

نقش فرعی مهریه در ماهیت نکاح

مرتضی حاجی پور*

چکیده

عقد معاوضی، توافقی است که موضوع تعهد آن جنبه‌ی مالی داشته و بین تعهدات دو طرف حالت تقابل وجود دارد. در مقابل، عقد غیرمعاوضی عقدی است که در آن مبادله وجود ندارد. از این رو، احکام مبتنی بر تقابل در این عقود مطرح نمی‌شود. مهریه یکی از مهم‌ترین اجزای عقد نکاح است که بعد مالی آن و برخی احکام عقود معاوضی حاکم بر آن به خصوص حق حبس زوجه سؤالاتی را حول ماهیت معاوضی یا غیرمعاوضی نکاح مطرح کرده است. این تحقیق در نظر دارد به شیوه‌ی توصیفی و تحلیلی جایگاه مهریه در نکاح و آثار آن را بررسی کرده و بدین ترتیب اعتبار فقهی و حقوقی رأی دیوان عالی را ارزیابی کند. به اجمال می‌توان گفت، هر چند مهریه جنبه‌ی مالی دارد، ولی با توجه به سایر احکام، مهریه، ماهیت عقد نکاح را از عقد غیرمعاوضی به عقد معاوضی تبدیل نمی‌کند.

واژگان کلیدی

نکاح، معاوضی، حق حبس، مهریه، حکم قانون.

* استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی دانشگاه شهید مدنی آذربایجان
mhajipour21@gmail.com

تاریخ دریافت: ۹۴/۳/۲۳، تاریخ پذیرش: ۹۴/۹/۲۵

۱- مقدمه و بیان مسئله

نکاح عقدی است که در کنار ابعاد اجتماعی و عاطفی، ابعاد مهم مالی همچون مهریه و نفقه دارد. وجود ابعاد مالی در نکاح همیشه سؤال‌هایی را در موضوعات مختلف حقوقی مطرح کرده است. یکی از مواضع تأثیرگذار ابعاد مالی نکاح به خصوص مهریه، تأثیر در ماهیت نکاح است. در واقع یکی از مهم‌ترین انواع تقسیم‌بندی عقود، تقسیم آنها به معاوضی و غیرمعاوضی است. در عقود معاوضی به تبع رابطه‌ی همبستگی بین عوضین، احکامی خاص بر آن رابطه حاکم است؛ برای مثال خیار غبن، حق حبس، قاعده‌ی تلف مبیع قبل از قبض و ... مختص عقود معاوضی است. در مقابل، در عقود غیرمعاوضی با توجه به اینکه مورد معامله واحد است، تصور وجود همبستگی معاوضی منتفی است. از این رو، تصور خیار غبن، حق حبس و ... در این دسته از عقود منتفی است. در نکاح، تشکیل زندگی مشترک خانوادگی اساس قرارداد است. از این رو تعیین طرفین قرارداد یعنی زوج و زوجه به نحوی که خالی از هر گونه ابهامی باشد از شرایط صحت عقد تلقی شده است. مع‌هذا، وجود مهریه و احکام ناظر به آن همچون حق امتناع زن از تمکین تا پیش از دریافت مهریه، از مهم‌ترین موضوعاتی است که همیشه محل بحث و نظر بوده است. وجود این احکام - که مظهري از احکام عقود معاوضی در نکاح است - این سؤال مهم را مطرح می‌کند که نقش مهریه در نکاح، رکنی است یا اینکه مهر، فرعی بر اصل عقد بوده که برای تضمین حق زن در دریافت مهریه حق امتناع از تمکین به وی اعطا شده است و نمی‌توان

برای آن نقش رکنی قائل شد. آنچه ضرورت بحث را دو چندان می‌کند، رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۷۰۸ دیوان عالی کشور است که به موجب آن در صورتی که دادگاه به تقسیط مهریه حکم داده باشد، زن تا اخذ آخرین قسط مهریه حق امتناع از تمکین را دارد؛ رأیی که نشان دهنده‌ی رویکرد معاوضی به عقد نکاح است و آثار عقد معاوضی را بدون توجه به بعد ماهوی نکاح بر آن بار کرده است. این تحقیق در نظر دارد بعد از معرفی مختصر مهریه، موضوع را در نکاح منقطع و دائم به صورت مجزا بررسی کرده و با تأکید بر نکاح دائم و نظرات مخالفان و موافقان معوض بودن نکاح، به نتیجه‌ی تحقیق دست یابد.

۲- مهر در نکاح

مهر به فتح میم واژه‌ای است عربی که معادل آن در زبان فارسی کابین است (محقق داماد، ۱۳۸۲: ۲۲۴؛ گرجی و جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۴: ۲۲۶؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ج ۵، ص ۱۸۴؛ طریحی، ۱۴۱۶: ج ۳، ص ۴۸۶). مهر در کتب لغت به معنای صدق و عطیه‌ای از جانب زوج به زوجه به کار رفته است. مهر به معنای صدق که جمع آن مهور بوده و عبارت «أمهرها» به معنای آن است که زوج برای زوجه مهر قرار داد (فیروز آبادی: ج ۲، ص ۱۳۶؛ فراهیدی، ۱۴۱۰: ج ۴، ص ۵۰). در قرآن کریم از عبارت مهر سخنی به میان نیامده، بلکه از صدقه یاد شده که از ماده‌ی صدق است و بدان جهت به «مهر» کابین، صدق یا صدقه گفته می‌شود که نشانه‌ی راستین بودن علاقه‌ی مرد به زن و محبت به زن است (زمخشری، ۱۴۱۷: ج ۱، ص ۴۶۹).

در اصطلاح نیز مهر مقدار مالی است که زوج پرداختن آن را به زوجه در هنگام انعقاد عقد نکاح یا پس از آن به عهده می‌گیرد و بدین ترتیب ذمه‌ی زوج به تأدیه‌ی آن مشغول و زوجه نیز با جاری شدن عقد نکاح، مالک آن خواهد شد. مهریه از دو منظر حایز اهمیت است:

الف. طرفین نکاح نمی‌توانند با شرط ضمن عقد و یا خارج از آن توافق کنند که زوجه مستحق اخذ مهریه نباشد. ممکن نبودن تراضی طرفین نشانه‌ی تکلیفی بودن حکم ناظر به مهریه است که در ماده‌ی ۱۰۸۷ قانون مدنی غیر مستقیم پیش‌بینی شده است. مطابق این ماده، اگر در نکاح دائم مهر ذکر نشده یا نبود 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.

مطابق این ماده، توافق طرفین بر نبود مهر در صحت عقد نکاح دائم تأثیر نمی‌گذارد. همچنین، این توافق، زوجه را از حق خود مبنی بر اخذ مهریه محروم نمی‌کند، ولی زوجه می‌تواند حق خود را اسقاط کند؛^۱ زوجه علی‌رغم توافق باز مستحق مهریه است با این تفاوت که به جای مهرالمسمی، در صورت وقوع نزدیکی مهرالمثل و در صورت طلاق قبل از نزدیکی مهرالمتعّه به وی تعلق می‌گیرد.

۱. لکل ذی‌حق، اسقاطه.

ب. آنچه به عنوان مهریه توافق می‌شود، باید مالیت^۱ داشته باشد و به تبع، قابلیت مورد معامله قرار گرفتن را داشته باشد. ضرورت مالیت داشتن مهریه از یک سو و ممکن نبودن توافق بر خلاف آن از سوی دیگر، این سؤال را مطرح می‌کند که مهریه چه نقشی در نکاح ایفا می‌کند؟ مهریه رکنی از قرارداد نکاح است یا فرعی بر نکاح که به حکم قانون بر آن عارض می‌شود؟

قبل از ورود به بحث شایان ذکر است که عقد معاوضی^۲، توافقی است که در آن بین تعهدات دو طرف حالت تقابل وجود دارد، بدین معنا که تعهد هر یک از طرفین در مقابل تعهد دیگری است و تعهد موضوع این عقود، جنبه‌ی مالی دارد، یعنی هر یک از دو طرف به نفع طرف دیگر مالی را از دست می‌دهد یا تعهدی می‌کند که موضوع آن مال است (محقق داماد و جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۹: ج ۱، ص ۱۷۲). نتیجه و اثر این دو ویژگی عقود معاوضی در این است که برخی احکام، مختص عقود معاوضی است؛ برای مثال خیار غبن، حق حبس و... فقط در عقود معاوضی جریان دارد. در مقابل، عقد غیرمعاوضی عقدی است که در آن دادوستد یا مبادله وجود ندارد، از این رو احکامی که مبتنی بر تقابل دو مورد است در این عقود موضوعیت پیدا نمی‌کند؛ مثل هبه (همان: ۱۷۳).

در ادامه این موضوع به تفکیک در عقد نکاح منقطع و دائم بررسی می‌شود:

۱. اینکه معیار شناسایی مالیت، نوعی است یا شخصی، محل اختلاف است، ولی اعمال هر دو معیار معقول به نظر می‌رسد.

۲. ذکر این نکته لازم است که عقد معوض غیر از عقد معاوضی است؛ بدین صورت که هر گاه تعهد طرف عقد، مشروط به عوض باشد مثل هبه‌ی ماشینی به شرط انجام عمل از طرف متبهب (ماده ۸۰۱ قانون مدنی)، عقد معوض است، هر چند تعهدات متقابل بدان گونه که در عقود معاوضی موجود است، در آن نباشد.

۲-۱- نکاح موقت (منقطع)

معمولاً در تفاوت نکاح دائم و موقت گفته می‌شود که غرض اصلی از نکاح دائم، تداوم نسل ولی در نکاح موقت، استمتاع و قضاء شهوت است (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ج ۷، ص ۲۷۶)، بنابراین در نکاح موقت به شدت شبهه‌ی معاوضه وجود دارد، از این رو زن منقطعه، متعه و مستأجره نامیده شده و مهر آن نیز در اغلب موارد اجرت خوانده می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ج ۵، ص ۳۵). اثر اجرت بودن مهر در نکاح منقطع این است که نکاح بدون مهر، باطل است (حلی، ۱۴۱۰: ج ۲، ص ۶۲۰؛ کیدری، ۱۴۱۶: ۴۰۴). در این خصوص اجماع مستفیض و روایات وجود دارد (فاضل هندی، همان؛ انصاری دزفولی، ۱۴۱۵: ۲۲۱). ماده‌ی ۱۰۹۵ قانون مدنی ایران نیز مقرر می‌دارد: «در نکاح منقطع عدم ذکر مهر در عقد موجب بطلان است».

در کتب فقهی به صراحت بیان شده است که ازدواج منقطع چهار رکن دارد که یکی از آنها مهر است (محقق حلی، ۱۴۰۸: ج ۲، ص ۲۴۷). در حدیثی منتسب به امام صادق (علیه السلام) آمده است: «لا تكون متعه إلا بامرین: اجل مسمی و اجر مسمی»؛ «ازدواج موقت ممکن نیست مگر با دو شرط: مدت و اجرت (مهر) معین» (مغنیه، ۱۴۲۱: ج ۵، ص ۲۴۴).

برخی از فقها نیز ضمن بحث از صحت نکاح دائم بدون ذکر مهر به این موضوع اشاره کرده‌اند؛ برای مثال سبزواری می‌نویسد: «نکاح دائم برخلاف منقطع با عوض تقویم نمی‌یابد» (سبزواری، ۱۴۱۳: ج ۲۵، ص ۱۴۹).

بدین ترتیب دیدگاه اتفاقی در خصوص نقش مهر در نکاح موقت این است که هدف از این زناشویی کامجویی و انتفاع است نه ایجاد نسل؛ مهری به زن داده می‌شود که عوض انتفاع مرد از او است؛ بنابراین با لحاظ عوض بودن مهر است که عدم ذکر مهر در نکاح موقت منتهی به بطلان آن می‌شود.

۲-۲- نکاح دائم

رکن بودن یا نبودن مهر بیشتر در نکاح دائم محل بحث است، از این رو در این قسمت این موضوع به تفصیل از منظر موافقان و مخالفان مطرح می‌شود.

۲-۲-۱- موافقان عوض بودن مهر

مطالعه‌ی منابع فقهی نشان می‌دهد که در نظر برخی از فقهای امامیه، عقد نکاح از عقود معاوضی است؛ بضع مالیت دارد و با مهر معاوضه می‌شود. همان‌طور که در بیع، مشتری به محض عقد، مالک مبیع و بایع، مالک ثمن می‌شود، در نکاح نیز به مجرد عقد، زوج مالک بضع می‌شود، زیرا مهر در لفظ و قصد عوض از بضع است (مدرسی یزدی، ۱۴۱۵: ج ۳، ص ۲۷؛ حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲: ج ۲۲، ص ۱۰۷). چنانچه نکاح دائم، معاوضی قلمداد شود، لازم است به آثار زیر در عقد نکاح ملتزم شد:

الف- مرد نیز می‌تواند تسلیم مهر را به قبض بضع منوط کند (اراکي،

۱۴۱۹: ۵۴۴).

۱. در فقه قائلان به این نظر در اقلیت بوده و نظریه‌ی مشهور بر عدم حق حبس مهر زوج تا تمکین زوجه استوار است و قانون مدنی ایران نیز با عدم اشاره به حق حبس زوج در ماده‌ی ۱۰۸۵ به این قول پیوسته است.

ب- با فوت زوجه قبل از نزدیکی، مبنایی برای بقای تعهد طرف مقابل به پرداخت مهریه باقی نمی ماند (عمانی، ۱۴۱۳: ۴۵۶).

موافقان عوض بودن مهر دو استدلال مهم بر نظر خود ارائه می کنند:

الف- عده‌ای از فقها در خصوص استحقاق زوجه نسبت به مهر بر این باورند که استقرار مالکیت زوجه بر مهر منوط به وقوع نزدیکی است (طوسی، ۱۳۸۷: ج ۴، ص ۱۷۱). در روایتی چنین آمده است: «لا یوجب المهر الا الوقاع فی الفرج»؛ «مهر واجب نمی شود مگر با نزدیکی». همچنین در روایتی دیگر ذکر شده است: «سالت ابا جعفر علیه السلام: متی یوجب المهره؟ قال اذا دخل بها»؛ «از ابا جعفر علیه السلام سؤال کردم: مهریه کی واجب می شود؟ فرمودند: وقتی نزدیکی واقع می شود» (همان؛ فیض کاشانی: ج ۲، ص ۲۷۹). استقرار مهر با نزدیکی دلالت بر این می کند که مهر عوض استمتاع است (بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۱۲۶؛ اراکی: ۶۲۷ و ۶۲۸).

۱. لازم به ذکر است در فقه سقوط مهر در صورت فوت زوجه نظریه‌ی اقل فقها بوده و نظریه‌ی مشهور بر عدم سقوط مهر در صورت فوت است: برخی بر این نظرند که در صورت فوت مرد، بر ورثه وی واجب است، کل مهریه‌ی زن را پرداخت کنند و متقابلاً بر زن نیز مستحب است نیمی از مهر را دریافت نکند. لیکن در صورت فوت زن، نیمی از مهر به زن تعلق می گیرد (کیدری، همان: ۴۲۵). برخی نیز بر این نظرند که با فوت پیش از نزدیکی هر یک از زوجین، قاعده‌ی تنصیف مهر جاری می شود (تجلیل تبریزی، ۱۴۱۲: ۶۳۵). و بالاخره بعضی هم قائل بر این نظرند که فوت هر یک از زوجین تأثیری در حق زوجه بر مهر نمی گذارد و در هر حال وی مستحق تمام مهر است خواه نزدیکی واقع شده باشد خواه زوجه، غیر مدخوله باشد (حلی، همان: ۵۸۵). این نظر، رویکرد مشهور فقهای امامیه نیز است (همان؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ج ۶، ص ۶۱). این موضوع در قانون مدنی ایران به صراحت پیش بینی نشده است، لیکن با لحاظ حکم ماده‌ی ۱۰۸۲ و قید صرفاً طلاق در ماده‌ی ۱۰۹۲ و عدم اشاره به فوت در قانون مدنی و اینکه در تفسیر موارد استثناء ضروری است رویکرد مضیق انتخاب شود می توان قائل بر این نظر شد که فوت هر یک از زوجین، در هر حال تأثیری در حق زوجه بر دریافت کل مهریه نمی گذارد.

در خصوص اینکه استحقاق زن نسبت به مهر با عقد حاصل می‌شود یا با نزدیکی، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی از فقها بر این نظرند که زن به نفس عقد مالک صدق می‌شود، چرا که مقتضی عقد نکاح ملک شدن صدق برای زن به صورت بالفعل است در قبال زوجه شدن زن برای مرد به صورت بالفعل (تجلیل تبریزی، ۱۴۲۱: ۶۳۸؛ سبزواری: ۱۷۵). در این طیف شیخ طوسی می‌فرماید: «مرد با عقد مالک بضع می‌شود؛ چرا که نکاح عقد معاوضی است. پس مالکیت هر یک از طرفین بر طرف آن وقتی است که دیگری بر تعهد وی مالک شود» (طوسی: ۳۱۰).

در مقابل، برخی دیگر بر این نظرند که زوجه با عقد مالک کل مهر می‌شود ولی استحقاق نسبت به بخشی از مهر، مستقر و نسبت به بخش دیگر، متزلزل است که با نزدیکی مستقر می‌شود. بنابراین اگر زن قبل از نزدیکی طلاق داده شود فقط استحقاق نصف مهر را خواهد داشت. در این راستا گفته شده است، زوجه کل صدق تعیین شده را با خود عقد تملک می‌کند و اگر مهر قبل از قبض تلف شود، در ضمان زوج است و اگر دخول یا فوت کند مهر بلاخلاف مستقر می‌شود (مؤمن قمی سبزواری، ۱۴۲۱: ۴۴۶؛ کیدری: ۴۲۳) و اگر برای مهر، نمائی باشد برای زوجه است از حین عقد. برخی نیز قائل بر این نظرند که مهر نزد زوج امانت است، ولی از نظر شیخ طوسی نظر اول قوی است (طوسی: ۲۷۶). همچنین گفته شده است: «استقرار تمام مهر با دخول است و اگر بعد از آن امتناع کند و تمکین نکند نشوز و عصیان است، ولی چیزی از مهر او ساقط نمی‌شود ولی نفقه‌ی زن ساقط می‌شود، زیرا نفقه در مقابل طاعه است» (حسینی روحانی قمی: ۱۰۷ به بعد).

ماده‌ی ۱۰۸۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «به مجرد عقد، زن مالک مهر می‌شود و می‌تواند هر نوع تصرفی که بخواهد در آن بنماید». در کنار این ماده، ماده‌ی ۱۰۹۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هرگاه شوهر قبل از نزدیکی زن خود را طلاق دهد زن مستحق نصف مهر خواهد بود». چنان‌که ملاحظه می‌شود، ماده‌ی ۱۰۸۲ قانون مدنی از نظریه‌ی مشهور فقهی تبعیت می‌کند که به موجب آن کل مهر با عقد تملک می‌شود، ولی این تملک مستقر نمی‌شود مگر بعد از دخول.^۱

استدلال دیگر بر اثبات رابطه‌ی معاوضی بین مهر و بضع این است که زن می‌تواند از نزدیکی امتناع ورزد تا مهر خود را کامل دریافت کند. امکان عدم تمکین برای زوجه به ظاهر دلالت می‌کند که مهر در برابر نزدیکی است. ماده‌ی ۱۰۸۵ قانون مدنی ایران به صراحت به این حق اشاره دارد. مطابق این ماده «زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفاء وظایفی که در مقابل

۱. نظریه‌ی مشهور فقهی در آرای مشورتی اداره‌ی حقوقی قوه قضائیه نیز آمده است. به نمونه‌ای از این نظرات اشاره می‌شود: به موجب نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۲۸۸-۱۳۷۷/۲ فوت زوج پس از وقوع عقد تأثیری در مالکیت زن بر مهر ندارد و زن می‌تواند کل مهر را از ما ترک شوهر استیفاء کند و در صورت فوت زن، حق مذکور به ورثه او منتقل می‌شود (رحیمی اصفهانی، ۱۳۸۴: ۴۰۱).
به موجب نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۱۳۰۲-۱۳۸۰/۲/۱۱ طبق ماده‌ی ۱۰۸۲ ق.م. «به مجرد وقوع عقد نکاح زن مالک مهر می‌شود و می‌تواند هر نوع تصرفی که بخواهد در آن بنماید. بنابراین مادامی که مهر به نحوی از انحاء قانونی ساقط نشده باشد مالکیت زوجه بر آن مستقر است (همان، ۴۰۲).
به موجب نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۱۰۲۰-۱۳۸۳/۲/۳۱ با توجه به اطلاق ماده‌ی ۱۰۸۲ ق.م. به مجرد وقوع عقد زن مالک مهر می‌شود. به عبارت دیگر، پرداخت کل مهر بر ذمه‌ی شوهر مستقر می‌گردد. بنابراین در صورتی که زوج فوت کند زوجه استحقاق دریافت کل مهر را دارد. در مواردی که نصف مهر به زن تعلق می‌گیرد استثناء بر این حکم کلی است که در ماده‌ی ۱۰۹۲ و ۱۱۰۲ ق.م. آمده است. بنابراین چنانچه زن منکوحه غیر مدخوله فوت کند، وراثت حین الفوت وی می‌تواند تمام مهر را از وراثت زوج به نسبت سهم‌الارث آنان مطالبه کند (همان: ۴۰۳).

شوهر دارد امتناع کند، مشروط بر اینکه مهر او حال باشد و این امتناع مسقط حق نفقه نخواهد بود».

با لحاظ اینکه مهم‌ترین مستند موافقان معاوضی بودن نکاح، حق حبس زوجه است، ضرورت دارد این موضوع به صورت مجزا بررسی شود.

• حق حبس

حق حبس یکی از مختصات عقود معاوضی است.^۱ ماده‌ی ۳۷۷ قانون مدنی^۲ در عقد بیع و ماده‌ی ۱۰۸۵ قانون مدنی در نکاح به این حق اشاره کرده است. در تعریف حق حبس گفته می‌شود: «حق امتناعی است که هر یک از طرفین معامله در صورت عدم تسلیم مورد تعهد از طرف دیگر دارد، همچنین حق خودداری از تسلیم را که به بائع یا مشتری داده می‌شود در اصطلاح حقوقی، حق حبس می‌گویند» (آراد، ۱۳۴۱: ۶۸؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ج ۳، ص ۱۶۹۸).

علی‌رغم وحدت مفهومی حق حبس در نکاح و بیع در خصوص متعلق آن بین این دو تفاوت وجود دارد؛ متعلق حق حبس در عقد بیع، عین است، اما حق حبس در عقد نکاح متعلق به شخص است؛ مانند حق قصاص و یا

۱. لازم به ذکر است در مواردی با اینکه رابطه‌ی طرفین معاوضی نیست، ولی قانون‌گذار بنا به دلایلی حق حبس را برای یکی از طرفین پیش‌بینی کرده است؛ برای مثال می‌توان به ماده‌ی ۳۷۱ قانون تجارت اشاره کرد. مطابق این ماده حق‌العمل کار در مقابل آمر برای وصول مطالبات خود از او نسبت به اموالی که موضوع معامله بوده و یا نسبت به قیمتی که اخذ کرده حق حبس خواهد داشت.

۲. این ماده مقرر می‌دارد: «هر یک از بائع و مشتری حق دارد که از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود، مگر اینکه مبیع یا ثمن مؤجل باشد، در این صورت هر کدام از مبیع یا ثمن که حال باشد، باید تسلیم شود».

حق حضانت (قیوم زاده، ۱۳۸۹: ۱۳۷). نظریه‌ی مشهور در فقه بر پذیرش حق حبس زوجه است، ولی برخی از فقها قائل به نظر متفاوتی بوده و می‌گویند: «زوجه حق امتناع از تسلیم خویش را ندارد و هر یک از آن دو شرعاً مکلف به اداء آن چیزی هستند که بر عهده‌ی اوست، چه طرف مقابل عصیان کند چه اطاعت» (خوانساری، ۱۴۰۵: ج ۴، ص ۴۲۵؛ اراکی، ۵۴۴؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ج ۲۴، ص ۴۵۹؛ آشتیانی، ۱۴۲۵: ۲۹۰ و ۲۹۱؛ وجدانی فخر، ۱۴۱۶: ج ۱۲، ص ۱۵۸). از منظر این دسته از فقها، نکاح دائم با عقد بیع مقایسه‌پذیر نیست؛ چرا که بیع بدون عوض بر خلاف نکاح بدون مهر، باطل است. بنابراین ذکر مهر در نکاح موجب عوض شدن آن نمی‌شود. به علاوه، لازمه‌ی معاوضی دانستن نکاح آن است که زوجه بعد از دخول نیز حق امتناع داشته باشد، در حالی که قائلان به حق حبس زوجه به چنین نتیجه‌ای ملتزم نیستند.

دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۱۳۸۷/۵/۲۲-۷۰۸^۱ متأثر از این نوع نگرش است. در این رأی چنین آمده است: «به موجب ماده‌ی ۱۰۸۵ قانون مدنی زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع نماید، مشروط بر اینکه مهر او حال باشد. ضمناً در صورت احراز عسرت زوج، وی می‌تواند مهریه را به صورت اقساط پرداخت کند. با توجه به حکم قانونی ماده‌ی مذکور که مطلق مهر مورد نظر بوده و با عنایت به میزان مهر که با توافق طرفین تعیین گردیده،

۱. نقد و بررسی رأی فوق، موضوع مقاله‌ی دیگری است که ان شاء الله در آینده‌ای نزدیک تنظیم خواهد شد.

صدور حکم تقسیط که صرفاً ناشی از عسرو حرج زوج در پرداخت یک جای مهر بوده مسقط حق حبس زوجه نیست و حق او را مخدوش و اراده‌ی او را متزلزل نمی‌سازد، مگر به رضایت مشارالیها، زیرا اولاً حق حبس و حرج دو مقوله‌ی جداگانه است که یکی در دیگری مؤثر نیست. ثانیاً موضوع مهر در ماده‌ی مزبور دلالت صریح به دریافت کل مهر داشته و اخذ قسط یا اقساطی از آن دلیل بر دریافت مهر به معنی آنچه مورد نظر زوجه در هنگام عقد نکاح بوده، نیست».

چنان‌که ملاحظه می‌شود، به موجب این رأی، زوجه تا دریافت کل مهریه می‌تواند از تمکین امتناع ورزد حتی اگر زوج معسر بوده و بتواند به حکم شرع و قانون با اثبات اعسار موقتاً از پرداخت نقدی کل مهر رها شود. در چنین منطقی بین اینکه اقساط پرداختی یک ماه باشد یا چندین سال فرقی وجود ندارد، یعنی با لحاظ اینکه حق زن به محض عقد ثابت است اعسار زوج تأثیری بر این حق نمی‌گذارد حتی اگر زوج اساساً نتواند اقساط تعیین شده را در نهایت پرداخت کند. پذیرش نظر فوق در حالی است که در فقه در کنار موافقان معاوضی یا شبه معاوضی بودن عقد نکاح، مخالفان عوض بودن مهر نیز وجود دارد که تفسیر دقیق از مقررات حقوقی مستلزم توجه به این نظرات و تحلیل دقیق نقش آن در نکاح است.

۲-۲-۲ مخالفان عوض بودن مهر

در ارزیابی نقش مهر در نکاح، بسیاری دیگر از فقها نظر متفاوتی دارند. مطابق این دیدگاه در نکاح فضائل زیادی وجود دارد؛ چرا که آن راه تناسل،

باب توصل، سبب الفت و معونت بر عفت است (مفید بغدادی، ۱۴۱۳: ۴۹۶؛ حلی، ۱۴۱۵: ۱۸۴). اساس نظر این دسته از فقها مبتنی بر این است که مهریه به منظور ابراز اهمیت عقد ازدواج، اکرام، احترام به شخصیت زن، اظهار حسن نیت و صداقت مرد برای ازدواج با او و زمینه‌ای برای دوام معاشرت و زندگی زناشویی است نه بهای زن. ازدواج، پیوند مقدسی است که خداوند آن را بین زوجین قرار می‌دهد تا با آن حیات بشری تنظیم شود (حلی، همان). شأن و شخصیت زن بسیار بالاتر از آن است که با مال و مانند آن معامله شود، از این رو دیگر نمی‌توان رابطه‌ی مهر با تمکین زن را همچون رابطه‌ی عوض و معوض در قراردادهای مالی قیاس کرد؛ مفهوم کنونی نکاح با آنچه پیشینیان از این عقد داشته‌اند متفاوت شده است. بدین صورت که در تلقی جدید نمی‌توان انسان را با پول مبادله کرد و نمی‌توان تصور کرد که زناشویی به معنای معاوضه و هم‌خوابگی در برابر مهر است (موسوی شریف مرتضی)، ۱۴۱۷: ۱، ۳۳۶؛ محقق داماد: ۲۲۶؛ کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۱۱۵؛ ترحینی عاملی، ۱۴۲۷: ج ۴، ص ۳۳۹).

با اینکه فقها به تنهایی از نکاح به عنوان یک عقد غیرمعاوضی یاد نکرده‌اند، ولی ضمن مباحث مختلف ناظر به نکاح از غیرمعاوضی بودن آن یاد کرده‌اند. در این قسمت مواضعی که فقها از غیرمعاوضی بودن نکاح یاد کرده‌اند، اشاره می‌شود.

الف - تابعیت میزان مهر از تراضی طرفین

چنان‌که قبلاً بیان شد، مهریه باید مالیت داشته باشد. بنابراین هر چیزی که مالیت دارد، از جمله اسقاط خیار می‌تواند، مهر قرار گیرد؛ مثل اینکه مهر زوجه اسقاط خیار زوج قرار داده شود (نجفی، ۱۴۲۲: ۲۰۳)، چرا که عوض قرار دادن آن در معاوضات مالی محض جایز است. بنابراین در نکاح - که در حقیقت - معاوضه نیست (امامی خوانساری: ۳۵۹)، به طریق اولی قرار دادن آن به عنوان مهر جایز است (تجلیل تبریزی: ۶۳۲). ماده‌ی ۱۰۷۸ قانون مدنی در این راستا مقرر می‌دارد: «هر چیزی را که مالیت داشته و قابل تملک نیز باشد می‌توان مهر قرار داد».

از نظر فقهی کم بودن مهر مستحب است و برکت بسیاری دارد (مفید بغدادی: ۵۱۸) و تجاوز از مهرالسنه مکروه است (همان، ۵۰۹: مهریزی، ۱۳۸۶: ۳۳۸). حتی برخی چون سید مرتضی تجاوز از مهرالسنه را حرام دانسته‌اند، اگر چه نظر سید مرتضی با لحاظ روایات متعدد ناظر به آزادی طرفین در تعیین مهر، ضعیف است (نجفی: ۲۰۴). از جمله‌ی این روایات که به حاکمیت اشخاص در تعیین مهر تصریح دارد، عبارت است از: «الصداق ما تراضی علیه الناس من قلیل او کثیر»؛ «مهریه آن چیزی است که مردم بر آن، کم یا زیاد، توافق می‌کنند» (مفید بغدادی، ۱۴۱۳: ۱۹؛ طوسی، ۱۳۹۰: ج ۳، ص ۲۲۴؛ همو، ۱۴۰۷: ج ۷، ص ۳۵۴).

به اتفاق فقها اختلافی در تعیین حداکثر مهر نیست (اسکافی، ۱۴۱۶: ۲۵۳) و مهر می‌تواند بسیار بیشتر از آنچه موسوم به مهرالسنه است، تعیین شود.

شیخ طوسی و مفید و ابن ابی عقیل بر این نظرند و ظاهر از کلام صدوق در المقنع است و سلار و ابوالصلاح و ابن البراج و ابن ادریس نیز به آن تصریح کرده‌اند (عمانی، ۱۴۱۳: ۱۲۶)، ولی در تعیین حداقل مهریه اختلاف نظر وجود دارد. شافعیه، حنابله و امامیه بر این نظرند که حداقل آن حدی ندارد، لذا هر چیزی که می‌تواند ثمن در بیع باشد، می‌تواند مهر در نکاح باشد ولو یک فرش باشد. اجماع محصل و منقول و اخبار متکثر که با قواعد محکم و اصول عقلیه و شرعیه و کتاب مجید تأیید می‌شود دلالت بر این می‌کند که بر قلت و کثرت مهر حدی نیست (شریف مرتضی، ۱۴۱۵: ۲۸۹ و ۲۹۰).

چنان‌که ملاحظه می‌شود، نظریه‌ی مشهور در فقه مبتنی بر تابعیت میزان مهر از تراضی طرفین است. مطابق ماده‌ی ۱۰۸۲ قانون مدنی نیز «تعیین مقدار مهر منوط به تراضی طرفین است». حاکمیت طرفین بر تعیین میزان مهر (حداقل و حداکثر، هر دو) با تلقی مهر به عنوان عوض در تضاد است. بدین ترتیب که در عقود معاوضی با اینکه برابری ارزش بین عوضین شرط نیست، ولی تعادل ارزش بین عوضین شرط است؛ به نحوی که اگر تعادل مورد نظر به هر دلیلی به هم بخورد که نتوان از آن چشم‌پوشی کرد، طرف مغبون حق دارد به استناد خیار غبن خود را از ضرر وارده رها سازد. در حالی که در فرض مهر در فقه و حقوق ایران نه تنها به این تعادل اشاره‌ای نشده، بلکه در فقه به تعیین حداقل مهر توصیه نیز شده است؛ امری که گویای ماهیت غیرمعاوضی بودن نکاح است. از همین رو امکان استناد به خیاراتی که مبتنی بر تعادل عوضین است مثل خیار غبن، در نکاح ممکن نیست. به علاوه، اگر

نکاح معاوضی قلمداد شود، بایستی معیار ارزیابی تعادل بین عوضین موجود باشد؛ همچنانکه در عقود معاوضی همچون بیع و اجاره، معیار مشخص بازاری برای ارزیابی تعادل عوضین وجود دارد، ولی در نکاح چنین معیاری وجود ندارد و به لحاظ مداخله‌ی دو انسان در تحقق زندگی مشترک چنین ضابطه‌ای هم نمی‌تواند ارائه شود. به بیان دیگر، اگر نکاح عقد معوض تلقی شود، باید مشخص شود که در ازای بضع چه میزان از مهریه بایستی از طرف زوج تأدیه گردد، در حالی که در نکاح میزان مهریه تابع عوامل مختلفی همچون ایمان، عرف، اعتقادات، امنیت، اعتماد، عشق و ... است. از همین رو ممکن است مهریه‌ی زنی، یک شاخه گل تعیین شود و مهریه‌ی زن دیگر هزاران سکه‌ی بهار آزادی. این تفاوت بین مهریه‌ها نشان می‌دهد که معیار مشخصی برای تعیین میزان مهریه زنان وجود ندارد، بنابراین نمی‌توان مهریه را که میزان آن تابع فاکتورهای متنوع و متعدد است به عنوان عوض در نکاح تلقی کرد.

ب - رکن نبودن مهر در نکاح دائم

فقها در مواضع مختلف بیان کرده‌اند که مهر رکن نکاح دائم نیست؛ در حدائق و جواهر بر رکن نبودن مهر ادعای اجماع شده است. آیه‌ی ۲۳۶ سوره‌ی بقره نیز شاهد بر این ادعاست (خوانساری: ۳۴۶؛ حسینی روحانی قمی: ۱۵۶). بنابراین ذکر نکردن مهر خللی به صحت نکاح دائم وارد نمی‌کند؛ چرا که بر اساس اجماع و نصوص مستفیضه مهر رکن عقد نکاح نیست. در این باب روایتی به حضرت امام صادق (ع) منتسب است که می‌فرمایند: «فی

رجل تزوج امراه و لم يفرض لها صداقها ثم دخل بها. قالَ عليه السلام: لها صداق نسائها». در تأیید صحت چنین نکاحی گفته شده است: «نکاح دائم برخلاف نکاح منقطع با عوض تقویم نمی‌شود» (سبزواری: ۱۴۹). رکن نکاح دائم، زن و شوهر است و مهر مثل شرط است که اگر ضمن عقد ذکر شود، لازم می‌شود و اگر ذکر نشود که هیچ. رکن بودن زوجین در نکاح به نحوی در ماده‌ی ۱۰۶۷ قانون مدنی تأیید شده است. مطابق این ماده: «تعیین زن و شوهر به نحوی که برای هیچ یک از طرفین در شخص طرف دیگر شبهه نباشد شرط صحت نکاح است». در حالی که در ماده‌ی ۱۰۸۷ قانون مدنی به صراحت به رکن نبودن مهر در نکاح اشاره شده است. این ماده مقرر می‌دارد: «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». بی‌تأثیری ذکر نکردن مهر بر صحت نکاح بر رکن نبودن آن در نکاح دائم دلالت دارد. نتیجه‌ای که با معاوضی دانستن مهر در نکاح در تضاد است؛ چرا که در صورت تلقی مهر به عنوان عوض مثل سایر معاوضات باید عوض در زمان قرارداد معین باشد در حالی که عدم ذکر مهر به صحت نکاح خللی وارد نمی‌کند (صفایی و امامی، ۱۳۷۰: ج ۱، ص ۱۹۴) بلکه بالاتر از آن مطابق این ماده شرط نبود مهر در قرارداد به صحت عقد خللی وارد نمی‌کند. در حالی که شرط نبود عوض در عقود معاوضی به معنای بی‌اعتباری و بطلان قرارداد معاوضی است؛ چرا که قراردادی که در آن عوضی در کار نباشد اساساً

نمی‌تواند قرارداد معاوضی قلمداد شود. رکن نبودن مهر آثاری با خود به همراه دارد:

اگر نبود مهر در نکاح تصریح شده باشد، نظر مشهور فقهی این است که عقد صحیح است البته چنانچه مقصود از آن نفی مهرالمسمی در عقد باشد، ولی اگر منظور از آن نفی اصل مهر حتی بعد از دخول باشد برخی از فقها با این استدلال که چنین شرطی مخالف با مقتضای عقد، کتاب و سنت است، قائل به بطلان عقد هستند. در رد این استدلال گفته شده است: «چنین شرطی خلاف مقتضای عقد نکاح نیست؛ چرا که اولاً مقتضای عقد نکاح عبارت است از التزام به زوجیت هر یک از طرفین در برابر دیگری. ثانیاً نهایت فساد شرط این است که با عقدی روبه‌رو می‌شویم که در آن مهر ذکر نشده است به خصوص که می‌دانیم ان الشرط الفاسد لا یفسد العقد» (حسینی روحانی قمی: ۱۵۷). صاحب جواهر می‌گوید: «در فساد شرط اختلافی نیست بلکه به دلیل صحیح حلبی معروف فساد خود عقد است». از کلام شیخ طوسی فساد شرط بدون عقد مستظهر می‌شود (تجلیل تبریزی: ۶۳۴).

همچنین اگر مهر بنا به دلایلی همچون تملک ناپذیر بودن آن توسط مسلمان - مثل خوک، خمر و ... فاسد باشد، در خصوص تأثیر بطلان مهر در نکاح چند نظر فقهی وجود دارد؛ برخی از فقها به بطلان نکاح قائل‌اند. استدلال این گروه این است که رضایت در صحت عقد شرط است وقتی رضایت بر باطل رفته است، رضایت غیر صحیح است و بر آنچه صحیح

است، رضایتی واقع نشده است؛^۱ زیرا در واقع آنچه طرفین به آن تراضی کرده‌اند، مهر نیست و اگر عقد بدون مهری که تراضی شده صحیح باشد، خلاف روایات است؛ چرا که نکاح عقد معاوضی یا همچون عقد معاوضی است که با فساد عوض همچون بیع فاسد می‌شود. بر این نظر اطلاق لفظ اجر در قول خداوند دلالت دارد: «وآتوهن اجورهن» (نجفی: ۲۱۲؛ کیدری: ۴۲۲). شیخ طوسی نیز در *النهایه* قائل بر این نظر می‌گوید عقد باطل است و همچنین شیخ مفید نیز در *المقنعه* بر این نظر قائل است، ولی شیخ طوسی در *الخلاف* از آن نظر برگشته است (حلی: ۵۷۷).

در مقابل، بیشتر فقها بر این نظرند که چه زن عالم به فساد باشد چه جاهل، عقد صحیح است؛ دلیل در فرض جهل این است که مقتضی صحت یعنی عقد موجود است و مانع یعنی بطلان مهر صلاحیت مانع شدن را ندارد؛ چرا که عقد بدون ذکر مهر و حتی با تعیین نشدن مهر هم صحیح است و ذکر مهر فاسد چیزی بیش از اشتراط نبود مهر نیست. از این رو اگر مهر مستحق للغير درآید عقد صحیح است، بر خلاف عقود معاوضی که اگر مالک آن را اجازه ندهد، عقد صحیح نیست. ابن ادریس در تأیید صحت عقد می‌گوید: «ذکر مهر از شرایط صحت عقد دائمی نیست» (همان: ۵۷۷). پس طبق نظر مشهور فقهی بطلان مهر به بطلان نکاح منتهی نمی‌شود. نتیجه‌ای که با عوض تلقی کردن مهر در تضاد است؛ چرا که در صورت عوض بودن مهر، باید بطلان آن به بطلان عقد منتهی شود زیرا که عوضین در قرارداد

۱. ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع.

معاوضی در برابر هم معاوضه می‌شوند به نحوی که با فقدان یا فساد یکی از آن دو محملی برای وجود دیگری وجود نخواهد داشت. این نظر در قانون مدنی ایران نیز پذیرفته شده است. ماده‌ی ۱۱۰۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «در صورتی که مهرالمسمی مجهول باشد یا مالیت نداشته باشد یا ملک غیر باشد، در صورت اول و دوم زن مستحق مهرالمثل خواهد بود و در صورت سوم مستحق مثل یا قیمت آن خواهد بود مگر اینکه صاحب مال اجازه دهد».

ج- شرط نبودن علم تفصیلی در مهر

در عقود معاوضی، باید عوضین به تفصیل معلوم باشند، زیرا عقود معاوضی علی‌الاصول مبتنی بر مغایه‌اند و طرفین باید دقیقاً بدانند در ازای آنچه از دست می‌دهند چه چیزی را به دست می‌آورند. بنابراین اگر عوضین در این عقود مجهول باشند، بر مبنای قاعده‌ی فقهی نهی از غرر عقد باطل خواهد بود. قاعده‌ی فقهی غرر مبنای فقهی بطلان معامله‌ی مجهول است و پیامبر اکرم (ﷺ) ضمن روایتی از بیع غرری نهی فرمودند (حلی، ۱۴۱۳: ج ۵، ص ۲۴۲؛ عمید زنجانی، ۱۳۸۶: ۳۸۸). منظور از معامله‌ی غرری معامله‌ای است که طرفین در خصوص وضعیت حقوقی‌شان دچار ابهام هستند و به تبع، جهل خطری و زیان‌بار، طرفین یا یکی از آن دو را تهدید می‌کند؛ مثل خرید پرنده در هوا (باقری، ۱۳۸۴: ۹۶).

طبق اصول، مهر در نکاح نیز باید معلوم باشد. بنابراین اگر مهر از جمیع جهات مجهول باشد، یا یکی از دو جنس به نحو تردید باشد، باطل است. در این راستا گفته شده است: «اگر مهر از جمیع جهات مجهول باشد به نحوی که

تقویم آن ممکن نباشد عقد صحیح است ولی به اذعان تمام مکاتب فقهی مهر باطل است به غیر از مالکیه که معتقدند عقد فاسد می‌شود، قبل از دخول فسخ و بعد از دخول، مهرالمثل ثابت می‌شود» (الجزیری، ۱۴۱۹: ج ۲، ص ۳۴۵). رکن نبودن مهر در نکاح این اثر را در پی دارد که میزان معلومیت لازم و ضروری در عقود معاوضی، در مهر لازم نیست یعنی همین که مهر اجمالاً معلوم باشد کفایت می‌کند. به بیان دیگر، تعیینی که در بیع و دیگر معاوضات شرط است، در مهر شرط نیست؛ لذا مشاهده‌ی عین حاضر در عین جهل به وزن یا کیل و ... صحیح است (محقق داماد: ۲۲۸). برخی فقها به ظهور اتفاق، اصل، سیره و قول امام صادق (علیه السلام) اشاره می‌کنند: «المهر ما تراضی علیه الناس و قریب منه غیره»؛ «مهر آن چیزی است که مردم بر آن تراضی و توافق می‌کنند». در این روایت ذکری از مقدار، صفات و سایر جهات آن نشده است (سبزواری: ۱۴۸).

در اعتبار مهر، مشاهده کافی است، ولو آنکه آن را وزن نکند و پیمان‌اش را نداند؛ چرا که غرر اضافی با مشاهده منتفی می‌شود. از آنجا که نکاح معاوضه‌ی محض نیست و رکن برتر و اعظم در نکاح، زوجین هستند و مهر داخل در نکاح است، لذا در علم به مهر آن اندازه علمی که در سایر عوض‌های عقود بیع لازم است، شرط نیست زیرا به خاطر عمومات و نصوص مهر در نکاح رکن نیست (فیض کاشانی: ۲۷۲).

در تعلیل دیگری بیان شده است آنچه از حدیث نبوی بر می‌آید، نهی از بیع غرری است و نهی نبی اکرم (صلی الله علیه و آله) از غرر را به طور مطلق ثابت نمی‌کند تا شامل صدق نیز بشود (تجلیل تبریزی: ۶۳۳).

ماده‌ی ۱۰۷۹ قانون مدنی نیز بر کفایت علم اجمالی دلالت دارد. مطابق این ماده «مهر باید بین طرفین تا حدی که رفع جهالت آنها بشود معلوم باشد».

د - ناممکن بودن شرط خیار در نکاح و ممکن بودن آن در صدق

شرط خیار به مشروطاً له حق می‌دهد که به رابطه‌ی حقوقی موجود، یک طرفه پایان دهد.^۱ در فقه و حقوق ایران شرط خیار در نکاح باطل است، ولی در خصوص اینکه عقد هم باطل است یا خیر، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. در تعلیل بطلان شرط خیار در نکاح گفته می‌شود: «در نکاح شائبه‌ی عبادت وجود دارد که خیار در آن داخل نمی‌شود. نکاح بدون ذکر عوض و حتی با ذکر عوض فاسد نیز صحیح است» (عاملی، ۱۴۱۰: ج ۸، ص ۲۵۷؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ج ۲۳، ص ۱۸۴؛ فرطوسی حویزی، ۱۴۱۶: ۲۳۱؛ طرابلسی، ۱۴۰۶: ج ۲، ص ۲۱۲؛ تجلیل تبریزی: ۶۴۰).

قانون مدنی ایران نیز به این قول پیوسته است. مطابق ماده‌ی ۱۰۶۹ قانون مدنی شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است. قانون مدنی به اثر شرط بر اصل عقد اشاره‌ای نکرده است. به نظر می‌رسد می‌توان به نظریه‌ی مشهور فقهی مبنی بر عدم بطلان نکاح قائل شد، زیرا شرط در عقد از امور فرعی است، نه قید تراضی (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۶۶۳).

در مقابل، اشتراط خیار در مهر نکاح دائم مانعی ندارد و اختلافی در آن نیست. دلیل این است که مهریه رکن عقد نیست. پس همچنان که نکاح بدون

۱. مواد ۳۹۹ به بعد قانون مدنی.

مهر از ابتدا صحیح است در جعل خیار در مهر نیز نباید محذوری باشد، چرا که صدق رکنی از عقد نکاح نیست، بلکه خود، فی نفسه عقد مستقلی است. پس وقتی انعقاد عقد بدون آن صحیح است، ادخال آن با شرط نیز به طریق اولی صحیح است (شهید ثانی، همان؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ج ۲۳، ص ۳۴۹). برخی هم بر این نظرند که صدق در نکاح شرط و التزامی ضمن آن است نه اینکه عقد مستقل و منجزی باشد که قائم به نفس خویش است؛ اگر صاحب خیار، فسخ را برگزیند، در صورت دخول برای زن مهرالمثل ثابت می شود و اگر دخول واقع نشود، نصف آن محقق است (موسوی خویی، ۱۴۱۴: ج ۲، ص ۵۸).

قسمت دوم ماده‌ی ۱۰۶۹ قانون مدنی به این حکم اشاره کرده است. مطابق این ماده «... ولی در نکاح دائم شرط خیار نسبت به صدق جایز است مشروط بر اینکه مدت آن معین باشد و بعد از فسخ مثل آن است که اصلاً مهر ذکر نشده باشد». لازم به ذکر است که درباره‌ی اثر فسخ مهر بر حق زوجه، برخی از حقوق دانان بر این نظرند که پیش‌بینی فسخ مهر به معنی توافق درباره‌ی نکاح بدون مهر نبوده و در این فرض دادن مهرالمثل منوط به وقوع نزدیکی نیست و بدل مهرالمسمی فسخ شده است^۱ (کاتوزیان، همان: ۶۶۳).

بدین ترتیب، می توان گفت بی اعتباری شرط خیار در نکاح، نشانه‌ی غیرمعاوضی بودن آن و اعتبار شرط خیار در صدق، نشانه‌ی رکن نبودن مهر در نکاح است.

۱. ماده‌ی ۱۱۰۰ ق.م.

نتیجه گیری و پیشنهاد

مطالعه‌ی نظرات فقهی نشان می‌دهد که نکاح در عین حال که احکامی از عقود معاوضی به خصوص حق حبس را با خود دارد، ولی فلسفه‌ی اساسی حاکم بر نکاح امری غیر از معاوضه‌ی مهر و بضع است. در واقع محدود بودن حق حبس موضوع ماده‌ی ۱۰۸۵ قانون مدنی به زوجه، ضرورت نداشتن معلوم بودن تفصیلی مهریه، حاکمیت مطلق طرفین بر تعیین میزان مهریه، بی‌تأثیری بطلان مهریه بر اصل نکاح، بی‌اعتباری شرط خیار در نکاح و اعتبار آن در صداق و ... بر این نتیجه دلالت دارد. از این رو در مواضعی که قانون ساکت یا مجمل است، لازم است موضوع از نقطه نظر فلسفه‌ی حاکم بر نکاح - یعنی پیوند دو انسان برای تشکیل زندگی مشترک و تأمین آرامش جسمی و روحی - ارزیابی شود و تفسیر احکام حاکم بر نکاح از منظر عقود محض معاوضی به منزله‌ی دور شدن از ماهیت واقعی نکاح است. بنابراین رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۷۰۸ دیوان عالی کشور با ماهیت غیرمعاوضی نکاح سازگار نیست و بازنگری موضوع ضرورت دارد تا از قبل تفسیر مضیق و حداقلی، روابط زن و شوهر به روابط خریدار و فروشنده یا موجد و مستاجر تنزل نیابد.

منابع

- ◀ ابن منظور، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم ۱۴۱۴ هـ.ق. *لسان العرب*، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر.
- ◀ اراکی، محمد علی ۱۴۱۹ هـ.ق. *کتاب نکاح*، قم، نور نگار.
- ◀ اسکافی، ابن جنید محمد بن احمد کاتب بغدادی ۱۴۱۶ هـ.ق. *مجموعه فتاوی ابن جنید*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ◀ امامی خوانساری، محمد: بی تا. *الحاشیة الثانية علی المکاسب*، بی جا.
- ◀ انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین ۱۴۱۵ هـ.ق. *کتاب النکاح*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- ◀ آراد، علی ۱۳۴۱. *مهر، تاریخچه، ماهیت و احکام آن*، تهران، مصطفوی.
- ◀ آشتیانی، میرزا محمد حسن بن جعفر ۱۴۲۵ هـ.ق. *کتاب النکاح*، قم، زهیر.
- ◀ باقری، احمد ۱۳۸۴. *فقه مدنی (عقود تملیکی بیع- اجاره)*، تهران، سمت.
- ◀ بحرانی، آل عصفور یوسف بن احمد بن ابراهیم ۱۴۰۵ هـ.ق. *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ◀ بصری بحرانی، زین الدین محمد امین ۱۴۱۳ هـ.ق. *کلمة التقوی*، قم، سید جواد مداعی.
- ◀ تجلیل تبریزی، ابوطالب ۱۴۱۲ هـ.ق. *التعلیقة الإستدلالية علی تحریر الوسيلة*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رضی الله عنه).
- ◀ ترحینی عاملی، سید محمد حسین ۱۴۲۷ هـ.ق. *الزبدة الفقهية فی شرح الروضة البهية*، قم، دار الفقه للطباعة و النشر.
- ◀ الجزیری، عبد الرحمن ۱۴۱۹ هـ.ق. *الفقه علی مذاهب لأربعه*، بیروت، دارالتقلین.
- ◀ جعفری لنگرودی، محمد جعفر ۱۳۸۶. *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران، گنج دانش.
- ◀ حسینی روحانی قمی، سید صادق ۱۴۱۲ هـ.ق. *فقه الصادق (علیه السلام)*، قم، دارالکتاب، مدرسه امام صادق (علیه السلام).

نقش فرعی مهریه در ماهیت نکاح

- ◀ حلی (ابن ادريس)، محمد بن منصور بن احمد ۱۴۱۰ هـ ق. السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین و حوزه علمیه قم.
- ◀ حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی ۱۴۲۱ هـ ق. تلخیص المرام فی معرفة الأحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ◀ _____ ۱۴۱۳ هـ ق. رساله فی المهر، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
- ◀ حلی (محقق)، نجم الدین جعفر بن حسن ۱۴۱۲ هـ ق. نکت النهایة - النهایة و نکتهای، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- ◀ _____ ۱۴۰۸ هـ ق. شرائع الإسلام فی مسالک الحلال و الحرام، قم، اسماعیلیان.
- ◀ حلی، حسن ۱۴۱۵ هـ ق. بحوث فقهیه، قم، المنار.
- ◀ خوانساری، سید احمد بن یوسف ۱۴۰۵ هـ ق. جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، قم، اسماعیلیان.
- ◀ رحیمی اصفهانی، عباسعلی ۱۳۸۴. مجموعه قانون مدنی، تهران، معاونت پژوهش تدوین و تنقیح قوانین و مقررات.
- ◀ زمخشری، ابوالقاسم محمد بن عمر ۱۴۱۷ هـ ق. الفائق فی غریب الحدیث، بیروت، دار الکتب العلمیه.
- ◀ سبزواری، سید عبد الأعلى ۱۴۱۳ هـ ق. مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام، قم، المنار.
- ◀ شبیری زنجانی، سید موسی ۱۴۱۹. کتاب نکاح، قم، مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.
- ◀ صفایی، سید حسین و اسدالله امامی ۱۳۷۰. حقوق خانواده، تهران، دانشگاه تهران.
- ◀ طرابلسی، ابن براج قاضی عبد العزیز ۱۴۰۶ هـ ق. المهذب، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین و حوزه علمیه قم.
- ◀ طریحی، فخر الدین ۱۴۱۶ هـ ق. مجمع البحرین، تهران، کتابفروشی مرتضوی.
- ◀ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن ۱۳۸۷ هـ ق. المبسوط فی فقه الإمامیه، تهران، المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه.
- ◀ _____ ۱۴۰۷ هـ ق. تهذیب الاحکام، تهران، دارالکتب الاسلامیه.

فصلنامه شورای فرهنگی اجتماعی زنان و خانواده

- ◀ _____ ۱۳۹۰ ه.ق. الاستبصار فیما اختلف من الاخبار، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- ◀ عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی بن احمد ۱۴۱۰ ه.ق. الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، کتابفروشی داوری.
- ◀ عمانی، حسن بن علی بن ابی عقیل حذاء ۱۴۱۳ ه.ق. حیاة ابن ابی عقیل و فقهه، قم، مرکز معجم فقهی.
- ◀ عمید زنجانی، عباسعلی ۱۳۸۶. قواعد فقه (بخش حقوق خصوصی)، تهران، سمت.
- ◀ فاضل لنکرانی، محمد ۱۴۲۱ ه.ق، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الویلة - النکاح، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
- ◀ فاضل هندی اصفهانی، محمد بن حسن ۱۴۱۶ ه.ق. کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به حوزه علمیه قم.
- ◀ فراهیدی، خلیل بن احمد ۱۴۱۰ ه.ق، العین، قم، الهجرة.
- ◀ فرطوسی حویزی، حسین ۱۴۱۶ ه.ق. التوضیح النافع فی شرح ترددات صاحب الشرائع، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ◀ فیروز آبادی شیرازی، محمد بن یعقوب. القاموس المحيط، لوح فشرده المعجم الفقهی نسخه‌ی سوم.
- ◀ فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی. مفاتیح الشرائع، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
- ◀ قیوم زاده، محمود ۱۳۸۹. «بررسی ماهیت حق حبس در نکاح و چگونگی استیفای آن»، فقه و مبانی حقوق اسلامی، ش ۱، (بهار - تابستان ۱۳۸۹).
- ◀ کاتوزیان، ناصر ۱۳۷۵. دوره‌ی مقدماتی حقوق مدنی خانواده، تهران، یلدا.
- ◀ _____ ۱۳۷۸. قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، تهران، دادگستر.
- ◀ کیدری، قطب الدین محمد بن حسین ۱۴۱۶ ه.ق. إصباح الشیعة بمصباح الشریعة، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- ◀ گرجی، ابوالقاسم و جمعی از نویسندگان ۱۳۸۴. مطالعه تطبیقی حقوق خانواده، تهران، دانشگاه تهران.

نقش فرعی مهریه در ماهیت نکاح

- ◀ محقق داماد، سید مصطفی و جمعی از نویسندگان ۱۳۷۹. حقوق قراردادهای در فقه امامیه، تهران، سمت.
- ◀ محقق داماد، سید مصطفی ۱۳۸۲ بررسی فقهی حقوق خانواده، مرکز نشر علوم اسلامی.
- ◀ مدرسی یزدی، محمد ۱۴۱۵ ه.ق. فقه القرآن، قم، اسماعیلیان.
- ◀ مغنیه، محمد جواد ۱۴۲۱ ه.ق. فقه الإمام الصادق علیه السلام، قم، انصاریان.
- ◀ مفید بغدادی، محمد بن محمد بن نعمان عکبری ۱۴۱۳ ه.ق. المقنعه، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
- ◀ _____ ۱۴۱۳ ه.ق. مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، تهران، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ◀ مکارم شیرازی، ناصر ۱۴۲۴ ه.ق. کتاب النکاح، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- ◀ مهریزی، مهدی ۱۳۸۶. شخصیت و حقوق زن در اسلام، تهران، انتشارات علمی و فرهنگی.
- ◀ موسوی (شریف مرتضی)، علی بن حسین ۱۴۱۵ ه.ق. الإنصار فی انفرادات الإمامیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ◀ موسوی خویی، شهید سید محمد تقی ۱۴۱۴ ه.ق. الشروط أو الالتزامات التبعیه فی العقود، بیروت، دار المورخ العربی.
- ◀ _____ ۱۴۱۷ ه.ق. المسائل الناصریات، تهران، رابطه الثقافه والعلاقات الاسلامیه.
- ◀ مومن قمی سبزواری، علی ۱۴۲۱ ه.ق. جامع الخلاف والوفاق، قم، زمینه سازان ظهور امام عصر علیه السلام.
- ◀ نجفی، کاشف الغطاء حسن بن جعفر بن خضر ۱۴۲۲ ه.ق. انوار الفقاهه، نجف، کاشف الغطاء.
- ◀ وجدانی فخر، قدرت الله ۱۴۱۶ ه.ق. الجواهر الفخریه فی شرح الروضه البهیة، قم، سما قلم.