

بررسی اعتبار حقوقی مهریه های سنگین

محمد علی سعیدی*

مربی گروه حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۷/۷/۳ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۷/۱۰/۱۰)

چکیده:

تعیین مهریه های سنگین توسط زوجین که گاه ادای آن در توان زوج نیست از مشکلات شایع حقوقی است. این مهریه ها اغلب به طور کلی فی الذمه بر عهده زوج قرار می گیرد در حالی که اوضاع و احوال نشان می دهد متمهد نه تنها توان بالفعل پرداخت آن را ندارد بلکه احتمال معقولی به توانایی او در آینده نیز نیست. بطلان این گونه مهریه ها به علت مقدور التسليم نبودن، مورد اشاره بعضی از اساتید حقوق قرار گرفته است. اما این اشکال تا جایی که تنبع شد، در فقه مورد استناد قرار نگرفته است. به عقیده نگارنده بطلان مهر با استناد به دلیل مزبور منحصر با اتخاذ بعضی از مبانی ممکن است و پس از بحث و بررسی احتمالات مختلف در موضوع، اعتقاد به بطلان مهریه سنگین به علت مقدور التسليم نبودن ترجیح داده شده است.

واژگان کلیدی:

مهر المسمی، قدرت بر تسلیم، مهریه غرری.

مقدمه

امروز مهریه های سنگین از بزرگ ترین مشکلات اجتماعی است. علاقه افراد به خودنمایی، استفاده از مهریه به عنوان ابزار دفاعی توسط زنان برای مقابله با خود کامگی احتمالی مردان و عدم تأمین اجتماعی مناسب برای این دسته از زنان و ضعف اخلاق عمومی همه و همه باعث رواج مهریه های سنگین شده است.^۱

بنابراین، کاملاً بجاست که محققان علوم اجتماعی هر یک با توجه به دانش خود راهکارهایی مناسب را برای حل این معضل ارائه دهند. در این بین مناسب است علمای حقوق و فقه نیز چاره اندیشی کنند. پرسش اصلی ما در این مقاله این است که اگر تعیین مهریه سنگین با امکانات مالی زوجی تناسب نداشته باشد به گونه ای که تسلیم مهر برای او غیر مقدور باشد آیا می توان توافق بر آن را به همین دلیل باطل تلقی کرد؟

می دانیم یکی از ضوابط عام مورد معامله یا تعهد، مقدورالتسلیم بودن آن است. این قاعده در ماده ۳۴۸ قانون مدنی مورد تصریح شده و نویسندگان حقوق مدنی با استناد به آن و با عنایت به رسم دیرینه فقه که در قانون مدنی نیز انعکاس یافته قدرت بر تسلیم مستفاد از ماده ۳۴۸ را در سایر موارد نیز لازم می دانند (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ص ۱۸۷). بنابراین هرگاه مال مورد تعهد را نتوان تسلیم نمود و یا عمل مورد تعهد را نتوان انجام داد و در صورتی که مورد تعهد ترک عمل است نتوان آن را ترک نمود آن معامله باطل است (امامی، ۱۳۷۱، ص ۲۱۱). به اعتقاد بعضی از نویسندگان: «مثلاً انگشتر یا گردنبندی را که در دریا غرق شده و دست یافتن به آن ممکن نیست نمی توان مهر قرار داد. البته اگر شوهر قادر به تسلیم نباشد ولی زن قادر به تسلیم باشد، مثلاً زن غواص بوده و بتواند جواهر را از قعر دریا بیرون آورد، یا مالی را که در دست غاصب است با استفاده از نفوذ خود بازستاند می توان مال مزبور را به عنوان مهر تعیین کرد» (صفایی و امامی، ۱۳۷۷، ص ۱۷۰). همان طور که می بینیم مثال بالا مربوط به مهریه های معین است. اما آنچه شیوع دارد و مشکلات بیشتر پدید آورده مهریه های فی الذمه است که ادای آن در توان متعهد نیست.^۲

۱. سیر تصاعدی مهریه تنها دامنگیر جامعه ایران نیست. بلکه کمابیش سایر جوامع اسلامی نیز از آن رنج می برند. بررسی جامعه شناختی موضوع از وجود اسباب و عللی یکسان حکایت می کند (محمد الشیخ، ۱۴۲۰، ص ۲۳۳).

۲. ممکن است گفته شود مهریه کلی، بر ذمه شخص استقرار می یابد و بدین ترتیب شخص صرف نظر از قدرت یا عدم قدرت بر ادای آن، به همان میزان در مقابل دائن بدهکار می شود. اما این گفته با این اشکال اساسی مواجه است که اولاً اشتغال ذمه نیازمند سبب قانونی است. سبب قانونی نیز بنا بر آنچه در این مقاله ترجیح داده شده از ماهیت قراردادی برخوردار است و قراردادها نیز برای صحت نیازمند شرایط اساسی صحت معاملات می باشند. ثانیاً در هیچ متن قابل اتکایی، قدرت بر تسلیم به عنوان شرط صحت معامله، به موضوعات معین خارجی اختصاص نیافته است.

به موضوع مورد نظر در بعضی از تألیفات با وضوح بیشتر اشاره شده و آمده است: «تعهد مهریه یک میلیون تومانی نسبت به زوجی که تمام دارایی اش از رقم یکصد هزار تومان و درآمدش از مبلغ چند هزار تومان در ماه تجاوز نمی کند، تعهدی است که ایفای آن عادتاً غیر مقدور است و در نتیجه خود تعهد به علت عدم قدرت بر تسلیم نمی تواند اعتبار داشته باشد. هرچند عده ای از فقها تصریح کرده اند که تمکن فعلی زوج نسبت به پرداخت مهر شرط صحت عقد نیست و برای این امر نیز ادعای اجماع کرده اند ولی همچنان که معلوم است در مورد بحث، با در نظر گرفتن شرایط مالی زوج نه تنها تأدیه مبلغ مهر فعلاً غیر مقدور است بلکه در آینده نیز عادتاً امکان نخواهد داشت» (شهیدی، ۱۳۷۵، ص ۵۱).

پس سنگینی مهریه در بسیاری از موارد به گونه ای است که متعهد به آن نه امکان فعلی پرداخت آن را دارد و نه حتی می توان قابلیت بالقوه برای او یافت که در آینده بتواند با توجه به مقتضیات فعلی تعهد مزبور را ادا نماید. به نظر نگارنده برای ایجاد خدشه بر چنین مهریه هایی با استناد به دلیل بالا، موضوع قابل مناقشه است. بدین ترتیب که با اتخاذ مبانی خاص در قواعد عمومی صحت معاملات می توان راه به سوی بطلان مهریه غیر مقدور پیمود و نباید پنداشت بطلان مهریه به علت غیر مقدور تسلیم بودن غیرقابل مناقشه و انکار است. بنابراین، بجاست مبانی مورد نظری که با اتکا به آن می توان بر مهریه های غیر مقدور خدشه وارد کرد بررسی شوند و از این میان عقیده مناسب تر انتخاب شود.

قابل ذکر است که موضوع بحث در این مقاله ناتوانی عارضی نیست بلکه ناتوانی در همان زمان تعیین یا ناتوانی معلوم در زمان عقد نسبت به زمان ادا، مورد نظر است.

ناتوانی عارضی مباحثی از جمله خیار تعذر تسلیم و امثال آن را به وجود می آورد که از محل بحث ما خارج است و در این گونه موارد نمی توان هرگز قائل به بطلان مهریه شد. بدین منظور ضمن بررسی اجمالی مبانی مزبور در حد گنجایش این مقاله بعضی از فروعات مربوط به آن را نیز بررسی خواهیم کرد.

۱- جواز مهریه سنگین در وضع عادی

در ارتباط با حداکثر مهریه در فقه امامیه دو نظر وجود دارد. به نظر مرحوم سید مرتضی نمی توان مهریه را بیش از پانصد درهم قرار داد، به این میزان مهر السنه گفته می شود و مراد مقدار مهری است که پیامبر اسلام (ص) به عنوان مهریه برای تمام همسرانشان قرار داده اند. به عقیده سید مرتضی، اگر مهر را بیش از این مقدار قرار دهند، باید آن را به مهر السنه باز گردانند. (سید مرتضی، ۱۴۱۵، ص ۲۹۲). ایشان در این زمینه مدعی اجماع شده و قول مخالف را به علمای عامه نسبت می دهد.

این نظر را به مرحوم اسکافی و صدوق نیز نسبت داده اند (نجفی، ۱۳۶۷، الف)، ص ۱۵). اما مشهور امامیه بر این اعتقادند که اندازه‌ای خاص از جهت کمی و زیادی در مهر معتبر نیست (حلی، ۱۳۷۰، ص ۵۴۶ و مامقانی، ۱۴۰۴، ص ۳۷۱ و آشتیانی، بی تا، ص ۲۶۴). بنابراین، هر مالی چه کم بها و چه گران را می توان مهر قرار داد. البته نباید مقدار مهر آن اندازه کم باشد که هیچ قیمتی نداشته باشد.

یکی از دلایل مهم امامیه که مورد استناد فقهای عامه نیز قرار گرفته، آیه شریفه ای است که می فرماید: و اگر تصمیم گرفتید که همسر دیگری به جای همسر خود انتخاب کنید و مال فراوان به عنوان مهر به او پرداخته اید، چیزی از آن مهر سنگین را پس نگیرید^۱ (سوره نساء: آیه ۲۰). منظور از قنطار در این آیه مال زیاد و فراوان است (طبرسی، ۱۴۰۶، ص ۴۱).

ماده ۱۰۸۰ قانون مدنی ایران نیز مقرر می دارد: «تعیین مقدار مهر منوط به تراضی طرفین است» این ماده کاملاً منطقی است. چون توافق راجع به مهر یک قرارداد تلقی می شود. بنا به اصل آزادی قراردادها طرفین می توانند میزان آن را خود تعیین نمایند. بنابراین، معلوم شد تعیین مهریه های سنگین صرف نظر از قدرت بر ادای آن امری نامشروع و باطل نیست. البته باید دانست که تعیین مهر سنگین به خودی خود امری پسندیده نیست. به گفته علمای فقه اولاً تقلیل مهر مستحب است و ثانیاً افزودن بر میزان مهر السنه، مکروه و ناپسند می باشد (حلی، ۱۳۷۰، ص ۵۴۷). قابل ذکر است که هرچند در آیه ۲۰ سوره نساء حد اعلائی برای مهر ذکر نشده اما آیه در مقام ترغیب به مهریه های بالا نیز نیست و منطوق آیه مردان را از ضایع کردن مهر همسران خود هرچند مقدار آن بسیار زیاد باشد، منع می کند و در آن ترغیبی به مهر سنگین دیده نمی شود. روایات متعدد حاکی از کراهت مهریه سنگین در متون روایی عامه و خاصه یافت می شود به طوری که کراهت مهر سنگین مورد توجه علمای اخلاق نیز بوده و بعضی همچون غزالی کمی مهر را از اسباب دوام زوجیت و زندگی مناسب زوجین شمرده اند^۲ (غزالی، ۱۴۰۲، صص ۳۷۱ و ۳۹۰).

۲- تعهد آور بودن توافق مربوط به مهریه

در فقه معمولاً نظریه استقلال مهریه نفی شده است (نجفی، ۱۳۶۷، ص ۱۵). برخی نیز با تصریح به این که مهر عوض بضع نیست، اجرای شرایط عمومی صحت معاملات را در مهر ضروری نمی دانند (خمینی، ۱۴۰۳، صص ۲۶۶ و ۲۶۷). به نظر می رسد بر همین اساس در مقام شرح و تفصیل شرایط صحت مهر تنها به ذکر آنچه از نصوص فقهی به صراحت بدست می آید اکتفا

۱. و ان اردتم استبدال زوج مکان زوج و ایتیم احدیهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شیئاً.

۲. ان قلّة المهر من خصال المطیبة التي لابد من مراعاتها لدوام العقد و العشرة الطیبة.

کرده اند. و سایر شرایط صحت معاملات از جمله مقدور الاجرا بودن یا مقدور التسليم بودن مهر را متذکر نشده اند.

اما دقت در موضوع نشان می دهد ضرورت اموری همچون معین بودن و مقدور التسليم بودن، نه به خاطر وجود یک قرارداد و سپس تطبیق شرایط صحت قرارداد بر آن وضع شده، بلکه به منظور تأمین تعهدات ناشی از عقد برقرار شده است. به عبارت دیگر، این شرایط در واقع شرایط تعهدی است که متعهد باید به آن پایبند باشد. یعنی عقد مرأت و آئینه ای قرار داده شده برای نشان دادن شرایط ضروری تعهد ناشی از آن و عقد بصورت "به ينظر و نه بنفسه ينظر" موضوع این نوع شرایط قرار گرفته است. بنابراین، هرچند دلایل استقلال قراردادی مهریه به کمال نرسد، چون تردیدی در الزام آور بودن مهر المسمی به عنوان یک تعهد تمام عیار نداریم، مهر المسمی باید مقدور التسليم باشد. در غیر این صورت تعهدی غرری و بی ارزش خواهد بود.

با این حال و علی رغم وجود مقرراتی مانند ماده ۱۰۷۳ قانون مدنی، که در ظاهر تخلف از شرایط مقرر جهت مهر را موجب عدم نفوذ نکاح تلقی کرده، مقررات دیگری از جمله ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی نیز وجود دارد که شرط خیار را تنها در مهر و مستقل از نکاح، جایز می داند و از طرفی استقراء نشان می دهد، خیاری بودن مختص ماهیات و منشآت حقوقی ای است که به موجب انشائی مستقل در عالم اعتبار ساخته شده اند. صحت نکاح در فرض بطلان مهریه نیز به خوبی نشان می دهد مهر از ارکان نکاح به شمار نمی رود و بصورت یک عقد تبعی در کنار نکاح مطرح است. این عقیده در فقه نیز بی سابقه نیست (طوسی، ۱۴۰۷، ص ۳۶۴).

۳- جریان غرر در توافق مربوط به مهر

باید دانست، فقها معمولاً قاعده پرهیز از غرر را در ارتباط با مهریه به کار نمی برند. به نظر ایشان هرچند باید مهریه برای طرفین معلوم باشد اما تعریف مهر آنچنان که در معاوضاتی مثل بیع مرسوم است مورد نیاز نیست. حتی بعضی تصریح کرده اند که دلیل قابل اتکا درباره جریان قاعده غرر، در بیع وجود دارد. و نهایتاً در مورد اجاره نیز جریان می یابد. و بعضی در صلح مبتنی بر دقت نیز قاعده غرر را جاری می دانند. در مقابل دلیلی بر جریان این قاعده در ارتباط با مهر در دست نیست (خوانساری، ۱۳۶۴، ص ۳۸۷).

به عقیده بعضی مشاهده مهریه برای پرهیز از قسم عمده غرر، کافی است. بدین ترتیب لازم نیست با کیل و وزن و عدد نیز صرف نظر از مشاهده، معلوم گردد. به نظر ایشان از طرفی با مشاهده، قسم عمده غرر منتفی شده و قسم باقی مانده نیز در مهر معفو است چرا که خداوند

مهر را نحله نامیده و منظور از نحله نیز عطیه است و شأن عطیه، پذیرش غرر جزئی است. متعاقبا به احادیثی^۱ نیز در این زمینه استناد می شود (شهید ثانی، ۱۴۱۶، ص ۱۷۰).

به نظر می رسد، خاصیت اساسی نهی از غرر، پرهیز از تعهدات غرری در جایی است که بنای طرفین به طور نوعی گریز از خطر است. از طرفی نیز گمان نمی رود در تعیین مهر، عرفا بنا بر تسامح و گذشت باشد. به عبارت دیگر در تعیین مهر، افراد به استقبال خطر نمی روند و گاه دیده می شود به خاطر چند سکه کم و زیاد، اصل نکاح نیز سر نمی گیرد.

انحصار جریان قاعده غرر در عقود محدودی مثل بیع و سپس در اجاره و با زحمت و تکلف در صلح مبتنی بر دقت، مبتنی بر این است که دایره عقود و قراردادهای محدود به عقود معین بنماییم. این مطلب در جای خود قابل بررسی است که انتساب قواعدی بر بیع از باب انحصار نیست و بیع به عنوان ام الباب مدخل قواعد عمومی تعهدات قرار گرفته است.

عبارت صاحب مسالک که می نویسد، مشاهده مهریه برای پرهیز از قسم عمده غرر کافی است، هر چند فقط در مهریه معین کاربرد دارد و نسبت به مهریه کلی ساکت و ناقص است، به خوبی از دخالت فی الجمله غرر در صداق حکایت دارد. نهایت آنکه به نظر ایشان قسم عمده غرر با مشاهده برطرف می شود و قسم دیگر آن به خاطر عطیه بودن مهر لازم الرعایه نیست. ورود به قلمرو قاعده غرر، بار اثبات تجزیه امر و ضرورت رعایت قسمی از آن بدون رعایت قسم دیگر را بر دوش ایشان قرار می دهد. به نظر می رسد غرر که مفهومی عرفی می باشد، هر جا به کار رود مفهومی بسیط است و کلی مقول به تشکیک نیست. ضمن آنکه در کنار آیاتی که مهر را عطیه تلقی کرده، آیاتی نیز وجود دارد که در آن ها به جای مهر، أجر و یا حتی فریضه^۲ به کار رفته و در معنای فرض نیز قطع و تعیین ملحوظ نظر است (قرشی، ۱۳۵۴، ص ۱۶۱).

پس نمی توان توافق مربوط به مهر را اقسام اعمال حقوقی احسانی تلقی کرد. ضمن آنکه دلالت روایات مورد استناد نیز در رعایت نکردن قاعده غرر قطعی نیست. به عنوان مثال در روایت مورد استناد چه بسا به خاطر عرفی بودن مفهوم غرر، تعیین مهر به صورت « قبضه من الحنطة» عرفا بدون اشکال بوده و این به معنای پذیرش مقداری از غرر و نپذیرفتن مقداری دیگر از آن نیست. به هر حال بطلان مهریه سنگین به علت غیر مقدور التسليم بودن و نهایت غرری بودن متفرع بر این است که قاعده مزبور در توافق مربوط به مهر جریان داشته باشد و از طرفی بپذیریم که مفهوم غرر علاوه بر جهل شامل خطر نیز می گردد. بدون توجه به این مطلب نمی توان مهریه غیر مقدور را به این دلیل باطل دانست.

۱. كان الرجل يتزوج على عهد رسول الله (ص) على القبضة من الحنطة (حر عاملی، بی تا: ۳۳/۱۵)

۲. و ان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن و قد فرضتم لهن فریضه فنصف ما فرضتم. .. (سوره بقره، آیه ۲۳۷)

۴- بر فرض جریان قاعده غرر آیا مهریه غیر مقدور باطل است

در ارتباط با این که آیا ضرورت مقدور التسليم بودن مهر می تواند مخل مهریه های سنگین باشد باید دو مبنا را از هم تفکیک کرد. به نظر می رسد انتخاب هریک از دو مبنا نتایج متفاوتی در پی داشته باشد که به شرح ذیل بررسی می شود.

۴-۱: بررسی موضوع بنابراین که قدرت بر تسلیم از خصوصیات مهریه باشد

به اعتقاد برخی بطلان قرارداد در فرض مقدور التسليم نبودن ویژه موردی است که عدم قابلیت ناشی از وضع خود مال باشد نه ناتوانی شخص متعهد. در این صورت اگر قدرت بر تسلیم مهر از خصوصیات مهریه تلقی گردد، هیچگاه غیبت، بیماری، ورشکستگی و یا ناتوانی مالی مرد نمی تواند سبب بطلان یا انفساخ آن شود. چرا که این امور از اوصاف عارض بر مهریه نیست بلکه از حالاتی است که عارض بر متعهد مهریه شده است، بنابراین عقیده، هرگاه مهریه مالی باشد که به سبب وجود علتی در مورد تعهد، مرد توانایی بر تسلیم آن نداشته باشد، مهریه حسب مورد باطل یا منفسخ خواهد بود. اما اگر مثلاً مرد به علت غیبت یا بیماری یا فقر و امثال آن توان تسلیم مورد تعهد را نداشته باشد خدشه ای بر مهریه وارد نیست.

در تأیید این نظر شواهدی در قانون مدنی و فقه به شرح ذیل وجود دارد:

الف: شرط قدرت بر تسلیم هم در فقه (شهید ثانی، ۱۳۸۷، ص ۲۴۹ و انصاری، ۱۳۷۴، ص ۱۲۴) و هم در قانون مدنی، در ردیف شرایط مورد معامله قرار گرفته، و در این راستا ماده ۳۴۸ قانون مدنی ایران در مبحث سوم با عنوان «در مبیع» قرار داده شده است.^۱ بنابراین قانون گذار خواسته، معامله مالی که بر حسب طبیعت خود قابل تسلیم نیست، باطل و بلا اثر باشد. چرا که اگر منظور توانایی طرف معامله می بود، می بایست این شرط را در زمره اوصاف طرف قرارداد محسوب می داشت.

ب: مطالعه مثال های ارائه شده در فقه، مثل بیع اسب یا شتر فراری، عبد ابق و پرنده ای که فرار کرده و عادت به بازگشت ندارد، همه نشان می دهد فقها نظر به موردی داشته اند که بر حسب طبیعت خود مقدور التسليم نباشد (شهیدی تبریزی، ۱۴۰۷، ص ۳۷۰ و شیرازی، بی تا، ص ۳۱۲). به عنوان مثال اسبی که فرار کرده و معلوم نیست کجاست بر حسب طبیعت خود قابل تسلیم نیست، نه این که خصوصیتی در فروشنده باشد که به موجب آن نتواند اسب فراری را تحویل دهد (شهید ثانی، ۱۳۸۷، ص ۲۵۰).

۱. ماده ۳۴۸ قانون مدنی: «بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت و یا منفعت عقلایی ندارد یا چیزی که بایع قدرت بر تسلیم آن ندارد باطل است مگر این که مشتری خود قادر بر تسلیم باشد».

ج: اگر محض ناتوانی طرف تعهد، بدون اینکه ناتوانی منتسب به طبیعت مورد تعهد باشد، سبب بطلان تلقی گردد، باید بسیاری از معاملات که نفوذ آن مسلم است را باطل بدانیم. به عنوان مثال هرگاه متعاملین هر دو زندانی باشند به طوری که به آزادی آنها امیدی نباشد و در این حال اقدام به معاملاتی مثل بیع نمایند، کسی ملتزم به بطلان چنین قراردادی نشده در حالی که طرفین به علت وضعیتی که مربوط به خود آنان است قدرت بر تسلیم مورد معامله ندارند. به همین ترتیب نا توانایی های شخصی و یا عدم ملاتت متعهد می تواند باعث بطلان قرارداد شود.

د: پذیرش این نظر از جهت اثبات نیز حائز اهمیت است. چراکه هرگاه قدرت بر تسلیم از خصوصیات مهریه باشد، دادگاه در مقام رسیدگی موظف نخواهد بود اوضاع شخصی متعهد را از حیث ملاتت یا عدم ملاتت بررسی کند. علاوه بر آن هرگاه قدرت بر تسلیم از خصوصیات متعهد باشد معیار روشنی برای ارزیابی توانایی او در دست نخواهد بود. به عکس با پذیرش نظریه نوعی می توان به معیارهای روشن دست یافت که این امر باعث سهولت در اثبات و جنبه قضایی می شود.

ه: مطالعه مقررات قانون مدنی نشان می دهد معمولاً هرگاه تعذر تسلیم ناشی از طبیعت مورد معامله باشد حسب مورد قرارداد منشأ آن یا باطل و یا منفسخ است. همانطور که ماده ۳۸۷ قانون مدنی در خصوص تلف مبیع پیش از تسلیم، به انفساخ عقد حکم کرده است. در مقابل معمولاً در جاهایی که مثلاً دلیل ناتوانی پرداخت ثمن مربوط به خریدار باشد یعنی نداری او مشکل ساز شود، قانون مدنی ایران این وضعیت را موجب حق فسخ و نه انفساخ یا بطلان عقد قرار داده است. به عنوان مثال ماده ۳۸۰ قانون مدنی مقرر می دارد: «در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد بایع حق استرداد آن را دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد می تواند از تسلیم آن امتناع کند.» چون وجود تفاوت میان عوضین اعتباری است همین حکم در مورد مبیع نیز وجود دارد. بنابراین اعمال قاعده واحد و در جریان قرار دادن موارد مشابه در سلک واحد، حاکی است که قدرت بر تسلیم در مقدور تسلیم بودن مهر باید به طبیعت خود خلاصه شود (کاتوزیان، ۱۳۷۱، (ب)، ص ۱۶۴).

ممکن است گفته شود این دیدگاه، شرط قدرت بر تسلیم مهر را از توابع شرط مالیت داشتن مهر قرار می دهد. بدین معنا که هرگاه مهر ذاتاً مقدور تسلیم نباشد در مالیت آن باید تردید کرد. این طرز تلقی خصوصاً در ارتباط با مقدور تسلیم بودن مبیع مورد پذیرش بعضی قرار گرفته است (نائینی و خوانساری، بی تا، ص ۳۷۸). اما به نظر می رسد برای صدق عنوان مال قابلیت شأنی تعلق و داشتن ارزش اقتصادی به طور ذاتی کافی است. بنابراین هرگاه پرنده ای که مورد معامله است فرار کند، این واقعه، باعث سلب هیچیک از عناوین مالکیت و مالیت از آن نیست.

النهاییه می توان گفت وضعیت دیگری بر مال در عین مالیت داشتن آن حادث شده که به آن غیر مقدور التسلیم بودن مورد تعهد می گویند.

۴-۲: بررسی موضوع بنا بر این که قدرت بر تسلیم از خصوصیات متعهد به آن است

ممکن است قدرت بر تسلیم از اوصاف متعهد تلقی گردد. بر این اساس، هرگاه متعهد مهریه، تعهدی سنگین بر عهده گرفته که توان اجرای آن را نداشته باشد، می توان اعتقاد به بطلان مهر المسمی یافت. در تأیید این نظریه نیز شواهدی روشن به شرح ذیل وجود دارد:

الف: قدرت بر تسلیم وصفی است که منطقیاً متعهد را متصف می کند و گفته می شود فلان متعهد توان به تسلیم دارد یا توان بر تسلیم ندارد. البته قانون مدنی در ارتباط با اعیان معین اجازه می دهد اگر متعهد توان تسلیم نداشت، کافی است متعهد له خود توان تسلیم داشته باشد. و یا در صورت پذیرش کفایت قدرت نسبی می توان قدرت شخص ثالث را در بسیاری از موارد نیز کافی دانست. اما نمی توان قدرت بر تسلیم را به چیزی که متعهد در پی تسلیم آن است نسبت داد (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۱۴۸).

ب: اگر بخواهیم قدرت بر تسلیم را به شیء مورد تعهد نسبت دهیم و یا شیء مورد تعهد را متصف به این وصف کنیم به تقدیر امر دیگری نیاز خواهیم داشت و باید بگوییم چیزی که بایع قدرت بر تسلیم آن دارد. روشن است این نوع تقدیر هم باعث تکلف است و هم در صورت تردید اصل بر عدم تقدیر است.

ج: اگر قاعده «غرر» دلیل عمده شرط بودن قدرت بر تسلیم باشد، کما این که اعتقاد بسیاری از محققین بر این است^۱، و غرر نیز شامل مطلق خطر باشد و صورت جهل به وصول را نیز در بر گیرد، روشن می شود که این قاعده نه تنها شامل موردی می شود که مورد تعهد به سبب ذات خود مقدور التسلیم نیست بلکه شامل مواردی نیز خواهد شد که متعهد توان بر تسلیم آن را ندارد. به عبارت دیگر چون غرر، حقیقت شرعیه ندارد و یک مفهوم عرفی است، هرگاه متعهد مهریه توان اجرای تعهد را نداشته باشد، می توان اعتقاد به غرری بودن تعهد و بطلان آن داشت.

۱. برخی فقها مدعی شده اند، واژه غرر که در روایت مشهور نبوی (ص) مورد نهی قرار گرفته، به معنای خطری است که از ناحیه عدم اطلاع نسبت به صفات کالا پیش می آید و نمی توان آن را به گونه ای عام تفسیر نمود که عدم اطلاع از وصول کالا را هم در گیرد. زیرا در این صورت تمامی مواردی که کالایی به صورت غیابی فروخته شود مصداق غرر و محکوم به بطلان خواهد بود (نجفی، ۱۳۶۷، ص ۳۸۸) و در مقابل بعضی عدم اطلاع از وصول را نیز مشمول قاعده می دانند (انصاری، ۱۳۷۴، ص ۱۲۷).

د: هرچند در ماده ۳۴۸ قانون مدنی قدرت بر تسلیم در شمار شرایط عوضین قرار گرفته، اما در ادامه ماده ۳۴۸ در نهایت مقرر داشته «... چیزی که بایع قدرت بر تسلیم ندارد باطل است.» یعنی در ادامه و مآلاً قدرت بر تسلیم را از اوصاف طرف تعهد قرار داده است.

۴-۳: بررسی موضوع بنابر شخصی یا نوعی بودن قدرت بر اجرا

سوال این است که آیا عدم امکان اجرای تعهد با عنایت به قدرت شخصی متعهد در نظر گرفته می شود یا عدم امکان مطلق، منظور است؟

به عقیده برخی، راه میانه و قابل قبول این است که انسانی متعارف ملاک قرار گیرد. چرا که حقوق نمی تواند نیرویی برتر از آنرا از طرف قرارداد انتظار داشته باشد و از او بخواهد که همچون انسانی افسانه ای رفتار کند (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ب)، ص ۱۴۸). در مقابل بعضی دیگر فقدان شخصی قدرت را مانند فقدان مطلق آن، سبب بطلان معرفی کرده اند. به نظر ایشان روایات فقهی، نفی غرر و سفهی یا غیر عقلایی بودن معامله دلالت بر این عیده دارد (شهیدی، ۱۳۷۵، ص ۵۰). به عنوان مثال، اگر شخصی مزرعه خود را مهریه قرار دهد، در حالی که ثالثی آن را غصب کرده، به گونه ای که نه مرد و نه همسر او توانایی تصرف و قدرت بر تسلیم یا تسلیم آنرا نداشته باشند، بنا به نظریه شخصی مهریه باطل است. اما اگر تسلیم توسط ثالث مقدور باشد بنا به نظریه نوعی مهریه باطل نخواهد بود.

بنا به نظریه نوعی نمی توان مهریه هایی سنگین که بطور کلی بر عهده مرد قرار گرفته و متناسب با توانایی ها و موقعیت او نباشد را باطل دانست چراکه اجرای آن توسط دیگری ممنوع نیست. به عنوان مثال، شخص ثالثی می تواند مطابق ماده ۲۶۷ قانون مدنی از جانب مرد، دین او را ادا نماید. به همین ترتیب اجرای تعهداتی که قائم به شخص او نیست، توسط سایرین مجاز است. در حالی که بنا به نظریه شخصی، محض التزام به مهریه هایی سنگین که بر عهده قرار می گیرد و وی توان ادای آن را ندارد، باطل خواهد بود.

۴-۴: نتیجه و انتخاب نظر برتر

ممکن است گفته شود زبونی ها و ناتوانی های ویژه مرد در پرداخت، نباید باعث بطلان تعهد و در نتیجه معاف شدن او از پرداخت مهر المسمی شود و به زیان زن توسط مرد مورد استفاده قرار گیرد. اما با در نظر گرفتن تمام جهات و دلایل بدست می آید که محض ناتوانی متعهد، به شرطی که واقعی باشد، باعث صدق عنوان غرر خواهد شد و در نتیجه هرگاه زوج، مهریه ای بر عهده گیرد که توان مالی پرداخت آن را نداشته باشد، توافق مربوط به مهریه غرری و باطل خواهد بود. علاوه بر جهاتی که در تأیید این نظریه ارائه شد، سایر ادله ای که ضرورت

قدرت بر تسلیم را ثابت می‌نماید، مثل روایت مشهور «لا تبع ما لیس عندک» که عبارت کنایی "عندک" در این روایت بنا به نظر صحیح، ناظر به صورت تسلط تام و بالفعل است (انصاری، همان: ۱۲۸)، نیز به خوبی دلالت بر مدعای ما دارد. چرا که اگر زوج، مهریه ای سنگین بر عهده گیرد به طوری که توان تسلیم و اجرای آن را نداشته باشد به منزله آن است که چیزی را معامله کرده که در نزد او نیست و مشمول نهی روایت مزبور است.

دلایلی که در توجیه نظر مقابل ارائه شده نیز قابل نقد است چرا که:

الف: هرچند بحث از قدرت بر تسلیم در مورد شرایط مورد معامله یا مورد تعهد آمده اما با توجه به مبانی استدلالی و ادله ای که توجیه کننده ضرورت قدرت بر تسلیم است، بدست می‌آید که فقها مقذور التسلیم بودن مورد معامله را مقدمه ای برای بحث مورد نظر خود قرار داده اند تا متعاقبا ثابت نمایند هرگاه متعهد توان تسلیم نداشته باشد معامله غرری و باطل است. و ایشان مقذور التسلیم بودن مورد معامله را منحصرأ به عنوان وصفی از اوصاف مورد معامله مد نظر قرار نداده اند چرا که ارزیابی این صفت با مشاهده نفس تعهد بدون در نظر گرفتن طرفین تعهد عرفا ممکن نیست.

ب: مثال های ارائه شده مثل اسب یا شتر فراری و امثال آن از باب نمونه طرح شده و مفید انحصار نیست، ضمن این که نکته اساسی عنایت به مبانی و ادله ای است که ضرورت قدرت بر تسلیم را اثبات می‌نمایند. توجه به این ادله از جمله ادله مربوط به پرهیز از معاملات غرری به خوبی نشان می‌دهد فرضی که متعهد نیز توان تسلیم ندارد از مصادیق معاملات غرری است. بنابراین مثال های ارائه شده نمی‌تواند منبع استنباطی تلقی گردد.

ج: در مثال معامله دو زندانی که امیدی بر آزادی آنها نیست نیز ممکن است در بعضی فرض ها معامله صحیح و در بعضی موارد به علت ناتوانی در تسلیم باطل باشد. در این مثال هرگاه وکیل و نماینده یا قائم مقام آنها و یا اشخاص ثالث با هزینه متعهد بتوانند در خارج از زندان تعهدات ایشان را به انجام برسانند، قرارداد صحیح است. اما اگر متعهد ولو از طریق سایر اشخاص توان اجرای تعهد خود را در مقابل دیگری به هیچ صورتی نداشته باشد به طوری که باعث صدق عنوان غرر شود، معامله باطل و بلا اثر خواهد بود.

د: ماده ۳۸۰ قانون مدنی نیز مربوط به ناتوانی طاری است که پس از عقد عارض می‌شود و نباید از آن درباره ناتوانی هنگام عقد استفاده کرد.

ماده ۶۹۰ قانون مدنی نیز که در عقد ضمان، ملائت ضامن را شرط نمی‌داند، قاعده ای عام ارائه نمی‌کند تا بتوان با استناد به آن در سایر موارد نیز عدم توانایی یا ملائت متعهد در اجرای تعهد را بی اثر تلقی کرد. چرا که ضمان از عقود مسامحه محسوب است و به منظور سودجویی تشریح نشده، بلکه هدف اصلی آن ارفاق به مدیون و گره‌گشایی از کار اوست. در این نظام،

ضامن نیز در زمره نیکوکاران است و قانون گذار سخت گیری بر او را روا نمی دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۲۴۷).

هـ هرچند دسترسی به ملالت یا عدم ملالت متعهد در معنای شخصی می تواند سخت و دیریاب باشد و چه بسا در مقام رسیدگی با متمکن مفلس نما مواجه شویم، این امر نمی تواند باعث تغییر تفسیر در مقام تحلیل امور ثبوتی گردد. و از این دریچه منحصرأ می توان به قانون گذار پیشنهاد تدوین مقرراتی داد که باعث تسهیل در امر اثبات گردد.

توجه به این نکته نیز ضروری است که اگر شخص دیگری غیر از زوج مثل برادر و یا پدر او مهریه را بر عهده گیرد و قدرت بر ادا داشته باشد، باعث تصحیح ناتوانی مربوط به مهریه نخواهد شد. چرا که تعهدات ناشی از قرارداد ناظر بر طرفین آن قرارداد است و ذمه اشخاص ثالث به طور مستقیم به خاطر تعهد شخص دیگری مشغول نمی شود، مگر آنکه پس از توافق بر مهر در زمان عرفی اندک و مناسب در فرض عدم قدرت مرد بر تأدیه ثالث دین مزبور را یا به صورت تبدیل تعهد از طریق تبدیل متعهد و یا به صورت ضمان و امثال آن بر عهده گیرد که موضوع به منزله ناتوانی موقت خواهد بود و خللی بر صحت تعهد وارد نمی آورد. به علاوه مقرراتی مثل ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی^۱ و ملاک مستفاد از مواد ۲۳۸ و ۲۳۹ قانون مدنی که امکان اجرای تعهد توسط ثالث و به هزینه متعهد را در فرض امتناع او پیش بینی می کنند در بحث مورد نظر قابل استناد نیست. چرا که در این موارد اجرای تعهد لاقبل با هزینه متعهد مقدور است. در حالی که منظور از مهریه غیرقابل تسلیم فرضی است که اجرای تعهد مربوط به مهر مطلقاً از توانایی متعهد خارج است.

۵- محدوده استناد به قاعده غرر در مهریه های غیر مقدور التسليم

در ارتباط با محدوده استناد به قاعده غرر برای حکم به ابطال مهریه های غیر مقدور التسليم، ذکر چند نکته ضروری است که به شرح آن می پردازیم:

۵-۱- در تمامی مواردی که مهریه به علت داشتن خصوصیتی در طبع خود و یا به علت وضعیت زوج مقدور التسليم نباشد و از طرفی وضع به گونه ای باشد که عادتاً و طبق روال عادی امور، ادای آن مهر غیر ممکن باشد، استناد به قاعده غرر یا خطر موجه نیست. چون غرر و خطر در موردی صادق است که احتمال تسلیم نیز عرفاً ولو به صورت ضعیف وجود داشته

۱. ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی: «هر گاه محکوم به انجام عمل معینی باشد و محکوم علیه از انجام آن امتناع ورزد و انجام عمل به توسط شخص دیگری ممکن باشد محکوم له می تواند تحت نظر دادورز آن عمل را به وسیله دیگری انجام دهد و هزینه آن را مطالبه کند و یا بدون انجام عمل هزینه را به وسیله قسمت اجرا از محکوم علیه مطالبه نماید. در هریک از موارد مذکور دادگاه با تحقیقات لازم و در صورت ضرورت با جلب نظر کارشناسی میزان هزینه را معین می نماید.»

باشد. اما اگر وضعیت به گونه ای باشد که احتمال عقلایی و عرفی مناسبی ولو بطور ضعیف مبنی بر مقذور-التسلیم بودن وجود نداشته باشد، استناد به قاعده غرر موجه نیست (انصاری، ۱۳۷۴، ص ۱۲۷). هرچند از منظر حقوقی این نوع مهریه نیز به علت غیر مقذور التسلیم بودن باطل خواهد بود. چرا که مقذور التسلیم بودن در حقوق ایران شرطی علیحده است و صدق عرفی آن بر این مورد نیز محرز است. اما در فقه برای بررسی شرط قدرت بر تسلیم باید به مبانی آن مراجعه کرد و با مراجعه به مبانی و مطالعه مفهوم غرر روشن می شود زمانی می توان ناتوانی بر تسلیم را غرری دانست که لااقل امکان عرفی تسلیم ولو به طور ضعیف وجود داشته باشد. البته در فقه برای بطلان تعهدی که امکان عرفی بر تسلیم آن وجود نداشته باشد، از ادله دیگری استفاده شده است (انصاری، ۱۳۷۴، ص ۱۲۸).

۵- ۲- ممکن است گفته شود، بر عهده گرفتن مهریه سنگین توسط مرد در صورتی که تأدیه آن خارج از توانایی او باشد، عملی غیرعقلایی و سفهی است و به علت سفهی بودن توافق مزبور باطل و بی اثر است. اما واقع این است که ممکن است مرد به علت علاقه فراوان به وصلت و انگیزه فوق العاده به تحقق نکاح و جلب رضایت طرف مقابل مهریه سنگینی بر عهده گرفته باشد و این قبیل اقدامات از امور سفهی و غیر عقلایی تلقی نمی شوند. حتی برعکس ممکن است عقلا در بعضی موارد، مردی را ملامت نمایند که به بهانه پرهیز از مهریه سنگین، ازدواج مناسبی را از دست داده باشد. در همین راستاست که مرحوم شیخ انصاری می فرماید: «نهی شارع از معامله غرری به منظور بستن باب مخاطره و پرهیز از خطراتی است که منجر به درگیری و نزاع در معاملات می شوند و این نهی به خاطر نهی عقلا نیست تا به افراد سفیه یا کسانی که خود را سفیه می نمایند، اختصاص یابد» (انصاری، ۱۳۷۴، ص ۱۲۷). بنابراین به نظر می رسد مهریه غیر مقذور التسلیم داخل در قلمرو قاعده غرراست و به همین دلیل باطل است.

۵- ۳- ممکن است که طرفین، تعهد به مهریه غیر مقذور را ضمیمه و فرع مهریه مقذور التسلیم قرار دهند. در این صورت نمی توان با استناد به غرری بودن توافق، مهریه مزبور را باطل دانست. به عنوان مثال، مرد می تواند باغ مشخص و معلومی را مهر قرار دهد و به عنوان ضمیمه مهر مبلغی سنگین را نیز بر عهده گیرد که پرداخت آن در حدود توانایی وی نیست. به دلیل این که ضمیمه عنوان تابع را دارد و در مورد تابع چشم پوشی هایی می شود که در مورد

۱. «فلاولی ان هذا النهی من الشارع لسد باب المخاطرة المفیضة الى التنازع فی المعاملات و لیس منوطا بالنهی من العقلاء لیخص مورد بالسفهاء او المتسفهة.»

متبوع نمی شود^۱ مثلاً وقف بر معدوم صحیح نیست ولی طبق ماده ۶۹ قانون مدنی وقف بر معدوم به تبع موجود درست است و بیع معدوم نیز به تبع موجود صحیح است. مثلاً میوه موجود بر درختان باغی را به ضمیمه میوه سال بعد که معلوم نیست چقدر است فروخته می شود. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ص ۷۹۰). در فرض مورد نظر ما نیز اصل مهر مقدور التسلیم است و مقدار غیر مقدور التسلیم به عنوان ضمیمه و تابع قرار داده شده است و بلا اشکال است.

۶- بررسی موضوع بنابراین که قدرت بر تسلیم شرط است یا عجز از تسلیم

مانع صحت مهر

یکی از مباحثی که در ارتباط با ضرورت قدرت بر تسلیم مهر قابل طرح می باشد این است که آیا قدرت بر تسلیم مهر، شرط است یا این که عجز از تسلیم مهر مانع صحت آن است؟ این موضوع در قواعد عمومی و در مباحث مربوط به بیع، مورد توجه فقها قرار گرفته و بعضی عجز از تسلیم را مانع صحت عقد می دانند (نجفی، ۱۳۶۷، ص ۳۸). اما به عقیده بعضی دیگر قدرت بر تسلیم شرط صحت عقد است (انصاری، ۱۳۷۴، ص ۱۳۳). به نظر ایشان عجز و ناتوانی امری عدمی است، در حالی که باید مانع از امور وجودی باشد. پس نمی توان پذیرفت که عجز مانع صحت عقد به شمار آید.

ممکن است گفته شود ثمره این بحث در صورت تردید روشن می شود. بدین ترتیب که هرگاه تردید شود، آیا زوج قدرت بر تسلیم مهر را داشته یا از پرداخت آن ناتوان بوده است، اگر قدرت بر تسلیم را شرط صحت بشماریم و در تحقق آن تردید داشته باشیم، اصل بر عدم تحقق شرط است و در نتیجه حکم به بطلان توافق مزبور می دهیم. ولی هرگاه عجز از تسلیم مانع صحت تلقی شود، به استناد همان اصل عدم، وجود مانع منتفی شناخته می شود و در نتیجه عقد صحیح خواهد بود.

اما دقت در موضوع نشان می دهد ثمره بالا مترتب بر اختلاف نظر مزبور نخواهد بود چرا که اگر شک موضوعی باشد و در مفهوم عجز و قدرت و حکم قانونی آن تردید نباشد و فقط در توانایی یا عجز زوجی در پرداخت مهریه تردید کنیم، از دو حال خارج نیست؛ یا در گذشته این شخص توانایی و ملائت کافی داشته یا نداشته، در صورت اول استصحاب ملائت و در صورت دوم استصحاب عدم قدرت یا استصحاب عجز می شود، بدون آن که شرطیت قدرت یا مانعیت عجز نقشی داشته باشد. بدین ترتیب که مثلاً اگر زوج مدتی کوتاه قادر بر ادای مهر نباشد اما با توجه به شغل و درآمدش می تواند در مهلت مناسب عرفی مهریه را ادا کند آیا از

۱. این قاعده در محاورات اهل فن به صورت فرمولی «Adage» مشهور در آمده و گفته می شود: «یغتفر فی التابع ما لا یغتفر فی غیره».

شمول عموماتی مثل اوفوا بالعقود و امثال آن خارج می‌شود یا داخل در عمومات مزبور باقی می‌ماند. در اینجا چه عجز را مانع بدانیم و چه قدرت بر تسلیم مهر را شرط بدانیم، اصالة الصحة و ماده ۲۲۳ قانون مدنی ایران به علت تحقق شکل عرفی توافق جریان می‌یابد و به همین دلیل قرارداد صحیح تلقی می‌شود.

البته قابل ذکر است که در حدود جریان اصالة الصحة و احیانا تعارض آن با سایر اصول و امارات دیگر چه اصول و امارات دیگر در جهت آن باشد و یا در جهت مقابل باشند، بحث و مناقشه فراوان است (انصاری، بی تا، ص ۷۲۹ و شهیدی، ۱۳۷۹، ص ۲۲۹). اما به نظر می‌رسد که اگر عجز از تسلیم مانعیت داشته باشد، در مقام تردید، اصل موضوعی عدم وجود مانع و اصالة الصحة در یک جهت جریان می‌یابند که با اجرای اصل عدم مانع، نوبت اجرای اصالة الصحة نمی‌رسد. هرچند نتیجه هر دو صحت است اما چون اصالة العدم از اصول عملیه و اصالة الصحة طبق نظر برتر از امارات است، می‌تواند سرمنشأ آثار متفاوت از جمله حجیت مثبتات عقلی و یا عدم حجیت مثبتات عقلی گردد.

۷- وضعیت مهریه در صورت بطلان

هرگاه بپذیریم که مهرالمسمی به دلیل غیر مقدر التسلیم بودن باطل است، موضوع حکم صورتی را خواهد یافت که مهریه مجهول باشد و یا مالیت نداشته باشد. در این صورت زن مستحق مهر المثل است، یعنی مهری که با توجه به وضع شخصی، خانوادگی و اجتماعی زن و با لحاظ اقران و امثال او تعیین می‌شود. هرچند ظاهر قانون مدنی تفاوتی میان قبل از نزدیکی و بعد از آن قائل نشده، اما با توجه به این که مهر المسمی در فقه امامیه که مقررات قانون مدنی محمول بر تبعیت از آن است، در صورتی بر عهده شوهر قرار می‌گیرد که نزدیکی واقع شده باشد، باید گفت زن بعد از عمل زناشویی، مستحق مهر المثل می‌شود (محقق داماد، ۱۳۷۹، ص ۲۷۶).^۱ و با بطلان مهریه قبل از نزدیکی، مستحق هیچگونه مهری نیست جز در صورتی که زن مطلقه شود که در این حال مستحق مهر المتعه خواهد بود. برای تعیین مهر المتعه حال مرد از حیث غنا و فقر ملاحظه می‌شود «ماده ۱۰۹۴ قانون مدنی ایران».

قابل ذکر است که هرچند ماده ۱۰۹۳ قانون مدنی به صورتی اشاره دارد که مهر در عقد ذکر نشده «تفویض البضع»، اما تتبع انجام شده نشان می‌دهد تفاوتی میان مواردی که مهر باطل است با موارد مربوط به مفوضه البضع ننهاد و در تمامی موارد گفته اند با نزدیکی، مهر المثل

۱. بعضی از استادان حقوق ایران اعتقاد دارند که نزدیکی شرط استحقاق مهر المثل نیست و در این خصوص به دلایلی از جمله ماده ۱۱۰۰ قانون مدنی نیز اشاره کرده اند (کاتوزیان، ۱۳۷۱، الف) صص ۱۲۴ و ۱۲۵).

بر عهده زوج قرار می‌گیرد و قبل از آن زوجه مستحق دریافت چیزی نمی‌باشد و چنانچه طلاق قبل از نزدیکی تحقق یابد زوج ملزم به پرداخت مهر المتعنه خواهد بود (محقق داماد، ۱۳۷۹، ص ۲۷۶).

ممکن است گفته شود، اگر مهر غیر مقدور التسليم عين معين باشد، مرد موظف است طبق قسمت اخیر ماده ۱۱۰۰ قانون مدنی مثل یا قیمت بدهد (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۶۷۴). آنچه این گفته را تأیید می‌کند، احترام به قصد طرفین است که اگر عين مهر به دلیلی به ملکیت زن در نیاید، قیمت آن پرداخته شود. منتها چون این نظر در جایی که مهریه مالیت ندارد یا مجهول است قابل اجرا نیست، ماده ۱۱۰۰ قانون مدنی حکم به پرداخت مهر المثل نمود و الا در فرض مورد نظر ما همچون قسمت اخیر ماده ۱۱۰۰ یافتن مالی که وضعیت را حتی الامکان به حالت سابق نزدیک کند ممکن است. لذا مورد را باید مشمول قسمت اخیر ماده ۱۱۰۰ دانست. اما باید دانست که این عقیده در ارتباط با کلی و یا تعهد به مهریه های کلی و سنگین که محل بحث ماست، قابل اجرا نیست و نمی‌توان در صورت بطلان حکم به مثل یا قیمت داد. چرا که محل فرض مثل یا قیمت، چیزی جز همان مهریه سنگین نیست. بنابراین مسلماً در این فرض باید به اجرای قسمت اول ماده ۱۱۰۰ قانون مدنی اعتقاد داشت.

راه حل دیگر که از حیث تطبیق با اراده طرفین سازگار تر می‌باشد، بطلان جزئی مهریه به نسبت میزان غیر مقدور است. برای مثال، اگر میزان مهر تعیین شده هزار سکه باشد و مرد توانایی پرداخت پانصد سکه را داشته باشد، اعتقاد به تجزیه مهر و اختصاص بطلان به همان میزان غیر مقدور، قوی به نظر می‌رسد. قانون مدنی ایران در ماده ۳۷۲، با تجزیه عقد به دو بخش مجزا مانع بطلان کلی عقد شده است. ولی در این گونه موارد، به خاطر این که از تجزیه موضوع، به ذی نفع ناآگاه زیانی بار نشود، به او اختیار داده شده معامله را نسبت به بخش درست نیز فسخ نماید. در این صورت مجدداً قسمت اول ماده ۱۱۰۰ قانون مدنی قابل اعمال است.

نتیجه

بنا به آنچه به اختصار گذشت، مطالعه منابع فقهی نشان می‌دهد مهریه های سنگین که ادای آن خارج از توان مرد است به علت غیر مقدور التسليم بودن باطل شناخته نشده اند. چرا که هرچند در فقه مهر المسمی با توافق طرفین تعیین می‌شود، اما هیچ گاه به عنوان یک قرارداد از آن یاد نشده است. از طرف دیگر همانطور که می‌دانیم عمده دلیل ضرورت مقدور التسليم بودن مورد تعهد، پرهیز از غرر است. درحالی که فقها گاه جریان این قاعده را در مهر به کلی انکار کرده اند و گاه نیز با تجزیه مفهوم غرر متذکر شده اند که، با مشاهده یا توصیف

مهر قسم عمدۀ غرر از آن رفع می‌شود و دلیلی برای پرهیز از قسمت باقی نیست. به عبارت دیگر چون مهر از معاوضات محضه به شمار نمی‌آید و از طرفی نیز در ادله فقهی از مهر به نحله و امثال آن تعبیر شده، به دست می‌آید که جریان تمامی ضوابط معاملات در آن مستند به دلیلی نیست.

به عکس بررسی مقررات و مبانی حقوق ایران چند احتمال را به شرح ذیل تقویت می‌کند:
 ۱- توافق راجع به مهر دارای یک ماهیت قراردادی است و یک عقد تبعی تلقی می‌گردد. بنابراین باید از قواعد عمومی صحت قراردادها از جمله شرط مقدور التسليم بودن مهر نیز تبعیت نماید

۲- ضرورت وجود شرط «مقدور التسليم بودن» هرچند به طور کلاسیک در مبحث قواعد قراردادها مورد بحث قرار می‌گیرد، اما به واقع قدرت بر تسلیم از شرایط تعهداتی است که در اثر توافقات قانونی افراد بر عهده متعهد قرار می‌گیرد. بنابراین هرچند دلایل استقلال قراردادی مهریه به کمال نرسد، چون تردیدی در وضعیت الزام آور بودن مهر المسمی به عنوان یک تعهد تمام عیار نداریم، به همین دلیل نیز باید مقدور التسليم باشد.

۳- «قاعده غرر» به عنوان عمدۀ دلیل مقدور التسليم بودن مورد عقد یا تعهد اختصاص به چند نوع محدود از عقود ندارد، بلکه دقت در موضوع، از جریان آن در کلیه تعهداتی حکایت دارد که بنای طرفین در تشکیل آنها بر مبنای اغماض و گذشت نیست.

۴- تجزیه موارد جریان قاعده غرر در مهر، متکی بر دلایلی قطعی و تحلیلی نیست. از اینرو نمی‌توان گفت با مشاهده یا توصیف، قسم عمدۀ غرر منتفی است و قسم باقی نیز به دلایلی همچون «نحله» نامیده شدن آن معفو است چرا که اولاً تبعیض در جریان قاعده، یعنی اجرای آن در بعضی از موارد و پرهیز از اجرای آن در سایر موارد با آن که موارد استثنا شده کم اهمیت تر از عناوینی که قاعده در آن جریان یافته نیست، تکلفی است که قائل به آن، منحصر، می‌تواند با ارائه نصوص قطعی مدعای خود را به اثبات برساند. ثانیاً هر چند در ادله قرآنی و سنت، از مهر، گاه به نحله تعبیر شده، نمی‌توان بر اساس آن مهر را یک توافق احسانی محض تلقی کرد. چرا که مهر اجر و فریضه نیز نامیده شده و این اسامی ضرورت دقت در تعیین و محاسبه را به خوبی نشان می‌دهد. ضمناً عرف نیز در تعیین مهر المسمی بنا بر مسامحه و احسان محض ندارد.

۵- مطالعه قواعد عمومی مربوط به شرط «قدرت بر تسلیم»، نشان می‌دهد این شرط از اوصاف مربوط به متعهد است. بنابراین متعهد به مهر به خاطر پرهیز از غرر منهی و از طرفی ضرورت رعایت شرط فوق الذکر، باید توان اجرای تعهد را داشته باشد. روشن است هرگاه

قدرت بر تسلیم از اوصاف مورد تعهد تلقی گردد ولو اعتقاد به جریان قاعده غرر در مهر نیز داشته باشیم، تعهد به مهریه سنگین به این گونه مهریه ها خللی وارد نخواهد کرد.

۶- هر چند می توان مهریه خارج از توان متعهد را به صورت ضمیمه مهریه مقدور تسلیم قرار داد و بدین ترتیب فرع نیز به تبع اصل صحیح تلقی خواهد شد، اما به نظر می رسد درج عباراتی مثل «عند القدره و الاستطاعه» با عنایت به مبانی حقوق ایران باعث بطلان مهر المسمی یا تجزیه آن خواهد شد.

منابع و مأخذ

۱. آشتیانی، میرزا محمود، (بی تا)، کتاب النکاح «تقریرات بحث آیت الله حائری»، مشهد، چاپخانه خراسان.
۲. امام، محمد کمال الدین، (۱۴۱۶ق)، الزواج و الطلاق فی الفقه الاسلامی، بیروت، المؤسسة الجامعیة للدراسات و النشر و التوزیع.
۳. امامی، سید حسن، (۱۳۷۱ش)، حقوق مدنی، ج ۱، چ ۱۱، کتابفروشی اسلامیة.
۴. انصاری، مرتضی، (بی تا)، فرائد الاصول، ج ۲، قم، مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجامعة المدرسین.
۵. انصاری، مرتضی، (۱۳۷۴ش)، کتاب المکاسب، ج ۲، چ ۳، انتشارات دهقانی.
۶. انصاری، مرتضی، (۱۴۱۵ق)، کتاب النکاح، ج ۱، مؤسسة الکلام و مؤسسة الهادی.
۷. شهیدثانی، زین الدین، (۱۳۸۷)، شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۳، بیروت، دارالعلم.
۸. شهید ثانی، زین الدین، (۱۴۱۶ق)، مسالک الافهام، ج ۸، چ ۱، مؤسسة المعارف الاسلامیة.
۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۲ش)، ترمینولوژی حقوق، چ ۶، تهران، گنج دانش.
۱۰. حر عاملی، محمد بن الحسن، (بی تا)، وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، ج ۱۵، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۱۱. حسینی شیرازی، سید محمد، (بی تا) ایصال الطالب الی المکاسب، ج ۹، تهران، مؤسسه الاعلمی.
۱۲. حلی، جعفر بن الحسن، (۱۴۱۲ق) شرایع الاسلام، ج ۲، چ ۳، تهران، انتشارات استقلال.
۱۳. خمینی، سید روح الله، (۱۴۰۳ق)، تحریر الوسیلة، ج ۲، چ ۴، منشورات مکتبه الاعتماد.
۱۴. خوانساری، سید احمد، (۱۳۶۴ش)، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، ج ۴، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
۱۵. شهیدی، مهدی، (۱۳۷۹ش)، اصول قراردادها و تعهدات، ج ۲، چ ۱، عصر حقوق.
۱۶. شهیدی، مهدی، (۱۳۷۵ش)، مجموعه مقالات، چ ۱، نشر حقوقدانان.
۱۷. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، (۱۴۰۷ق)، هداية الطالب الی اسرار المکاسب، قم، مکتبه آية الله المرعشی.
۱۸. صفایی و امامی، سید حسین و اسدالله، (۱۳۷۷ش) حقوق خانواده، ج ۱، چ ۶، انتشارات دانشگاه تهران.
۱۹. طبرسی، ابو علی، (۱۴۰۶)، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، ج ۳، دار المعرفه.
۲۰. طوسی، ابو جعفر، (۱۴۰۷ق)، الخلاف، ج ۴، چ ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۲۱. علم الهدی، الشریف المرتضی، (۱۴۱۵ق)، الانتصار، ج ۱، قم، مؤسسة النشر الاسلامی.
۲۲. غزالی، ابو حامد، (۱۴۰۲)، احیاء علوم الدین، ج ۲، بیروت، دار المعرفه.
۲۳. قرشی، علی اکبر، (۱۳۵۴ش)، قاموس قرآن، ج ۵، دار الکتاب الاسلامیة.
۲۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۱ش)، حقوق خانواده، ج ۱، چ ۳، تابستان، شرکت انتشار.
۲۵. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۱ش)، عقود معین، ج ۱، چ ۴، زمستان، شرکت انتشار.
۲۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶ش)، عقود معین، ج ۴، چ ۲، شرکت انتشار.
۲۷. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۹ش)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چ ۴، پاییز، نشر دادگستر.

۲۸. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۹ش)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ج ۲، انتشارات بهنشر.
۲۹. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۴ش)، نظریه عمومی تعهدات، ج ۱، تهران، زمستان، نشر یلدا
۳۰. مامقانی، شیخ عبدالله، (۱۴۰۴ق)، مناهج المتقین فی فقه ائمة الحق و الیقین، قم، موسسه آل البيت.
۳۱. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۷۹ش)، حقوق خانواده، ج ۷، پاییز، مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۲. محمد الشیخ، محمود، (۱۴۲۰ق)، المهر فی الاسلام بین الماضی و الحاضر، ج ۱، بیروت، المكتبة العصرية.
۳۳. نائینی، میرزا حسین، (بی تا) منیة الطالب، تهران.
۳۴. نجفی، محمد حسن، (۱۳۶۷ش)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۲، ج ۳، دار الكتاب الاسلامیة.
۳۵. نجفی، محمد حسن، (۱۳۶۷ش)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۳، ج ۳، دار الكتاب الاسلامیة.