۱۰ق)، منهاج الصالحین، ج ۲، قم: موسسه الخوئی الاسلامیه.
- میرشکاری، عباس و جواد معتمدی (۱۳۹۲)، «اجل در اعمال حقوقی»، ماهنامه کانون، ش ۱۴۲، ص ۹۷-۷۳.
- نائینی، محمدحسین (۱۴۱۳ق)، کتاب المکاسب والبیع، ج ۱، تقریر: محمدتقی آملی، قم: موسسه نشر اسلامی.
- _____ (۱۴۱۸ق)، منیة الطالب، ج ۱، قم: موسسه نشر الاسلامی.
- نجفی، محمدحسن (۱۹۸۱م)، جواهر الکلام، تحقیق: محمود قوچانی، ج ۳۱، بیروت: دار احیا التراث العربیه.
- نعمت اللهی، اسماعیل (۱۳۸۹) (لف)، «تحلیل فقهی حق عینی و حق دینی و مفاهیم مرتبط»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ش ۳، ص ۱۰۹-۱۳۲.
- _____ (۱۳۸۹) (ب)، «عنصر وضع و تکلیف در تعهد»، حقوق اسلامی، ش ۲۵، ص ۳۳-۷.
- _____ (۱۳۹۱)، «اثر تعهد به تملیک در فقه امامیه و حقوق ایران»، فقه و اصول، ش ۸۹، ص ۱۷۶-۱۵۵.
- _____ (۱۳۹۳)، «بررسی نظریه ملک آن یمَلک (حق تملک)»، حقوق اسلامی، ش ۴۱، ص ۶۲-۲۹.