

تأملی در تسلیم مهر به مجرد وقوع عقد در نکاح دائم

سیف‌الله احدی^۱، محمدتقی فخلعی^{۲*}، محمدحسن حائری^۳

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

۲. استاد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

۳. استاد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

(تاریخ دریافت: ۹۴/۱۰/۷؛ تاریخ پذیرش: ۹۴/۱۱/۱۷)

چکیده

با تحقق عقد نکاح، حقوق و تکالیفی برای زوجین حاصل می‌شود، از جمله آنها حق مهر برای زوجه و حق تمکین برای زوج است. فقها و حقوقدانان بر اساس قواعد معاوضات، حصول حقوق زوجین را به مجرد عقد مسلم یافته‌اند؛ لذا پس از وقوع عقد، زوجه را مالک تمام مهر دانسته‌اند، اما لزوم تسلیم مهر و کیفیت رابطه آن با تمکین، مسئله‌ای چالشی بوده است که به بحث مستقل و جامعی نیاز دارد. نویسندگان در نوشتار حاضر پس از تتبع در ادله و عبارات فقها و حقوقدانان، بر آن شده‌اند که معاوضی محض دانستن عقد نکاح صحیح نبوده است، اما در ادای حقوق طرفین، می‌توان قواعد باب معاوضات را جاری دانست و اذعان داشت که از حیث زمان ملکیت مهر و لزوم تسلیم آن، معاوضی بودن عقد نکاح امری پذیرفتنی محسوب می‌شود؛ لذا مالکیت زوجه بر مهر به مجرد عقد حاصل می‌شود و مانند سایر معاوضات، لازمه مالکیت در مقابل عوض این است که اگر زوجه از تمکین امتناعی نداشته باشد، بر زوج واجب است که مهر را تسلیم کند.

واژگان کلیدی

تسلیم مهر، تمکین، زوجه دائمه، عقد نکاح، عقود معاوضی.

مقدمه و طرح مسئله

با تحقق عقد نکاح دائم، رابطه زوجیت بین زن و شوهر ایجاد می‌شود و آنها حق تمتع جنسی از یکدیگر را پیدا می‌کنند و تکالیف و حقوقی نیز برای هر یک نسبت به دیگری به وجود می‌آید. به عبارتی عقد نکاح، افزون بر جنبه اصلی و عبادی (که همان رابطه بسیط زوجیت بین زن و شوهر است) جنبه فرعی و مالی؛ یعنی مهر نیز دارد.

شبهات تامه‌ای که بین عقد نکاح به اعتبار تقابل مهر با بضع و عقود معاوضی موجود است، ایجاب می‌کند که طبق قاعده معاوضه هر یک از آن دو به مجرد عقد در ملکیت طرف دیگر داخل شود؛ لذا میان فقهای امامیه، مشهور و معروف است که به مجرد وقوع عقد نکاح دائم، تمام مهر به ملکیت زوجه درمی‌آید و این ملکیت نسبت به نیمی از آن مستقر و نسبت به دیگری متزلزل است (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲: ۲۷۴؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۷، ج ۳: ۳۹۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۵: ۳۵۳؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۷: ۴۶۶؛ کاشف الغطا، ۱۴۲۲: ۲۱۳؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۲: ۳۷؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱: ۱۰۷؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۷۷؛ خویی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۲۷۹؛ روحانی، ۱۴۱۳، ج ۲۲: ۱۰۷؛ سبحانی، بی‌تا، ج ۲: ۲۵۹) بلکه برخی از فقها بر این مطلب ادعای نفی خلاف (ابن ادریس، ۱۴۱۸، ج ۲: ۵۸۵) و برخی دیگر ادعای اجماع کرده‌اند (طوسی، ۱۴۲۵، ج ۴: ۳۶۹؛ موسوی، ۱۴۱۳، ج ۲۵: ۱۷۱) و در ماده ۱۰۸۲ ق.م.کشورمان نیز (که برگرفته از نظر مشهور فقهاست) می‌خوانیم: «به مجرد عقد، زن مالک مهر می‌شود و می‌تواند هر نوع تصرفی که بخواهد در آن بنماید».

بنابراین مهر به وسیله عقد نکاح از ملکیت شوهر خارج و در ملکیت زن داخل می‌شود و مسلم است که ناقل، به هر سببی از اسباب که انتقال داده باشد، باید مال مورد انتقال را تسلیم منتقل‌الیه بکند و مادام که تسلیم نکرده، ضامن آن است؛ خواه عین باشد یا منفعت، دین باشد یا عمل. از این رو آنچه در این نوشتار درباره آن بحث و تحقیق می‌شود، مسئله استحقاق مطالبه مهر از سوی زوجه و زمان لزوم تسلیم آن بر زوج است، به عبارتی؛ پس از

معلوم شدن حکم وضعی ملکیت مهر، حکم تکلیفی؛ یعنی وجوب تأدیة آن و کیفیت رابطه آن با تمکین زوجه مطرح است که آیا بستگی و رابطه بین تسلیم عوضین در عقود معاوضی، در مانحن فیه نیز بین مهر و بضع برقرار است؟ به طوری که اگر یکی از طرفین آنچه را تملیک کرده است، تسلیم نکند، طرف دیگر می تواند از تسلیم آنچه تملیک کرده است، امتناع کند تا طرف او تسلیم کند؟ یا اینکه موقعیت مهر از نظر فن حقوقی مانند موقعیت عوض در عقود معاوضی نیست و در هر صورت دفع آن لازم است و قاعده حبس نسبت به آن جاری نمی شود؟

از آنجا که در موارد بسیاری، اختلاف زوجین در تسلیم مهر بوده و با توجه به نیازمندی عبارات فقها و حقوقدانان به بازخوانی، تحقیق در زمینه مسئله لزوم تسلیم مهر در نکاح دائم، ضروری محسوب می شود و برای تبیین آن لازم است که بحث دقیق و مستوفی در دو حوزه فقه و حقوق مطرح شود.

لزوم تسلیم مهر زوجه در فقه امامیه

برای تبیین مسئله، با تتبع در عبارات فقها، بحث را در دو محور اساسی مطرح می کنیم.

کیفیت عقد نکاح از حیث معاوضی بودن

یکی از مباحث مهمی که در زمینه مسئله لزوم تسلیم مهر مطرح می شود، بحث کیفیت عقد نکاح از حیث معاوضی بودن است، به عبارتی؛ برای تبیین مسئله تسلیم مهر ابتدا باید مشخص شود که آیا عقد نکاح در تمام احکام مثل عقود معاوضی بوده؛ لذا لازم است قواعد عقود معاوضی در آن جریان یابد یا اینکه عقد نکاح در هیچ یک از احکام خود با عقود معاوضی مشابهت ندارد و مطرح کردن قواعد عقود معاوضی در آن صحیح نیست یا اینکه باید قائل به تفصیل شد و در برخی جهات این مشابهت را پذیرفت و در برخی جهات دیگر پذیرفتنی نیست؟ بنابراین برای تبیین جوانب مسئله کیفیت عقد نکاح، وجوه افتراق و اشتراک آن با عقود معاوضی را تحلیل و بررسی می کنیم.

وجوه افتراق عقد نکاح و عقود معاوضی

بنا بر تصریح برخی فقها، عقد نکاح از انواع عبادات است (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۲: ۸۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۵: ۱۲۰؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱: ۱۰۶) و عقد معاوضی محض نیست و به همین دلیل، بسیاری از احکام آن توقیفی و احتیاط در آن از اهم مطالب است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸: ۹۱). لذا فقها شواهدی بر معاوضی محض نبودن نکاح بیان کرده‌اند و نیز لوازمی بر معاوضی محض بودن آن برشمرده‌اند که فساد این لوازم واضح است.

وجوه افتراق عقد نکاح و عقود معاوضی از این قرار است:

اول) در معاوضات، کل هر یک از عوضین در مقابل کل عوض دیگر قرار می‌گیرد؛ در حالی که در نکاح کل مهر در مقابل وطی اول قرار دارد.^۱

دوم) در معاوضات در صورت تلف یکی از عوضین قبل از قبض آن، معاوضه باطل و عقد فسخ می‌شود، اما عقد نکاح چنین نیست؛ زیرا در صورت تلف مهر، مثل یا قیمت آن بر زوج لازم می‌شود و در صورت فوت زوجه، کل مهر بر عهده زوج است و به ارث گذاشته می‌شود.

سوم) در معاوضه اگر فردی یکی از عوضین را تلف کند، صاحب آن به قیمتش رجوع می‌کند؛ در حالی که در نکاح چنین نیست و در صورتی که زوجه خود را بکشد یا فرد اجنبی او را بکشد، مهر او ساقط نمی‌شود و فرد اجنبی ضامن آن نخواهد بود (ابن فهد حلی، ۱۴۰۷، ج ۳: ۴۱۴).

۱. بیان این نکته ضروری است که قرار دادن کل مهر در مقابل وطی اول صحیح نیست؛ هرچند در برخی موارد استقرار تمام مهر به واسطه یکبار دخول بوده است؛ بلکه معاوضی بودن عقد نکاح تنها از حیث تقابل حقوق زوجین و ملزم بودن آنها به ادای آن به صورت همزمان است؛ بنابراین تقابل مهر با یکبار دخول وجهی ندارد (بحث کامل در قسمت تحلیل و بررسی خواهد آمد).

چهارم) شرط خیار در بیشتر عقود معاوضی صحیح است؛ اما در عقد نکاح فقها اتفاق دارند که چنین شرطی باطل خواهد بود (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۷: ۵۴؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵: ۵۱؛ مامقانی، ۱۳۵۰: ۶۸؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۱۸۲؛ یزدی، ۱۴۲۱، ج ۲: ۳۳؛ اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۴: ۲۲۶؛ شهیدی، ۱۳۷۵، ج ۳: ۴۵۲؛ امام خمینی، ۱۴۲۱، ج ۴: ۳۸۸؛ روحانی، ۱۴۲۹، ج ۵: ۳۹۰) و بنا بر نظر مشهور موجب بطلان عقد نیز می‌شود (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴: ۳۰۴؛ طوسی، ۱۴۲۵، ج ۴: ۲۹۲؛ حلی، ۱۴۰۵: ۴۴۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۱۷؛ محقق کرکی، ۱۴۰۴، ج ۱۳: ۳۹۴-۳۹۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸: ۲۵۶؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱: ۱۰۶).

اما برخی در بطلان عقد تردید و توقف کرده‌اند (محقق حلی، ۱۴۱۴، ج ۲: ۲۷۴؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۳: ۱۸۶) یا عدم بطلان آن را خالی از قوت ندانسته‌اند (امام خمینی، ۱۴۱۲، ج ۲: ۲۵۱) یا قائل به عدم بطلان آن شده‌اند (ابن‌ادریس، ۱۴۱۸، ج ۲: ۵۷۵). پنجم: «نحله» (هدیه) نامیدن مهر در آیه شریفه «أَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً» (نساء: ۴) جواز خالی بودن عقد نکاح از مهر، منفسخ نشدن اصل عقد در صورت تلف مهر، ساقط نشدن آن از ذمه زوج (ولو امتناع زوجه از تمکین تا موت آنها ادامه داشته باشد) با معاوضی بودن عقد نکاح سازگاری ندارد (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸: ۱۸۷؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱: ۳۹).

ششم: معاوضه بدون عوض یا جهل به عوضین صحیح نیست؛ در حالی که عقد نکاح بدون مهر به اجماع فقها صحیح است و در صورت تفویض مهر یا جهل به برخی از صفات زوجه نیز صحیح است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱: ۸۰؛ مکارم، ۱۴۲۴، ج ۶: ۲۲؛ مکارم، ۱۴۲۴، ج ۱: ۱۳۲).

هفتم: اگر عوض و مهر فاسد باشد، مهر باطل است، ولی عقد باطل نیست؛ در حالی که در معاوضه اگر یکی از طرفین فاسد باشد، معامله باطل خواهد بود.

هشتم: در نکاح نمی‌توان با لفظ «آجرتک» یا الفاظ معاوضه انشای نکاح کرد؛ در حالی که اگر نکاح حقیقتاً معاوضه بود، باید با الفاظ معاوضه هم عقد نکاح صحیح می‌شد. نهم: در تمام ابواب معاوضات، مغبون خیار فسخ دارد؛ ولی در باب نکاح اگر کسی مغبون شود، خیار غبن ندارد؛ مثلاً باید صد سکه مهر قرار می‌داد، ولی دوست سکه قرار داده است یا در معاوضه، هر عیبی خیار عیب می‌آورد، ولی در نکاح، بعضی از عیوب خیار عیب می‌آورد (مکارم، ۱۴۲۴، ج ۶: ۵۳).

افزون بر وجوه افتراق عقد نکاح و عقود معاوضی، قول به معاوضه میان مهر و بضع لوازمی دارد که هیچ فقیهی نمی‌تواند به آن ملتزم باشد و آن اینکه زن معیوبی که قرناء است و امکان مباشرت با او وجود ندارد، اگر مهری برایش تعیین شود، بنا بر معاوضه میان مهر و بضع، باید نه مهرالمسمی و نه مهرالمثل به او تعلق بگیرد؛ در حالی که مسلماً چنین نیست. همچنین اگر زن تمکین کند، ولی به عللی مباشرت از ناحیه مرد واقع نشود، باید مورد را از قبیل «تلف احد العوضین قبل القبض» دانست؛ در حالی که این ادعا ناتمام است؛ نه مهر تنها در مقابل وقاع قرار می‌گیرد و نه عدم امکان مباشرت، ملازم منع هر نوع تمتع دیگری است و نه سایر تمتعات خارج از دایره قانون ضمان است و حتی اگر مهر در برابر وقاع نیز قرار گرفته باشد، بی‌تردید مقداری از آن مقابل تمتعات غیر از مباشرت خواهد بود (زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۱۷: ۵۳۵۴).

وجوه اشتراک عقد نکاح و عقود معاوضی

بعضی از فقها وجوه تشابه عقود معاوضی و عقد نکاح را در سه مورد بیان کرده‌اند:

اول) سقوط نفقه از زوج در صورت ناشزه بودن زوجه

دوم) حق فسخ هر یک از طرفین در صورتی که طرف دیگر دارای عیبی باشد که مانع از استمتاع می‌شود.

سوم) حق امتناع زوجه از تمکین تا اینکه مهر خود را بگیرد؛ چنانکه بایع نیز می‌تواند از تسلیم کالا امتناع ورزد تا اینکه ثمن را بگیرد؛ همچنین مرد می‌تواند از تسلیم مهر امتناع

کند؛ چنانکه مشتری نیز می‌تواند تسلیم ثمن نکند تا اینکه کالا را بگیرد (ابن‌فهد حلی، ۱۴۰۷، ج ۳: ۴۱۴؛ اراکی، ۱۴۱۹: ۲۱۴ و ۲۳۳).

اما تتبع در عبارات فقها می‌رساند که ایشان در ابواب مختلفی به معاوضی بودن عقد نکاح، و تقابل مهر و بضع، تصریح و استدلال کرده‌اند:

اول) باب نکاح

فقها در باب نکاح در موارد متعددی به عوض از بضع بودن مهر استدلال کرده‌اند:

۱. لزوم تسلیم قیمت مهرالمسمی در صورت فساد آن

محقق حلی در زمینه وجوب تسلیم قیمت مهرالمسمی بر مردی ذمی که مهر زن ذمی خود را خمر یا خنزیر یا چیزهایی از این قبیل (که تملک آن برای مسلمان جایز نیست) قرار داده است؛ آن‌گاه قبل از اعطای مهر هر دو اسلام آورند، می‌فرماید: علت آن معاوضی بودن عقد نکاح بوده و عوض (= مهر) بر عهده مرد است تا اینکه آن را به زن خود تسلیم کند (محقق حلی، ۱۴۱۲، ج ۲: ۳۳۳).

۲. معاوضی بودن ضمان مهر

فقها پس از مسلم دانستن ضمان مهر بر زوج تا زمان تسلیم آن، در بحث پیرامون کیفیت این ضمان و در استدلال به معاوضی بودن آن، وجوهی را برای معاوضی بودن نکاح از حیث مهر برشمرده و آورده‌اند: ظهور آیه «فَأَتَوْهُنَّ أَجُورَهُنَّ»، اطلاق ثمن در روایت «أنَّ الزوج يشترىها بأغلی الثمن» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۰: ۸۸)؛ همانندی عبارت «زوجتک بکذا» با عبارت «بعثک بکذا»؛ اینکه زوج در صورت معیوب بودن مهر می‌تواند آن را رد کند و حق حبس نفس داشتن او برای گرفتن مهر (که این موارد از احکام تمام عوض هاست) را دلیل بر عوض بودن مهر دانسته‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸: ۱۸۷؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱: ۳۹).

۳. استحقاق مهر نداشتن زوجه در صورت ارتداد قبل از دخول

صاحب جواهر در بحث ارتداد زوجه قبل از دخول، درباره علت اینکه مهری به او تعلق نمی‌گیرد می‌فرماید: فسخ از جانب زوجه به وجود آمده و معاوضه قبل از تقابض فسخ شده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۰: ۴۸).

۴. لزوم ایجاب عقد از طرف زوجه

برخی از فقها درباره اینکه ایجاب عقد نکاح باید از طرف زوجه باشد، آورده‌اند: افزون بر روایاتی که زوج را مشتری قرار داده است «أَنَّ الزَّوْجَ يَشْتَرِيهَا بِأَعْلَى الثَّمَنِ» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۰: ۸۸) مقصود بالأصالة در نکاح، بضع بوده و مهر عوض آن است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱: ۶۲).

برخی دیگر افزوده‌اند: روایت مذکور و آیاتی که از مهر (هم در عقد دائم و هم در عقد منقطع) به «أَجُورَهُنَّ» تعبیر کرده است: «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِيَّاتِ أَتَيْتَ أَجُورَهُنَّ» (احزاب: ۵۰)، دلالت دارد که نکاح نوعی معاوضه است (همسران پیامبر اسلام ﷺ دائمی بودند) (مکارم، ۱۴۲۴، ج ۳: ۸۰).

۵. حق امتناع از تمکین قبل از گرفتن مهر

همچنین اکثر فقها در مسئله حق امتناع زوجه از تمکین قبل از قبض مهر، به صراحت معاوضی بودن مطلق نکاح یا نکاح مشتمل بر صداق را مطرح کرده و احکام معاوضه؛ حق امتناع داشتن هر یک از متعاضین قبل از قبض عوض، را جاری دانسته‌اند (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۳: ۳۵۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۵: ۳۶۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸: ۱۹۱؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۷: ۴۰۹؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۴: ۶۰؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۱۴ و ۲۳۳؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۲: ۷۳؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱: ۴۱؛ اراکی، ۱۴۱۹: ۵۳۳؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱: ۴۳۲؛ سبحانی، بی‌تا، ج ۲: ۲۰۵).

۶. نداشتن حق امتناع از تمکین پس از دخول

فقها در اینکه آیا زوجه پس از دخول حق امتناع از تمکین دارد یا خیر؛ عدم چنین حقی را اصح یا مطابق اجماع دانسته‌اند و در تعلیل آن گفته‌اند: نکاح عقد معاوضی است و زمانی که یکی از متعاضین به اختیار خود عوضی را که از طرف اوست، تسلیم کرد، پس از آن حق حبس آن تا زمان تسلیم عوض دیگر را ندارد (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲: ۳۲۵؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۳: ۳۵۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۵: ۳۷۱؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۲: ۷۵؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱: ۴۱).

۷. نبود نکاح بدون مهر

برخی فقها آورده‌اند: معاوضه نکاح و منافع مرئه در مقابل مهر است و به همین دلیل می‌گوییم نکاح بدون مهر نداریم و نکاح باید عوض داشته باشد و نکاح بدون مهر نوعی نکاح مخصوص پیامبر ﷺ بوده است. شاهد اینکه نکاح معاوضه است، مراسمی است (مهربران) که قبل از عقد به عنوان تعیین مهر قرار می‌دهند و چانه می‌زنند و صورت مجلس می‌کنند و می‌نویسند، پس در زمان ما تعیین مهر مانند تعیین در باب بیع و اجاره است، بلکه از آن هم محکم‌تر، حال که موضوع عوض شده، عموماً شامل نمی‌شود (مکارم، ۱۴۲۴، ج ۶: ۲۷ و ۲۹) و عدم ذکر مهر، معنایش این نیست که معاوضه نیست، مثلاً در موارد کثیری داریم که حکم اجاره را دارد، ولی تعیین قیمت هم نمی‌شود. از اجاره بالاتر در رستوران‌ها غذا می‌خوریم، بدون اینکه قیمت تعیین کنیم و بعد از صرف غذا حساب می‌کنیم؛ بنابراین عدم ذکر مهر دلیل بر این نیست که نکاح معاوضه نیست، بلکه شبهه معاوضه است، ولی آثار معاوضه را دارد و بهره‌گیری خواهد بود که در مقابل آن مهر و اجری است (مکارم، ۱۴۲۴، ج ۶: ۴۱).

چنانکه ملاحظه شد بسیاری از فقها مهر را عوض بضع دانسته‌اند و معتقدند که در نکاح شائبه معاوضه وجود دارد، اما برخی از فقهای معاصر با دقت بیشتری به این مسئله توجه کرده و آورده‌اند: اگر در نکاح دائم، مهر هنگام عقد تعیین شد، آن هم جنبه معاوضی

پیدا می‌کند؛ معاوضه بین بضع و مهر (زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۲۲: ۷۰۳۴) آنگاه در جای دیگر که به نوعی بیان و تفسیر همین مطلب است، می‌فرمایند: مهر در مقابل دخول نیست؛ بلکه در مقابل قیمومت مرد بر زن برای زن مهریه‌ای تعیین می‌شود (زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۱۷: ۵۳۵۱) و مسئله ازدواج به هیچ وجه در مباشرت خلاصه نمی‌شود. جواز و بعضاً وجوب وقاع و مباشرت، تنها یکی از آثاری است که اگر زمینه مساعدی برای آن از سوی دو طرف موجود باشد، از ناحیه شرع بر عقد نکاح مترتب شده است. پذیرش همسری، از دست دادن آزادی، تحت قیمومت و در اختیار شوهر قرار گرفتن و برگزیدن سرپرستی او بر خود، از عمده‌ترین مسائلی است که در برابر مهریه قرار می‌گیرد (زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۱۷: ۵۳۵۴).

دوم: باب زکات

صاحب مدارک در بحث تعلق زکات به مال التجاره، برای خارج بودن مهر از تعریف آن آورده‌اند: «هو المال الذی یملک بعقد معاوضه و قصد به الاکتساب عند التملک» المراد بالمعاوضه؛ ما یقوم طرفاها بالمال، فیخرج الصداق و عوض الخلع و الصلح عن دم العمد (موسوی عاملی، ۱۴۱۱، ج ۵: ۱۶۴).

چنانکه ملاحظه می‌شود صاحب مدارک برای خارج کردن صداق از تعریف مال التجاره، به بیان مراد از عقد معاوضی و تنويع آن پرداخته و این امر گویای آن است که عقد نکاح نیز نوعی عقد معاوضی بوده، اما در آن هر دو عوض، مال نیستند؛ چرا که بضع از قبیل اموال نیست.

سوم: باب خمس

همچنین فقها در تعلیل عدم وجوب خمس در مهر آورده‌اند:

مهر (عرفاً و شرعاً) عوض بضع بوده است؛ همانند ثمن مبیع؛ بنابراین از قبیل غنیمت نیست (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۱۲: ۳۵۳؛ حائری، ۱۴۱۸: ۱۶۸؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۳: ۱۳۵؛

منتظری، بی تا: ۱۷۵) یا به تعبیری؛ عوضی که بر اسقاط یا اتلاف حقوق غیر مالی قرار داده می شود، خمس به آن تعلق نمی گیرد؛ مانند مهر در نکاح دائم (حائری، ۱۴۱۸: ۱۶۹).

برخی در تعلیل عدم صدق فایده بر مهر، آن را عوضی در مقابل بضع و حریت زوجه قرار داده اند و تنها در صورتی که مقدار مهر خیلی زیادتر از حد متعارف باشد، قائل به وجوب خمس در آن شده اند (مکارم، ۱۴۱۶: ۳۰۸).

همچنین گفته شده که مهر به ازای حق زوجیتی است که از نظر عرف و عقلا همانند مال محسوب می شود؛ لذا در بعضی از آیات تعبیر به اجور شده؛ مانند «آتوهُنَّ أَجُورَهُنَّ» (نساء: ۲۴) و در برخی روایات عوض بضع دانسته شده است؛ بنابراین به حسب ارتکاز عقلایی مهر عوضی در برابر اعطای زوجیت و تملیک آن از طرف زوجه برای زوج است؛ لذا فایده محسوب نمی شود؛ بلکه از باب تدارک است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۵، ج ۲: ۱۵۶).

البته برخی فقها بین مهر و عوض خلع و سایر فواید فرقی قائل نشده اند و عوض بضع بودن مهر را برای عدم وجوب خمس مفید ندانسته اند، با این تعلیل که وضعیت مهر همانند اجرتی است که عوض عمل است؛ لذا در ردیف هبه و هدیه و سایر فواید قرار دارد و احتیاط را تعلق خمس به فواید دانسته اند؛ هرچند قول قوی تر را عدم تعلق خمس به چیزی دانسته اند که تکسب نامیده نمی شود (نجفی، ۱۳۱۸: ۸۵؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶، ج ۹: ۵۲۴؛ بنی فضل، بی تا: ۵۵۳؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۲۷، ج ۱۰: ۱۶۱).

حق این است که مهر با باب اجارات قیاس پذیر نیست؛ زیرا متعلق اجاره، عمل باشد یا منفعت، بقا و قرار ندارد، اگر اجیر یا دیگری از آن منتفع نشود، بیهوده از بین خواهد رفت، کما اینکه اگر خانه ای خالی بماند، منفعت آن تلف می شود؛ همچنین عامل نمی تواند نفس عمل را برای خود باقی نگه دارد؛ بنابراین وقتی که فردی خود را اجیر می کند یا خانه ای را اجاره می دهد، صحیح است گفته شود که استفاده کرده و سود می برد و این برخلاف زوجیت است؛ زیرا برای زوجه، سلطنت برای نفس خود باقی بوده و او صاحب اختیار امر خود است و این سلطنت دارای ثبات و بقاست؛ کما اینکه عقلا و شرع برای آن بدلی قرار

داده‌اند و آن بدل، مهر است؛ بنابراین آنچه از زوج می‌گیرد، بدلی است از سلطنتی که اعطا می‌کند؛ پس از قبیل تبدیل مال به مال است و بر چنین چیزی عنوان غنیمت و فایده انطباق ندارد (خویی، بی‌تا: ۲۱۷).

تحلیل و بررسی

پس از تحقیق پیرامون مسئله کیفیت عقد نکاح از حیث معاوضی بودن، می‌توان گفت بطلان قول به معاوضی محض بودن عقد نکاح، از ضروریات فقه امامیه است و نمی‌توان آن را به هیچ فقیه؛ بلکه متفقهی نسبت داد و اینکه در برخی روایات آمده است: «أن الزوج يشترها بأغلى الثمن» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۰: ۸۸) بیانگر جواز نظر کردن به محاسن زوجه هنگام خواستگاری و این بوده که ایجاب عقد نکاح باید از طرف زوجه باشد و مواردی از این قبیل بوده؛ وگرنه بطلان اطلاق شراء بر نکاح، واضح است.

بنابراین آنچه از دقت و تأمل در کلمات فقها به دست می‌آید، این است که عقد نکاح نه معاوضه محض است و نه کاملاً شبیه عبادات که تمام احکام آن توقیفی باشد؛ بلکه از برخی جهات شبیه عبادات است؛ مثل عدم جریان معاطات و لازم بودن الفاظ صیغه در عقد نکاح و کافی نبودن صرف تراضی (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸: ۸۹؛ خویی، بی‌تا، ج ۲: ۱۹۲) حتی الفاظ آن منحصر است و نمی‌توان الفاظ مترادف را جایگزین آنها کرد (فاضل مقداد، ۱۴۲۵، ج ۲: ۱۴۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸: ۹۱) و نمی‌توان احکام معاوضات را در این جهات جاری کرد.

اما در زمینه حقوق و تکالیف زوجین نسبت به یکدیگر (چنانکه در بررسی نصوص و عبارات فقها گذشت) جنبه معاوضی بودن عقد نکاح و تقابل مهر و بضع مورد توجه فقها بوده و انکارشدنی نیست و حق این است که قانون معاوضات در آن حاکم است؛ البته نباید از نظر دور داشت که تقابل مهر و بضع؛ به این صورت که بگوییم تمام مهر در مقابل دفعات متعدد وطی قرار گرفته است، صحیح نیست؛ چرا که لازمه‌اش این است که در صورت

فوت یکی از زوجین یا وقوع طلاق پس از وطی اول، تمام مهر استقرار نیابد؛ در حالی که استقرار تمام مهر در فروض مذکور مسلم است.

همچنین اگر بگوییم تمام مهر تنها در مقابل وطی اول قرار دارد، این مطلب هر چند در برخی موارد صحیح است؛ مثلاً در صورت وقوع طلاق یا فوت یکی از زوجین بعد از یکبار دخول، که در این موارد استقرار تمام مهر به واسطه یکبار دخول بوده است، اما کلیت ندارد؛ چرا که لازمه اش این است که سایر دفعات دخول ما به ازائی نداشته باشد؛ بلکه شاید بگوییم مهر در مقابل کلی وطی قرار می گیرد؛ به این معنا که هر زمان امکان تحقق و فعلیت بخشی استمتاع و وطی وجود داشته باشد، بر زوجه تمکین لزوم می یابد که شاید در طول زندگی باشد یا یکبار تحقق یابد؛ البته همیشه کلی با یکبار تحقق در خارج به فعلیت و وجود می رسد و تمام مهر بر گردن زوج مستقر می شود، اما به این معنا نیست که مهر در مقابل دفعه اول بوده؛ بلکه یعنی کلی در قالب یک فرد تحقق یافته است؛ از این رو چنانچه در زمان های دیگر نیز امکان تحقق بخشی و فعلیت یافتن باشد؛ چون مهر در مقابل کلی است، باز تمکین زوجه لازم است و همچنان مهر در مقابل کلی وطی قرار دارد.

این مطلب در زمینه نفقه نیز جاری است؛ با این بیان که نفقه به صورت کلی در مقابل تمکین به صورت کلی است؛ این دو مقابل یکدیگر هستند و هر زمان نشوز؛ یعنی عدم فعلیت بخشی به وطی از ناحیه زوجه اتفاق افتد، نفقه نیز لازم نیست از ناحیه زوج فعلی شود، اما به این معنا نیست که زوجه با پذیرفتن عدم نفقه، حق عدم تمکین داشته باشد؛ یعنی زوجه می تواند عدم نفقه را بپذیرد؛ چون حقی مربوط به خود اوست، اما حق تمکین دو طرفه است و زوجه تنها در یک سمت قضیه قرار دارد؛ بلکه اگر در مسئله تمکین، فرضاً زوجه دارای اختیار تام بود و حق، منحصر به او بود؛ می توانست در مقابل عدم نفقه، عدم تمکین داشته باشد و به همین دلیل (دو طرفه بودن تمکین) است که برخی از فقها (ابن ادریس، ۱۴۱۸، ج ۲: ۵۹۱) ادعای اجماع کرده اند که زوجه، حتی اگر مهر را نگرفته باشد، بعد از یکبار دخول، حق امتناع از تمکین ندارد؛ بلکه اگر بعد از دخول نیز در

صورت کراهت از زوج خواستار طلاق باشد، لازم است مهر را به زوج برگرداند و حق آن است که حقوق زوجه (مهر و نفقه)، در ازای وظایف و تمکین او قرار گرفته است و تأدیة حقوق خاص طرف مقابل در قبال انجام دادن وظایف اوست؛ لذا در بحث تسلیم مهر در عبارات فقها به وضوح بیان شده است که زمانی تسلیم مهر لزوم پیدا می‌کند که زوجه نیز آمادگی برای انواع استمتاع داشته باشد.

علامه در ارشاد و نیز قواعد می‌فرمایند: تسلیم مهر فقط در صورتی واجب می‌شود که زوجه مهیای استمتاع باشد (مراد از استمتاع، با توجه به استثنا کردن صغیره از حکم مذکور، استمتاع کامل؛ یعنی وطی است) بنابراین اگر او در حبس باشد یا به واسطه عذری از استمتاع منع شده باشد، تسلیم مهر لازم نیست (علامه حلی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۱۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۳: ۷۵).

در شرح و تعلیل عبارت علامه گفته شده است: زیرا آنچه واجب بوده، تسلیم از هر دو طرف عقد است؛ بنابراین اگر یکی از طرفین عقد، متعذر از تسلیم باشد، بر طرف مقابل نیز تسلیم واجب نخواهد بود؛ خواه متعذر بودن زوجه به دلیل محبوس بودن او - از روی حق یا باطل - باشد؛ خواه به علت عذر شرعی باشد، مثلاً مُحْرِم باشد یا در عده از وطی به شبهه باشد (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۳: ۳۵۶).

شهید ثانی و صاحب جواهر نیز شبیه همین عبارت را دارند (شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۳:

۱۲۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۵: ۳۷۱؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱: ۴۵).

البته این مطلب با اقوی و اقرب دانستن وجوب تسلیم مهر به صغیره که وطی او حرام است (در صورت طلب ولی) منافاتی ندارد؛ چرا که زوج هنگام عقد با علم به مسئله (عدم امکان وطی) اقدام و بر خود پرداخت مهر را واجب کرده و به عدم قبض عوض (استمتاع) در زمان عقد و تأخیر آن تا رسیدن به سن بلوغ رضایت داده است (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۵: ۳۷۱). هرچند برخی از فقها در اینجا نیز عدم وجوب تسلیم مهر را، بنا بر اجرای حکم معاوضه بر عقد نکاح (چنانکه این حکم در اکثر فروع عقد نکاح جاری است) به دلیل عدم

امکان قبض بضع بعید ندانسته و در صورت تسلیم زوجه صغیره از طرف ولی برای سایر استمتاعات غیر از وطی، تسلیم مهر را محتمل دانسته‌اند (اراکي، ۱۴۱۹: ۲۱۸).

بنابراین در بحث ادای حقوق طرفین، می‌توان قواعد باب معاوضات را جاری دانست و اذعان داشت که در بحث زمان ملکیت مهر و لزوم تسلیم آن، معاوضی بودن عقد نکاح امر واضحی است؛ لذا مالکیت مهر به مجرد عقد به وجود می‌آید و مانند سایر معاوضات، لازمه مالکیت در مقابل عوض، این است که اگر زوجه امتناعی از تمکین نداشته باشد، بر زوج واجب می‌شود مهر او را دفع کند، پس صرف مالک شدن زوجه نسبت به مهر دلیل بر وجوب تکلیفی تسلیم آن نیست؛ بلکه افزون بر مالک شدن، تسلیم نفس نیز برای تحقق لزوم تسلیم مهر لازم و ضروری است.

عدم تقدم لزوم تسلیم مهر بر تمکین زوجه

پس از تبیین این مطلب که در زمینه بحث مهر؛ در برخی جهات آن جنبه معاوضی بودن، روشن و انکارناپذیر است، بحث از زمان لزوم تسلیم مهر مطرح می‌شود و می‌گوییم:

حال اگر زوج بر تسلیم مهر و زوجه بر تمکین اتفاق داشته باشند، بحثی پیش نمی‌آید، همچنین اگر یکی از آن دو امتناع از تسلیم یا تمکین داشته باشد، بنا بر اجماع فقها به تسلیم وادار می‌شود، اما اگر هر دو امتناع کنند، تکلیف چیست؟ فقها به قانون معاوضات تمسک جسته‌اند و چند قول مطرح کرده‌اند که اجمالاً به آن می‌پردازیم:

اول: ابتدا زوج بر تسلیم صداق مجبور می‌شود؛ سپس زوجه بر تسلیم نفس.

دوم: هیچ‌یک مجبور به تسلیم نمی‌شود، اما اگر یکی از آن دو مبادرت به تسلیم کرد، دیگری نیز بر تسلیم مجبور می‌شود.

سوم: هر دو با هم مجبور به تسلیم می‌شوند؛ به این صورت که به زوج دستور داده می‌شود که صداق را نزد فرد عادل قرار دهد و زوجه نیز به تمکین کردن دستور داده می‌شود؛ بنابراین اگر زوجه تمکین کرد، فرد عادل نیز مهر را به او تسلیم می‌کند (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۳: ۳۵۸؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۴: ۶۶۱).

اما بعضی از فقها گفته‌اند که لغت قبض و اقباض در هیچ نص و روایتی وارد نشده است تا اینکه در صدق آن در زمینه بضع به فکر چاره باشیم؛ بلکه آنچه مسلم است اینکه زوجین ملتزم به عملی کردن آنچه است که انشا کرده‌اند و عملی کردن انشای زوجیت در خارج، چیزی جز حضور زوجه برای عمل مخصوص نسبت به زوج نیست و احتیاج به وقوع عمل از زوج نیست؛ بنابراین تقابض در مانحن فیه نیز همانند سایر ابواب بسیار آسان است و به التزام به وجوه سه‌گانه مذکور نیازی نیست (اراکي، ۱۴۱۹: ۵۳۴).

لزوم تسلیم مهر زوجه در حقوق موضوعه

برای بررسی مسئله در قانون مدنی ایران، آن را در دو مبحث کلی مطرح می‌کنیم.

مالکیت زوجه بر مهر

قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران به پیروی از نظر مشهور فقها در ماده ۱۰۸۲ مقرر می‌دارد: «به مجرد عقد، زن مالک مهر می‌شود و می‌تواند هر نوع تصرفی که بخواهد در آن بنماید.» حقوقدانان پس از مطرح کردن ماده مذکور افزوده‌اند: شباهت تامه‌ای که بین نکاح به اعتبار مهر و عقد معاوضی موجود است، ایجاب می‌کند که طبق قاعده معاوضه هر یک از عوضین به نفس عقد در ملکیت طرف دیگر داخل شود و طبق ماده ۳۰ قانون مدنی، هر مالکی نسبت به مایملک خود حق هرگونه تصرف و انتفاع را دارد.

یکی از عوضین در نکاح، مهر است که در اثر عقد؛ چنانچه معین باشد، در ملکیت زن در می‌آید و منافع و نمائات آن از آن زمان متعلق به او خواهد بود و چنانچه کلی باشد، زن می‌تواند پس از عقد آن را از شوهر خود بخواهد یا او را ابراء کند یا آن را به دیگری به سبب از اسباب انتقال دهد و ملکیت زن نسبت به مهر مطلق است و می‌تواند هرگونه انتفاع و تصرف مالکانه که بخواهد در آن بکند، حتی قبل از آنکه شوهر آن را به قبض او دهد، مانند آنکه آن را بفروشد یا اجاره دهد و اتلاف یا به غیر واگذار کند (امامی، بی‌تا،

ج ۴: ۳۸۸-۳۹۰؛ صفایی، ۱۳۸۰، ج ۱: ۱۷۵).

همچنین ماده ۱۰۹۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هرگاه شوهر قبل از نزدیکی، زن خود را طلاق دهد، زن مستحق نصف مهر خواهد بود و اگر شوهر بیش از نصف مهر را قبلاً داده باشد، حق دارد مازاد از نصف را عیناً یا مثلاً یا قیمتاً استرداد کند».

چنانکه ملاحظه می‌شود عبارت «اگر شوهر بیش از نصف مهر را قبلاً داده باشد» در ماده مذکور ظهور دارد در اینکه زن به مجرد عقد، مالک تمام مهر می‌شود و آنچه به واسطه طلاق قبل از دخول به شوهر برمی‌گردد، ملک جدیدی است.

لزوم تسلیم مهر و رابطه آن با تمکین زوجه

رابطه بین تسلیم مهر و تمکین به نحوی خواهد بود که هرگاه یکی از طرفین آنچه را تملیک کرده است، تسلیم نکند، طرف دیگر می‌تواند از تسلیم آنچه تملیک کرده امتناع کند؛ تا اینکه طرف مقابل تسلیم کند.

این است که ماده ۳۷۷ قانون مدنی می‌گوید: «هر یک از بایع و مشتری حق دارد از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود؛ مگر اینکه مبیع یا ثمن مؤجل باشد، در این صورت هر کدام از مبیع یا ثمن که حال باشد، باید تسلیم شود». خصوصیتی در عقد بیع موجود نیست که ایجاب حق حبس برای هر یک از متبایعین کند؛ بلکه طبیعت معاوضه چنین بستگی را ایجاب می‌کند و به این جهت حکم مزبور در تمام عقود معاوضی جاری می‌شود.

و موقعیت مهر که جنبه فرعی را در نکاح دارد، از نظر فن حقوقی مانند موقعیت عوض در عقد معاوضه است. نکاح هر چند از جمله معاوضات حقیقی به‌شمار نمی‌رود، به آنها ملحق است؛ به‌ویژه آنکه در آن مهر ذکر شود.

و به اعتبار رابطه و بستگی که بین مهر و بضع موجود است، قاعده حبس که از خصایص عقود معاوضی است، نسبت به آن دو جاری می‌شود، به این دلیل است که ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی می‌گوید: «زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده، از ایفای وظایف که در مقابل شوهر دارد امتناع کند؛ مشروط بر اینکه مهر او حال باشد و این امتناع مسقط حق نفقه نخواهد بود».

باید ماده مذکور را تفسیر کرد و حق امتناع زن را از ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد، به نزدیکی منحصر دانست و از اطلاق ماده بالا مستفاد می‌شود که زن می‌تواند از ایفای وظایف زوجیت امتناع کند تا مهر خود را دریافت کند؛ خواه شوهر معسر باشد یا آنکه قادر بر تأدیة آن باشد؛ زیرا اعسار شوهر اگر چه حق مطالبه را اسقاط می‌کند و زن نمی‌تواند مادام که شوهر معسر است، مهر خود را از او بخواهد، ولی این امر موجب سقوط حق امتناع او (که مبنی بر قاعده معاوضه است) نمی‌شود (امامی، بی‌تا، ج ۴: ۳۹۴-۳۹۵).

برخی از حقوقدانان گفته‌اند: ظاهر ماده ۱۰۸۵ با این نظر که «حق حبس ناظر به تمکین به معنای خاص آن نیست و زن می‌تواند به اقامتگاه شوهر نرود» سازگارتر است و عبارت قانون همه وظایفی را که زن در برابر شوهر دارد مشمول خود کرده است، ولی از سابقه تاریخی ماده مذکور و به‌ویژه قرینه موجود در ماده ۱۰۸۶ چنین برمی‌آید که قانونگذار به تمکین خاص نظر داشته است؛ زیرا در این ماده می‌خوانیم که: «اگر زن قبل از اخذ مهر به اختیار خود به ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد قیام نمود، نمی‌تواند از حکم ماده قبل استفاده کند؛ معذک حقی که برای مطالبه مهر دارد ساقط نخواهد شد». نه تنها وظایفی که زن در برابر شوهر دارد با الزام به دادن مهر ارتباط حقوقی ندارد، در نظر عرف ناظر به تمام دوره زناشویی است. با یک بار خوشرویی کردن یا چند دقیقه به خانه شوهر آمدن، نمی‌توان ادعا کرد که او به وظایف زناشویی عمل کرده است، ولی مفهوم عرفی تمکین خاص با نخستین نزدیکی با شوهر تحقق می‌پذیرد و به‌همین دلیل است که یک بار نزدیکی سبب می‌شود که تمام مهر بر ذمه شوهر مستقر شود (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱: ۱۵۴-۱۵۵).

از طرف دیگر، نظر به وحدت ملاک ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی و روح ماده ۳۷۷ قانون مذکور، شوهر می‌تواند از تأدیة مهر امتناع کند تا زن تمکین کند؛ زیرا چنانکه گذشت حق حبس برای هر یک از طرفین مولود عقد معاوضی است و موقعیت مهر از جنبه مالی نکاح در مقابل تمکین در حکم عوض است؛ بنابراین همان‌گونه که زن می‌تواند از انجام دادن

وظایف زناشویی امتناع کند تا مهر خود را دریافت دارد، شوهر نیز می‌تواند از تأدیة مهر امتناع کند تا زن از او تمکین کند. حق حبس برای مرد در صورتی است که عقد نکاح مطلق باشد و برای تمکین مدت قرار نداده باشند (امامی، بی‌تا، ج ۴: ۳۹۷).

و چنانچه قبض و اقباض انجام نگیرد و به مرافعه منجر شود، حاکم هر دو را به تقابض طرفینی اجبار خواهد کرد و برای هیچ‌یک تقدمی قائل نخواهد شد؛ زیرا اولویتی وجود ندارد (محقق داماد، بی‌تا: ۲۳۴).

اما برخی از حقوقدانان بر این عقیده‌اند که: هر چند انعقاد نکاح به تراضی طرفین است، آثار آن را زن و شوهر به وجود نمی‌آورند. همین که زن و شوهر با پیوند زناشویی موافقت کردند، در وضع ویژه‌ای قرار می‌گیرند که به‌ناچار باید آثار و نتایج آن را متحمل شوند؛ بنابراین مهر نوعی الزام قانونی است که بر مرد تحمیل می‌شود و فقط زوجین می‌توانند هنگام بستن عقد یا پس از آن، مقدار مهر را به تراضی معین کنند.

الزام زن به تمکین از شوهر نیز به‌طور مستقیم از قانون ناشی می‌شود و سبب آن را نباید توافق زن و مرد پنداشت؛ بنابراین رابطه مهر با تمکین زن را نمی‌توان با رابطه عوض و معوض در قراردادهای مالی قیاس کرد. شخصیت اخلاقی انسان او را از سایر حیوانات و اشیا ممتاز کرده است. انسان همیشه صاحب حق یا مکلف به رعایت آن است و هیچ‌گاه موضوع حق قرار نمی‌گیرد.

در پاره‌ای امور، الزام‌های زن و شوهر شبیه به تعهدات متقابل در عقود معوض است؛ مانند حق حبس، ولی از این شباهت نباید نتیجه گرفت که مهر در عقد نکاح در برابر تمکین زن قرار گرفته و قواعد سایر معاملات بر تنظیم این رابطه حکمفرماست. زن در برابر مهر، خود را نمی‌فروشد، با مرد پیمانی می‌بندد که اثر قهری آن الزام مرد به دادن مهر و تکلیف زن به تمکین از اوست؛ به‌همین دلیل است که بطلان و فسخ مهر، عقد نکاح را از بین نمی‌برد و زن را از انجام دادن وظایفی که بر عهده دارد معاف نمی‌کند (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱: ۱۳۸-۱۳۹).

چنانکه گفته شد؛ کلی مهر در مقابل کلی تمکین است و معنای فسخ مهر این است که تحقق و فعلیت یافتن کلی مهر در آن مصداق مورد توافق منتفی بوده و لازم است این کلی را در مصداق دیگری فعلیت داد یا اگر در فرضی مهر قرار داده نشده یا حتی معین نشده؛ یعنی صورت تحقق و فعلیت در یک مصداق، مورد توافق طرفین قرار نگرفته است؛ نه اینکه مهر در مقابل تمکین نیست.

و در جای دیگر می‌نویسد: در فقه، حق حبس مهر را برای شوهر نیز شناخته‌اند؛ منتها در مقام جمع بین حق شوهر و زن به این اشکال برخورد کرده‌اند که اگر زن پیش از گرفتن مهر، اجبار به تمکین شود و به‌دلیلی نتواند آن را از مرد بگیرد، حقی را از دست می‌دهد که جبران‌پذیر نیست؛ در حالی که می‌توان از بین رفتن مهر را با پول جبران کرد؛ پس ناچار شده‌اند که از قواعد عمومی تجاوز کنند و نخست شوهر را به دادن مهر مجبور کنند یا امینی را با توافق زوجیت برگزینند که مهر به او تسلیم شود و پس از تمکین زن، امین مهر را به او بدهد؛ به این ترتیب، در عمل شوهر ناگزیر است که مهر را پیش از تمکین بپردازد.

نویسندگان قانون مدنی شاید به دلیل احتراز از این گونه اشکال‌ها، در ماده ۱۰۸۵ تنها از حق حبس زن سخن گفته‌اند و نسبت به حبس مهر از طرف شوهر سکوت کرده‌اند. این سکوت در جایی که به‌طور معمول باید حق شوهر نیز اعمال شود، قرینه بر این است که نخواسته‌اند پیمان زناشویی را در بند گروکشی‌های ناگوار قرار دهند و چهره معنوی آن را از بین ببرند.

حقوقدان امروز انسان را معاوضه‌پذیر با پول نمی‌داند و نمی‌تواند تصور کند که زناشویی به معنای معاوضه همخوابگی در برابر مهر است. در اسلام نیز چنین تصویری از نکاح نداشته‌اند و جنبه روحانی آن را ندیده نمی‌گرفتند (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱: ۱۵۶-۱۵۷).

برخی از حقوقدانان افزوده‌اند که قبول نظر اول در حقوق جدید خالی از اشکال نیست؛ چرا که ما نمی‌توانیم نکاح را یک معاوضه حقیقه بدانیم و مسلم است که اگر همه احکام

معاضات را در نکاح جاری بدانیم؛ از ارزش آن کاسته‌ایم و برخلاف روح قانون و عرف عمل کرده‌ایم؛ پس حق حبس زوجه در حقوق امروز یک قاعده استثنایی است که به پیروی از فقه امامیه، برای حمایت از حقوق زن پیش‌بینی شده و قانون آن را فقط برای زن ذکر کرده است و نباید شوهر را در این زمینه با زن قیاس کرد؛ چرا که تفسیر موسع از یک قاعده استثنایی روا نیست.

هر گاه نکاح را نوعی معاوضه بدانیم و برای شوهر هم بر اساس قواعد معاوضه حق حبس قائل شویم، در صورت امتناع زوجین از ایفای تعهد، حل مسئله دشوار می‌شود. به هر حال به نظر می‌رسد که اصولاً نکاح را (که یک قرارداد شخصی و هدف اساسی آن شرکت در زندگی است) نباید یک قرارداد معاوضی یا حتی شبه‌معاوضی تلقی کرد و احکام ویژه قراردادهای مالی معوض را درباره آن جاری کرد (صفایی، ۱۳۸۰، ج ۱: ۱۷۹).

تحلیل و بررسی

چنانکه در مباحث قبلی گذشت؛ قول به تقابل کامل مهر با تمکین خاص زوجه لوازمی دارد که هیچ فقیهی نمی‌تواند به آن ملتزم شود؛ لذا گفتیم که چنین تقابلی پذیرفتنی نیست، اما تقابل آن دو از حیث لزوم تسلیم هیچ اشکالی ندارد؛ بلکه از این جنبه می‌توان احکام معاوضات را در عقد نکاح نیز جاری دانست و چنانکه در بحث لزوم تسلیم مهر گذشت، برخی از فقها (اراکی، ۱۴۱۹: ۵۳۴) در صورت امتناع زوجین از ادای حق دیگری، مسئله را آسان دانسته‌اند و در صورت حصول آمادگی زوجه برای تمکین خاص، او استحقاق مطالبه مهر را دارد و زوج را مکلف به دادن مهر کرده‌اند؛ بنابراین اینکه در صورت قول به حق حبس مهر برای شوهر، در مقام جمع بین حق شوهر و زن با مشکل مواجه می‌شویم (چرا که اگر زن پیش از گرفتن مهر اجبار به تمکین شود و به‌دلیلی نتواند آن را از مرد بگیرد، حقی را از دست می‌دهد که جبران‌پذیر نیست) فاقد وجه است.

نتیجه‌گیری

آنچه از دقت و تأمل در عبارات فقها و حقوقدانان برای تبیین مسئله تسلیم مهر زوجه در عقد نکاح دائم به دست می‌آید، این است که عقد نکاح از برخی وجوه با عقود معاوضی کاملاً تفاوت داشته؛ بلکه عقد نکاح از این جنبه‌ها شبیه عبادات و احکام آن توقیفی است؛ به طوری که بطلان معاوضی محض دانستن آن از ضروریات و مسلمات فقه امامیه است؛ ولی نباید از نظر دور داشت که اصول و قواعد مربوط به معاوضات؛ تا آنجایی که با جنبه عبادی نکاح منافاتی نداشته باشد، نسبت به مهر در مقابل بضع جاری می‌شود؛ لذا همان طوری که در زمینه ملکیت مهر و بضع؛ بر اساس قانون معاوضات، بستگی بین دو تملیک به نحوی است که هرگاه یکی از آن دو حاصل نشود، تملیک دیگری نیز حاصل نخواهد شد؛ رابطه بین تسلیم آن دو نیز به نحوی است که هرگاه یکی از طرفین آنچه را تملیک کرده است تسلیم نکند، طرف دیگر می‌تواند از تسلیم آنچه تملیک کرده است، امتناع کند تا طرف مقابل او تسلیم کند؛ از این رو تنها در صورتی تسلیم مهر واجب می‌شود که زوجه مهبای استمتاع باشد و آن چیزی جز حضور زوجه برای عمل تمکین خاص نسبت به زوج نیست و به وقوع عمل از زوج احتیاج نیست.

منابع

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۶ق). حاشیة المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۲. ابن ادریس، محمد بن احمد (۱۴۱۸ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
۳. ابن فهد حلی، احمد بن محمد (۱۴۰۷ق). المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، ج ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۴. اراکی، محمدعلی (۱۴۱۹ق). کتاب النکاح، نورنگار، قم، بی‌نا.
۵. اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸ق). حاشیة کتاب المکاسب، ج ۴، قم، انوار الهدی.
۶. امامی، حسن (بی‌تا). حقوق مدنی، ج ۴، تهران، انتشارات اسلامی.
۷. انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ق). کتاب المکاسب، ج ۵، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۸. _____ (۱۴۱۵ق). کتاب النکاح، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۹. بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، ج ۱۲، ۲۳ و ۲۴، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۱۰. بنی فضل، مرتضی (بی‌تا). مدارک تحریر الوسیلة - الزکاة و الخمس، بی‌جا، بی‌نا.
۱۱. حائری یزدی، مرتضی بن عبدالکریم (۱۴۱۸ق). کتاب الخمس، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۱۲. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ج ۲۰، قم، مؤسسه آل‌البتین.
۱۳. حلی، یحیی بن سعید (۱۴۰۵ق). الجامع للشرائع، قم، مؤسسه سیدالشهداء.
۱۴. خمینی (امام)، روح‌الله (۱۴۱۲ق). تحریر الوسیله، ج ۲، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

۱۵. _____ (۱۴۲۱ق). کتاب البیع، ج ۴، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۱۶. خویی، ابوالقاسم (بی تا). *المستند فی شرح العروة الوثقی*، مقرر: مرتضی بروجردی، بی جا، بی نا.
۱۷. _____ (بی تا)، *مصباح الفقاهة*، ج ۲، مقرر: محمد علی توحیدی، بی جا، بی نا.
۱۸. _____ (۱۴۱۰ق). *منهاج الصالحین*، ج ۲، قم، نشر مدینه العلم.
۱۹. روحانی، محمد صادق (۱۴۱۳ق). *فقه الصادق علیه السلام*، ج ۲۲، قم، دارالکتاب.
۲۰. _____ (۱۴۲۹ق). *منهاج الفقاهه*، ج ۵، قم، انوار الهدی.
۲۱. زنجانی، موسی (۱۴۱۹ق). *کتاب نکاح*، ج ۱۷ و ۲۰، قم، مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.
۲۲. سبحانی تبریزی، جعفر (بی تا). *نظام النکاح فی الشریعة الغراء*، ج ۲، قم، بی نا.
۲۳. شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۴ق). *حاشیة الإرشاد*، ج ۳، قم، دفتر تبلیغات اسلامی.
۲۴. _____ (۱۴۱۰ق). *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، ج ۵، قم، کتابفروشی داوری.
۲۵. _____ (۱۴۱۳ق). *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، ج ۸، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیة.
۲۶. شهیدی تبریزی، میرفتاح (۳۷۵ق). *هدایة الطالب إلى أسرار المكاسب*، ج ۳، تبریز، چاپخانه اطلاعات.
۲۷. صافی گلپایگانی، علی (۱۴۲۷ق). *ذخیره العقبی فی شرح العروة الوثقی*، ج ۱۰، قم، گنج عرفان.
۲۸. صفایی، حسین و اسدالله امامی (۱۳۸۰). *حقوق خانواده*، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۲۹. طباطبایی، علی بن محمد (۱۴۱۸ق). *ریاض المسائل*، ج ۱۲، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام.
۳۰. طباطبایی حکیم، محسن (۱۴۱۶ق). *مستمک العروة الوثقی*، ج ۹، قم، مؤسسه دارالتفسیر.
۳۱. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۲۵ق). *الخلاف*، ج ۴، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۳۲. _____ (۱۳۸۷ق). *المبسوط فی فقه الإمامیة*، ج ۴، تهران، المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة.

۳۳. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۰ق). ارشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، ج ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۳۴. _____ (۱۴۱۳ق). قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام، ج ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۳۵. فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۳ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - الخمس و الأنفال، قم، مرکز فقهی ائمة اطهار علیهم السلام.
۳۶. _____ (۱۴۲۱ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - النکاح، قم، مرکز فقهی ائمة اطهار علیهم السلام.
۳۷. فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله (۱۴۲۵ق). کنز العرفان فی فقه القرآن، ج ۲، قم، انتشارات مرتضوی.
۳۸. فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق). کشف اللثام و الإیهام عن قواعد الأحكام، ج ۷، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۳۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱). حقوق مدنی: خانواده، ج ۱، تهران، شرکت انتشار.
۴۰. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر (۱۴۲۲ق). انوار الفقاهة - کتاب النکاح، نجف، مؤسسه کاشف الغطاء.
۴۱. مامقانی، عبدالله بن محمد حسن (۱۳۵۰ق). نهاية المقال فی تکملة غایة الآمال، قم، مجمع الذخائر الإسلامية.
۴۲. محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ج ۲، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
۴۳. _____ (۱۴۱۲ق). نکت النهایة، ج ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۴۴. محقق داماد، مصطفی (بی تا). بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، قم، بی نا.
۴۵. محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۱۲ و ۱۳، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۴۶. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۶ق). انوار الفقاهة - کتاب الخمس و الأنفال، قم، انتشارات مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام.

٤٧. _____ (١٤٢٤ق). كتاب النكاح، ج ١، ٣ و ٦، قم، انتشارات مدرسه امام علي عليه السلام.
٤٨. منتظري، حسينعلي (بي تا). كتاب الخمس و الأنفال، قم، بي نا.
٤٩. موسوي، عبدالأعلى (١٤١٣ق). مهذب الأحكام، ج ٢٥، قم، مؤسسه المنار.
٥٠. موسوي عاملي، محمدبن علي (١٤١١ق). مدارك الأحكام في شرح عبادات الإسلام، ج ٥، بيروت، مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
٥١. نجفي، محمد حسن (١٤٠٤ق). جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج ٣٠ و ٣١، بيروت، دار الاحياء التراث العربي.
٥٢. _____ (١٣١٨ق). نجاه العباد، بي جا، بي نا.
٥٣. هاشمي شاهرودي، محمود (١٤٢٥ق). كتاب الخمس، ج ٢، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامي بر مذهب اهل بيت عليهم السلام.
٥٤. يزدي، سيد محمد كاظم بن عبدالعظيم (١٤٢١ق). حاشية المكاسب، ج ٢، قم، مؤسسه اسماعيليان.