



فهرست مطالب



۹.....	ادله لزوم رفع جهالت از مهریه در نکاح دائم.....
۹.....	چکیده.....
۱۰.....	مقدمه.....
۱۱.....	تبیین نوع رابطه بین مهر و نکاح دائم.....
۱۲.....	تبیین ماهیت نکاح از حیث معارضی، شبه معاوضی و غیر معاوضی.....
۱۵.....	مهریه به عنوان شرط ضمن عقد نکاح.....
۱۶.....	آراء تعدادی از فقهاء راجع به مقوله‌ی جهالت در خصوص مهریه.....
۱۸.....	نتیجه گیری.....
۱۹.....	کتابنامه (به ترتیب حروف الفبا).....
	ادله قائلین به معاوضی بودن ضمان زوج نسبت به مهریه در تعلق مهرالمثل در صورت تلف مهریه
۲۱.....
۲۱.....	چکیده.....
۲۲.....	مقدمه.....
۲۲.....	ضمان زوج نسبت به مهریه.....
۲۵.....	ثمره بحث نوع ضمان زوج نسبت به مهریه.....
۲۷.....	میزان ضمان زوج در فرض تلف مهریه با بررسی ملاک قیمت.....
۲۸.....	ادله قائلین به معاوضی بودن ضمان مهریه.....
۳۰.....	نقد به قائلین معاوضی بودن ضمان مهریه.....
۳۱.....	نتیجه گیری.....
۳۲.....	کتابنامه (به ترتیب حروف الفبا).....
۳۴.....	بررسی غرر و بطلان در مهریه سنگین و نامتعارف از منظر فقه و حقوق.....
۳۴.....	چکیده.....
۳۴.....	مقدمه.....



۳۵	مهریه
۳۶	مهریه در نگاه فقه
۳۹	نتیجه گیری
۴۰	کتابنامه (به ترتیب حروف الفبا)
۴۱	بررسی استحقاق زوجه نسبت به نفقه آینده
۴۱	چکیده
۴۱	واژگان کلیدی
۴۲	مقدمه
۴۳	مفهوم نفقه
۴۴	تکلیف زوج نسبت به نفقه زوجه
۴۵	ارتباط نفقه با دیگر تعهدات زوجین
۴۵	استحقاق زوجه نسبت به نفقه
۴۶	استحقاق زوجه نسبت به نفقه آینده
۴۶	ذی حق نبودن زوجه نسبت به نفقه آینده
۴۷	ذی حق بودن زوجه نسبت به نفقه آینده
۴۷	ذی حق بودن زوجه نسبت به نفقه آینده و ذی حق نبودن از نظر اقامه دعوا
۴۸	نتیجه گیری
۵۲	کتابنامه (به ترتیب حروف الفبا)
۵۳	بررسی فقهی حقوقی عدم پرداخت نفقه و نشوز زوج
۵۳	چکیده
۵۳	مقدمه
۵۴	معنا شناسی
۵۶	گستره نشوز زوج
۵۶	معاشرت به شیوه پسندیده
۵۷	انفاق زوجه
۵۸	حق قسم و موافقه
۵۹	مصادیق نشوز زوج



۵۹.....	شرایط نشوز زوج.....
۵۹.....	اثبات تکلیف.....
۶۰.....	ضمانت اجرای فقهی حقوقی عدم پرداخت نفقه به زوجه.....
۶۲.....	وظایف مالی زوج در قانون مدنی و ضمانت اجرای آن.....
۶۴.....	وجوب تکسب زوج در ارتباط با پرداخت نفقه.....
۶۴.....	نتیجه گیری.....
۶۶.....	کتابنامه (به ترتیب حروف الفبا):.....
۶۸.....	وجوب یا عدم وجوب نفقه زوجه صغیره.....
۶۸.....	چکیده.....
۶۸.....	مقدمه.....
۶۹.....	بررسی اقوال فقها در مورد نفقه صغیره.....
۷۲.....	زوجه کبیره و زوج صغیر.....
۷۲.....	مالکیت بر بضع زوجه صغیره با ملاک حق الطاعه و ارتباط آن با نفقه.....
۷۲.....	ماهیت بضع.....
۷۳.....	حق الطاعه.....
۷۴.....	معاوضی بودن نکاح.....
۷۵.....	غیر معاوضی بودن نکاح.....
۷۶.....	نتیجه گیری.....
۷۷.....	کتابنامه (به ترتیب حروف الفبا).....
	بازپژوهی آثار اسقاط کلی حق قسم از ناحیه زوجه و تاثیر نشوز زوج از ایفای حق قسم در نظام
۸۰.....	حقوقی ایران.....
۸۰.....	چکیده.....
۸۰.....	مقدمه.....
۸۱.....	اسقاط کلی حق قسم از طرف زوجه را بر اساس حقوق متقابل، مصلحت خانواده و حقوق فرزندان.....
	نشوز زوج در صورت تخلف از قسم در قوانین موجود و بررسی امکان عدم تمکین زوجه به دنبال نشوز
۸۴.....	زوج.....
۸۹.....	نتیجه گیری.....



۸۹.....	کتابنامه (به ترتیب حروف الفبا).....
۹۲.....	مفهوم عدالت و حق قسم در آراء فقهای امامیه.....
۹۲.....	چکیده.....
۹۳.....	مقدمه.....
۹۵.....	شرایط تعدد زوجات.....
۹۶.....	آثار و احکام چندهمسری.....
۹۷.....	مفهوم، ماهیت، مقتضا و چگونگی اجرای حق قسم.....
۱۰۰.....	عدالت در تعدد زوجات و حق قسم.....
۱۰۴.....	یافته‌های پژوهش.....
۱۰۶.....	نتیجه‌گیری و جمع‌بندی بحث.....
۱۰۷.....	کتابنامه (به ترتیب حروف الفبا):.....
۱۱۲.....	ادله‌ی فقهی اثباتی و سلبی حق قسم زوجه واحد.....
۱۱۲.....	چکیده.....
۱۱۲.....	مقدمه.....
۱۱۳.....	تعریف حق قسم.....
۱۱۳.....	حکمت‌های تشریح حق قسم.....
۱۱۴.....	دیدگاه‌های فقهی در مورد حق قسم.....
۱۱۵.....	مستندات مبانی.....
۱۱۹.....	دیدگاه برگزیده.....
۱۱۹.....	قوانین موجود در مورد حق قسم.....
۱۲۱.....	نتیجه‌گیری.....
۱۲۲.....	کتابنامه (به ترتیب حروف الفبا).....
۱۲۴.....	بررسی فقهی و حقوقی مسئله عزل در نکاح.....
۱۲۴.....	چکیده.....
۱۲۵.....	مقدمه.....
۱۲۵.....	مفهوم شناسی.....
۱۲۶.....	دیدگاه اول: حق زوج بر داشتن فرزند.....



۱۲۷.....	دیدگاه دوم: حق زوجه بر داشتن فرزند.....
۱۲۸.....	دیدگاه سوم: عدم وجود حق ابتدایی بر هر یک از زوجین.....
۱۲۸.....	دیدگاه چهارم: تقدم حق هر یک از زوجین که خواهان فرزند باشد.....
۱۳۰.....	بررسی حقوقی مسئله عزل.....
۱۳۵.....	حالات عزل.....
۱۴۰.....	الحاق ولد با وجود عزل.....
۱۴۱.....	نتیجه گیری.....
۱۴۲.....	کتابنامه (به ترتیب حروف الفبا).....

ادله لزوم رفع جهالت از مهریه در نکاح دائم

فاطمه جعفرپور^۱

چکیده

نکاح اعم از دائم و منقطع یکی از مهمترین عقود در عالم فقه و حقوق اسلامی محسوب می‌شود. این نوع عقد اهمیت خود را از آن جا می‌یابد که اثری قابل توجه و غیر قابل قیاس نسبت به سایر عقود در پی دارد که عبارت از حلیت فروج زوجین است. بنابراین تبیین شروط و موانع صحت چنین عقدی از اهمیت و ضرورت ویژه‌ای برخوردار است. از آن جا که مهریه رکن و شرط صحت در نکاح دائم محسوب نمی‌شود، آن چه که در وهله اول به ذهن متبادر می‌شود آن است که معلوم کردن آن از جهت نوع، جنس و وصف ضرورتی نداشته باشد؛ حال آن که مطابق قواعد فقهی و حقوقی، رفع جهالت از مهریه لازم است. بنابراین هدف از نگارش این پژوهش توجیه ضرورت رفع جهالت از مهریه در نکاح دائم است. دستیابی به هدف فوق در گرو پاسخ به سه پرسش است که هر یک در واقع طریقی جهت وصول به آن محسوب می‌گردند و عبارتند از اینکه اولاً؛ حال که مهر رکن و یا شرط صحت در نکاح دائم نیست، پس رابطه بین مهر و نکاح دائم از چه نوعی است؟ ثانیاً؛ نکاح از کدام یک از ماهیت‌های معاوضی، غیر معاوضی و شبه معاوضی برخوردار است؟ ثالثاً؛ در صورت اثبات عوض نبودن مهر، آیا می‌توان به این امر قائل شد که مهریه شرط ضمن عقد نکاح محسوب می‌شود؟ ناگفته نماند که علی‌رغم ظاهر مجزای هر یک از این سه پرسش، پاسخ به آن‌ها در مواردی از همپوشانی قابل توجهی برخوردار است. پس از پاسخ به هر یک از سه پرسش مذکور، مجموعه‌ای از آراء فقها در ارتباط با این مهم ذکر شده است. روش گردآوری داده در این پژوهش از نوع کتابخانه‌ای است و نوع پژوهش تحلیلی-توصیفی است. در خصوص نوع رابطه بین نکاح و مهر باید گفت که مهر اثر شرعی مترتب بر نکاح است. در خصوص ماهیت نکاح نیز، این عقد معاوضه محض نبوده و دارای ماهیتی بینابین عبادت و معاوضه است. بنابراین مهریه عوضی برای نکاح همچون عوض سایر معاملات محسوب نمی‌شود و از الزاماتی است که پس از وقوع نکاح بر ذمه زوج قرار می‌گیرد. همچنین عده‌ای از صاحب نظران بعد از ردّ عوض بودن مهر نسبت به

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد دانشگاه امام صادق (ع) (پردیس خاوران)- گرایش معارف اسلامی و حقوق خانواده



نکاح، این عقد را نوعی عقد مالی و مهر را که در ضمن آن قید می‌شود، نوعی شرط ضمن عقد قلمداد نموده‌اند. نتیجتاً آن که علی‌رغم عدم تأثیر علم به مهر در صحت نکاح دائم، از آن جا که مهر عطیه و هدیه‌ای است که اعطاء آن به زوجه پس از وقوع نکاح بر عهده زوج قرار می‌گیرد، رفع جهالت از آن مطابق احکام فقهی و قوانین حقوقی ضرورت می‌یابد.

کلیدواژگان: مهرالمسمی، نکاح دائم، مهریه مجهول، شرط ضمن نکاح، شبه معاوضات، عوضین عقد نکاح

مقدمه

یکی از قواعد مسلم و پذیرفته شده در باب شروط صحت نکاح دائم آن است که عدم ذکر مهریه در نکاح دائم، برخلاف نکاح موقت، به صحت آن لطمه وارد نمی‌آورد؛ چرا که مهریه در نکاح دائم از ارکان و شروط صحت محسوب نمی‌شود. همچنین از دیگر قواعد موجود در این حوزه آن است که عدم ذکر مهریه در نکاح دائم می‌تواند به سه صورت اتفاق بیفتد: حالت اول آن است که طرفین در خصوص مهریه و میزان و جنس آن سکوت اختیار کرده باشند و حالت دوم آن که طرفین صراحتاً در ضمن نکاح عدم مهر را شرط کرده باشند. حالت دوم نیز خود بر دو شق است؛ اول این که عدم تعیین مهرالمسمی ضمن عقد شرط شده باشد که این شرط صحیح است و دوم آن که طرفین عدم تعیین هیچ نوع مهری را ضمن عقد شرط کرده باشند که چنین شرطی در ضمن عقد نکاح باطل است. حالت سوم نیز آن است که طرفین اجمالاً بر این امر توافق کنند که زن مهریه داشته باشد ولی تعیین جنس و مقدار آن به هر یک از طرفین یا شخص ثالثی واگذار شود. حالت اول و دوم در منابع فقهی به «تفویض بضع» مشهور است و ماده ۱۰۸۷ قانون مدنی ایران مصوب ۱۳۰۷ شمسی که برگرفته از منابع فقهی است در این خصوص بیان می‌دارد که «در این حالت زوجین می‌توانند بعد از وقوع عقد نکاح بر مهریه تراضی کنند و در صورت نزدیکی قبل از تراضی، زن مستحق مهرالمثل خواهد بود». وجود چنین احکامی در باب مهریه نکاح دائم، ضرورت رفع جهالت از مهریه را در چنین نکاحی به چالش می‌کشد؛ چرا که فقدان مهر در این نوع نکاح، آن را با خطر بطلان مواجه نمی‌سازد. بنابراین تأکید منابع فقهی بر لزوم علم به مهریه از جهت نوع و جنس و وصف در نگاه اول با این رویکرد سازگاری ندارد. پاسخ به این شبهه از طریق تبیین نوع رابطه بین مهر و نکاح و نیز تعیین ماهیت نکاح از حیث معاوضی، غیر معاوضی و شبه آن و نیز



تعیین ماهیت مهریه از حیث عوض یا شرط ضمن عقد نکاح بودن آن ممکن است که در ضمن پژوهش به تفکیک مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

تبیین نوع رابطه بین مهر و نکاح دائم

در خصوص ماهیت حقوقی نکاح چند حالت متصور است: یکی رکن بودن و دیگری شرط صحت بودن برای نکاح و سوم اینکه اثر نکاح است. همان طور که می‌دانیم مهر رکن نکاح نیست. همچنین این احتمال که مهر به عنوان شرط صحت عقد دائم تلقی شود و دو طرف پیمان نکاح را به مهر پیوند زنند و عقد را مشروط به تملیک مال به عنوان مهر از سوی شوهر قرار دهند، هم مقبول نیست؛ چرا که به طور معمول انشای عقد به مهر معلق نمی‌شود و شرط صحت هم نیست. (علیمرادی، ۱۳۹۱، ص ۱۴۰) بنابراین در صورت بطلان مهر یا عدم ذکر آن در نکاح دائم یا شرط شدن عدم مهر در ضمن نکاح دائم، عقد نکاح فی نفسه به قوت خود باقی است و همچنان صحیح است. این امر در ماده ۱۰۸۷ قانون مدنی ایران نیز مورد تصریح قرار گرفته است. همچنین قسمت اخیر این ماده بیان می‌دارد: «طرفین می‌توانند بعد از عقد مهر را به تراضی معین کنند و اگر قبل از تراضی بر مهری معین، بین آن‌ها نزدیکی واقع شود، زوجه مستحق مهر المثل خواهد بود». این بدان معناست که مهر رکن و یا شرط صحت نکاح نمی‌باشد، نه اینکه حتی با تراضی بعد از عقد در خصوص آن یا ثبوت مهرالمتعه و مهرالمثل به حکم شرع منتفی باشد. به علاوه در خصوص استحقاق زوجه بر مهر المثل ماده ۱۱۰۰ قانون مدنی نیز اشعار می‌دارد: «در صورتی که مهرالمسمی مجهول باشد یا مالیت نداشته باشد، یا ملک غیر باشد در صورت اول و دوم زن مستحق مهر المثل خواهد بود و در صورت سوم مستحق مثل یا قیمت آن خواهد بود مگر اینکه صاحب مال اجازه نماید».

تنها وجهی که باقی می‌ماند این است که مهر اثر شرعی نکاح باشد. با اینکه مهر رکن عقد نکاح دائم و مقتضای ذات عقد نکاح نیست و در صحت عقد دخالتی ندارد، سبب التزام زوج به پرداخت مهر به زن، ذات عقد نکاح نمی‌باشد، و این بر خلاف احکام بیع و اجاره است که به ترتیب منشأ التزام مشتری به پرداخت ثمن، ذات عقد بیع و منشأ التزام مستأجر به پرداخت اجرت، ذات عقد اجاره است. بنابراین برخلاف بیع و اجاره، وفای به عقد نکاح به معنای پرداخت مهر زن از سوی شوهر نیست. منشأ ثبوت مهر، حکم و الزام شارع است و این الزام در آیه ۴ سوره نساء تجلی یافته است:

«وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً». بر این اساس، رابطه مهر با نکاح رابطه اثر شرعی بر موضوع عرفی نکاح دائم است. اراده زن و شوهر در ثبوت یا نفی مهریه نقشی ندارد و با شرط و قرارداد نمی‌توان مهر را نفی یا اثبات کرد. اراده زوجین تنها در تعیین مقدار و جنس مهر با رعایت قواعد عمومی قراردادهای منشاء اثر است. (علیمرادی، ۱۳۹۱، ص ۱۴۰ و ۱۴۱)

پس اگرچه مهریه رکن و شرط صحت عقد نکاح نیست، اما به حکم شارع که در آیه ۴ سوره نساء تجلی یافته است، اثر شرعی مترتب بر نکاح دائم است و به اراده کسی منتفی نمی‌شود و تعیین آن حال به صورت مهرالمسمی یا مهر المثل یا مهر المتعه بایستی صورت گیرد.

تبیین ماهیت نکاح از حیث معارضی، شبه معاوضی و غیر معاوضی

همچنین پاسخ به این پرسش را بایستی در ماهیت معاوضی یا غیر معاوضی نکاح جستجو کرد. در خصوص ماهیت نکاح از حیث معاوضی یا غیر معاوضی بودن آن، فقهای امامیه برخلاف شافعی‌ها و مالکی‌ها عقد نکاح را معاوضه حقیقه نمی‌دانند؛ زیرا عنوان هیچ‌یک از معاوضات و شرایط آن‌ها اعم از بیع، اجاره، صلح و... بر آن منطبق نمی‌شود؛ گرچه در نگاه ابتدایی و عرفی به ذهن می‌آید که چنین باشد. منشأ چنین برداشتی وجود برخی مشابهت‌هاست که عقد نکاح با سایر عقود معاوضی دارد. (فهمی و بصارتی، ۱۳۹۱، ص ۷۶) به دلایل ذیل، مفهوم مهر غیر از عوض است:

۱. فقیهان امامیه معتقدند با صیغ بیع یا اجاره نمی‌توان عقد نکاح را جاری کرد و اگر با آن خوانده شود، عقد باطل است (طوسی، ۱۳۸۷ه.ق، ص ۱۹۳).

۲. ذکر ثمن در غیر عقد نکاح، در معاملاتی مانند بیع یا اجاره شرط صحت عقد است. در غیر این صورت بیع یا اجاره باطل می‌باشد؛ اما در نکاح دائم چنین نیست. به همین دلیل اگر در عقد نکاح مهر ذکر نشود یا به هر دلیلی مهر فاسد باشد، از نظر فقیهان امامیه این عقد صحیح است؛ درحالی‌که اگر معاوضی بود در صورت عدم تعیین عوض، صحیح نبود و مفاد ماده ۱۹۰ قانون مدنی ایران نیز مؤکد این رویکرد است. همچنین روشن است که عقد نکاح دو گونه نیست که بگوییم با ذکر مهر معاوضی، و بدون ذکر آن غیرمعاوضی است (خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۴، ص ۴۲۶).

۳. در معاوضه، اگر یکی از دو عوض قبل از قبض تلف شود، عقد منفسخ می‌شود؛ درحالی‌که در نکاح، اگر مهر قبل از قبض تلف شود، تبدیل به مثل یا قیمت شده و بر عهده زوج است و



اگر زوجه از دنیا برود تمام مهر در ذمهٔ زوج مستقر شده و به وارثان زوجه می‌رسد (حلی، ۱۴۱۱ه.ق، ج ۳، ص ۴۱۴).

۴. در بیع و اجارهٔ عین، شرط است که شخص مالک مبیع خود باشد تا بتواند مبیع را از ملک خود خارج و تسلیم مشتری کند؛ ولی در نکاح، چنین امری امکان ندارد؛ یعنی زن قادر نیست همانند معاملات دیگر، بضع خود را تسلیم مشتری کند یا اجاره دهد؛ زیرا مهر از دو صورت خارج نیست؛ یا عوض از بضع و یا عوض از منافی است که مرد از زن می‌برد. صورت اول به دو دلیل باطل است: اول اینکه بضع مال نیست تا به ازای آن، مال پرداخت شود؛ دوم اینکه بضع غیرقابل انتقال است. در صورت دوم، مهر عوض بهره برداری از زن هم نیست؛ زیرا اگر مهر عوض بهره‌وری جنسی از زن باشد، به اینکه منافع زن ملک مرد باشد، باز ذکر عوض و تعداد دفعات بهره‌وری جنسی در عقد نکاح لازم به نظر می‌رسد تا غرر پیش نیاید؛ چنانچه در عقد اجاره و معاملات چنین است؛ در حالیکه در نکاح چنین امری شرط صحت عقد نیست و موجب غرر و بطلان عقد نمی‌شود. بنابراین مهر نه عوض استمتاع از زن و نه عوض تسلط بر او نیست؛ بلکه استباحه و برخوردارگی از بضع است که زوج با عقد، استحقاق آن را پیدا می‌کند (طالی احمدآبادی، ۱۳۸۱، ص ۱۸۰).

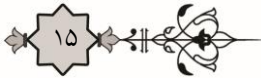
از دیگر دلایل عوض نبودن مهر در مقابل تمکین آن است که نظریه‌ی مشهور در فقه مبتنی بر تابعیت میزان مهر از تراضی طرفین است. همچنین این امر مورد تأیید قانون مدنی ایران در ماده ۱۰۸۲ است. حاکمیت طرفین بر تعیین میزان مهر با تلقی مهر به عنوان عوض در تضاد است. بدین ترتیب که در عقود معاوضی با اینکه برابری ارزش 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، 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 تعبیین 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. (حاجی پور، ۱۳۹۴، ص ۱۸۴ و ۱۸۵)

همچنین مطابق ماده ۲ قانون مدنی در تعریف عقد نکاح و همچنین ماده ۱۰۸۷ همین قانون، مهر در نکاح جنبه فرعی دارد و مانند عوض در معاملات معوض نیست؛ اما عوضی خاص عقد نکاح است. منشأ مالکیت زن نسبت به مهریه عقد نکاح است؛ اما استقرار این مالکیت نسبت به تمام مهر، به وقوع نزدیکی بستگی دارد. ماده ۱۰۹۲ ق.م. در این مورد بیان می‌دارد که «در صورت وجود مهرالمسمی و طلاق زن قبل از نزدیکی، زن مستحق نصف آن مهر خواهد بود». از مفهوم مخالف این ماده استنباط می‌شود که پس از نزدیکی، زن مستحق تمام مهر است؛ در صورتی که اگر مهریه عوض نزدیکی محسوب می‌شد، زن قبل از نزدیکی، استحقاق نصف مهر را نیز نمی‌داشت. همچنین به موجب ماده ۱۰۹۳ ق.م. «در صورت عدم وجود مهر المسمی و طلاق قبل از نزدیکی زن مستحق مهرالمتعه است که با توجه به شرایط مالی مرد محاسبه می‌شود». پس در عقد نکاح، مهر عوض نزدیکی نیست؛ چرا که در مفاد هر دو ماده ۱۰۹۲ و ۱۰۹۳ قانون مدنی طلاق قبل از نزدیکی رخ داده بود، ولی در ماده اول زن مستحق نصف مهرالمسمی و در مورد دوم زن مستحق مهرالمتعه بود. هر چند با توجه به ویژگی‌های این عقد، نوعی عوض به شمار می‌آید.

شبهه‌ای که در این جا مطرح شده آن است که در آیات ۲۴ و ۲۵ نساء و آیه ۵ سوره مائده، لفظ «اجور» آمده است که به معنای مالی است که در عوض انجام کاری به دیگری پرداخت می‌شود. از این جا عده‌ای نتیجه گرفته اند که مهر عوض و اجرت بضع است. در پاسخ به این سؤال شیخ طوسی بیان می‌دارد: «اینکه خداوند متعال در این آیات مهریه را بر مرد واجب نموده و زن را به پرداخت چیزی موظف نکرده است، بدین معناست که مهریه عطیه‌ای از سوی خداوند متعال برای زنان است». (طوسی، ۱۹۸۱ م، ج ۳، ص ۱۰۹) در واقع مهریه هدیه نکاح و پاداش آن، ارتباط عمیق و ریشه‌داری است که با پاسخ گفتن زن به اظهار محبت مرد پدید می‌آید (صادقی، ۱۴۰۸ ه.ق، ح ۴، ص ۲۱۲)

حقوقدانان معاصر نیز بر این باورند که نباید رابطه مهر با تمکین را با رابطه عوض و معوض در قراردادهای مالی قیاس کرد: «درست است که انعقاد نکاح به تراضی طرفین است، ولی آثار آن را



زن و شوهر به وجود نمی‌آورند. همین که زن و مرد با پیوند زناشویی موافقت کردند. در وضع ویژه‌ای قرار می‌گیرند که به ناچار باید آثار 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 سازند. الزام به تمکین از شوهر نیز به طور مستقیم از قانون ناشی می‌شود و سبب آن را نباید توافق زن و مرد پنداشت؛ پس 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 اشیاء ممتاز ساخته و همیشه صاحب حق یا مکلف به رعایت آن است و هیچ گاه موضوع حق قرار نمی‌گیرد. در پاره‌ای از 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 حاکم است. زن در برابر مهر خود را نمی‌فروشد؛ بلکه با مرد پیمان می‌بندد که اثر قهری آن، الزام مرد به دادن مهر و تکلیف زن به تمکین از اوست؛ به همین جهت است که بطلان و فسخ مهر، عقد نکاح را از بین نمی‌برد و زن را از انجام وظایفی که بر عهده دارد، معاف نمی‌کند». (کاتوزیان، ۱۳۵۰، ج ۱، ص ۱۳۸ و ۱۳۹)

بنابراین از آنجا که نکاح ماهیت معاوضی محض ندارد، مهریه عوضی همچون سایر عوض‌ها در دیگر معاملات نیست که در تعیین و رفع جهالت از آن مطابق ماده ۱۹۰ قانون مدنی ایران عمل شود؛ اما عوضی مخصوص عقد نکاح است و از الزاماتی است که بعد از انعقاد عقد نکاح بر عهده شوهر قرار می‌گیرد و مطابق آیات قرآن مجید، عطیه‌ای از سوی پروردگار برای زن می‌باشد و بر خلاف خود نکاح که انعقاد آن به اراده زوجین است، مهر از آثار آن محسوب شده که به وجود یا عدم آن وابسته به اراده‌ی زوجین نبوده و نوعی الزام قانونی است و تنها تعیین جنس و مقدار آن به زوجین تفویض می‌شود.

مهریه به عنوان شرط ضمن عقد نکاح

همان طور که پیش تر ذکر شد، عده‌ای از صاحب نظران مهریه را عوض در مقابل تمکین ندانسته، بلکه از آثار و تبعات غیر قابل اجتناب نکاح می‌دانند. حال باید اضافه کرد که عده‌ای دیگر از نویسندگان، مهر را قرارداد مالی فرعی می‌دانند. بر اساس این فرضیه، مهریه نوعی قرارداد مالی است که نسبت به عقد نکاح، فرعی به شمار می‌آید و در واقع نوعی شرط ضمن عقد نکاح محسوب

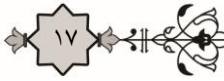
می‌شود. طرفداران این فرضیه، بر اهمیت تراضی در عقود، از جمله در عقد نکاح نسبت به نقش اساسی آن در میزان و تعیین مهریه تأکید می‌کنند؛ زیرا در تعریف مهر در بسیاری از روایات آمده است: «آنچه مردم بر آن تراضی کنند.» از طرف دیگر، در معنای اخص معامله نیز آمده است که به هر نوع ماهیت مالی که موضوعش امور مالی باشد، معامله اطلاق می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۰، ج ۳، ص ۱۱). موضوع مهر نیز از امور مالی است و با تراضی انجام می‌شود. بنابراین مهر قراردادی مالی است که به مثابه امر فرعی و تبعی با نکاح ارتباط دارد و آثار آن تابع خواسته طرفین است. (متولی الموتی، ۱۳۸۵، ص ۱۵۰) به عبارت دیگر، در صورتی که مهریه را نوعی شرط ضمن عقد نکاح قلمداد کنیم، آن گاه مهریه، عوض این معامله فرعی و تبعی ذیل نکاح محسوب شده و بایستی مطابق قواعد عمومی صحت قراردادها که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی ایران انعکاس یافته است از آن رفع جهالت به عمل آید، در غیر این صورت معامله که در این جا نوعی شرط ضمن عقد است، باطل و کأن لم یکن محسوب می‌شود.

همچنین باید توجه داشت که فرض «قرارداد مالی» موضوعی کلی و مطلق نیست؛ بلکه در مواردی منتفی است؛ یعنی در جایی که موضوع مهریه یک امر غیرمالی است. چنین فرضی وجهی ندارد. البته وقتی موضوع مهر یک امر غیرمالی است، چه بسا آثار مالی داشته باشد که این فرض موضوع بحث ما نیست؛ اما اگر ادعا شود موضوع مهریه در ابتدا و در همه موارد با قرارداد مالی معین می‌شود، این گونه نیست؛ برای مثال، در موردی که تعلیم یک سوره از قرآن، به منزله مهر معین شده است، بحث «قرارداد مالی» بودن مهر پذیرفتنی نیست. (فهیمی و بصارتی، ۱۳۹۱، ص ۸۴)

* نتیجتاً اینکه تمام این سه طریق به یک امر واحد منتهی می‌شوند و آن این است که ماهیت حقوقی مهر، نوعی هدیه خاص و قانونی است که زوج با الزام شرعی و قانونی، موظف به ادای آن در حق زوجه می‌شود. بنابراین اگرچه در عقد نکاح دائم رکن و عوض و در نتیجه شرط صحت محسوب نمی‌شود، اما عدم وجود آن یا جهل به آن قابل تصور نیست.

آراء تعدادی از فقهاء راجع به مقوله‌ی جهالت در خصوص مهریه

این مهم که آیا جهالت و غرر در مهریه موجب بطلان آن و در نتیجه ثبوت مهر المثل خواهد شد یا خیر، مسئله‌ای است که از دیرباز مورد مذاقه فقیهان بوده است. مبنای این اختلاف نظر به ماهیت عقد نکاح برمی‌گردد. همان طور که پیش تر اشاره کردیم، برخی نکاح را یک عقد معاوضی



دانسته‌اند و مهر را در مقابل بضع قرار داده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ ه.ق، ج ۳۱، ص ۴۱) و در نتیجه ثبوت غرر در مهریه را موجب بطلان می‌دانند؛ همان‌گونه که در سایر عقود معاوضی نیز غرر موجب بطلان است.

محقق حلی به صراحت بر رفع غرر در مهریه تأکید دارد و ضمن ارائه مثال‌های عینی از جمله بحث تعیین سوره در تعلیم آن به‌عنوان مهریه، به فساد مهر المسمی حکم داده است. (حلی، ۱۴۰۸ ه.ق، ج ۲، ص ۲۶۹)

شهید ثانی نیز در کتاب مسالک بعد از ذکر مفاسد مهر، جهالت را از جمله مفاسد مهر برشمرده و در تعلیل حکم به بطلان مهر المسمی چنین می‌گوید: «زیرا اگر چه صداق است، حقیقتاً عوض نیست. اما در صورتی که در عقد ذکر شود، احکام معاوضات بر آن بار خواهد شد و جهالت هم یکی از موانع صحت است. پس با دخول مهر المثل و با طلاق مهر المتعه ثابت می‌شود. (جبعی العاملی، ۱۴۱۳ ه.ق، ج ۸، ص ۱۵۷) او در شرح لمعه هم با ذکر

مثال تعلیم سوره، بر تعیین سوره تأکید ورزیده است. (جبعی العاملی، ۱۴۱۰ ه.ق، ج ۸، ص ۱۸۰) عبارت شیخ انصاری که: «در صداق، تعیین آن به آنچه بخش عظیم جهالت با آن برداشته شود شرط است. به‌گونه‌ای که اگر مهر به‌طور کلی مبهم باشد. باطل است» (انصاری، ۱۴۰۶ ه.ق، ص ۲۶۰) حاکی از آن است که اندکی جهالت در مهر خللی به آن وارد نمی‌کند و موجب بطلان مهر نمی‌شود.

آیت‌الله مکارم شیرازی نیز در کتاب نکاح خویش پس از نقل آرای فقهاء چنین اظهار نظر می‌فرماید: «ما معتقدیم حداقل در عصر و زمان ما تعیین دقیق مهر علی‌الاحوط لازم است. چون عدم تعیین را در عرف ما غرر، ضرر و سفهی می‌دانند. مثلاً کیسه‌ای را نشان دهند و بگویند هر چه در این است. مهر تو باشد. این را عرف نمی‌پذیرد و شاهد علی ذلک؛ شاهد اینکه نکاح معاوضه است. مراسمی است (مهربران) که قبل از عقد به‌عنوان تعیین مهر قرار می‌دهند و چانه می‌زنند و صورت مجلس کرده و می‌نویسند. پس در عصر و 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. در نتیجه احوط این است که تعیین دقیق لازم است و حتی هدیه‌ی کلام الله مجید یا قیمت آینه و شمعدان را هم باید تعیین کنند و یا در سکه، نوع را تعیین کنند که جدید است یا قدیم پس هر چه که در مهر قرار می‌دهند، قیمتش را بایستی تعیین کنند؛ چون در عصر ما عقلاً و عرفاً، مهر همراه با ابهام



را صحیح نمی دانند و به همین جهت به احتیاط وجوبی قائل هستیم». (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ه.ق، ج ۶، ص ۲۹)

برخی دیگر ماهیت عقد نکاح را مبتنی بر معاوضه‌ی صرف ندانسته‌اند؛ بلکه هدف آن را بیشتر انس و الفت زوجین و تحکیم بنیان خانواده می‌دانند و مهریه را هبه‌ای از جانب زوج به زوجه به‌شمار آورده‌اند و به آیه ۴ سوره‌ی نساء استناد می‌کنند. این مهم سبب شده است تا غرر در مهر را نادیده گیرند و مورد عفو قرار دهند. (میرزای قمی، ۱۴۱۳ه.ق، ج ۴، ص ۶۰۳)

گروهی نیز مهریه را یک شرط ضمن عقد به‌شمار می‌آورند و عده‌ای آن را یک قرارداد مالی فرعی دانسته‌اند و با استناد به صحت نکاح دائم بدون ذکر مهریه آن را یک نهاد حقوقی مستقل به‌شمار می‌آورند. (موسوی خویی، ۱۴۱۴ه.ق، ج ۲، ص ۵۸) محقق کرکی در ذیل بحث از صحت جعل خیار در مهر تصریح می‌کند که: «مهر در نکاح شرط نیست و عقدی مستقل است که مقصود از آن مال می‌باشد. شهید ثانی نیز دقیقاً در همین بحث در تعلیل صحت اشتراط خیار در مهر آورده است که: (زیرا مهر عقدی مستقل است)». (محقق کرکی، ۱۴۱۴ه.ق، ج ۱۳، ص ۳۹۵)

می‌توان گفت جهلی مورد غرر است که از حد طبیعی گذشته و سبب ایجاد اختلاف بین متعاقدین از ناحیه‌ی ثبوت غرر باشد و به عبارت دیگر معلومیةً بالاجمال در مهریه کفایت می‌کند. (آقایی بجزستانی و روحانی مقدم، ۱۳۹۶، ص ۳۳۰)

نتیجه گیری

پس از تعمق و تأمل در مطالب مذکور می‌توان دریافت که قرارداد دادن مهریه برای زوجه در ضمن یک نکاح، به اراده طرفین نکاح که همان زوجین هستند، صورت نمی‌گیرد؛ بلکه مهریه اثر شرعی نکاح است، به این معنا که با وقوع نکاح، از سوی خداوند متعال زوج مکلف به پرداخت مهریه به زوجه می‌گردد و این امر الزامی از سوی شارع به زوج است و اراده هیچکدام از زوجین در قرار گرفتن آن بر ذمه زوجه تأثیری ندارد. همچنین مهریه عوضی در مقابل تمکین زوجه محسوب نمی‌شود. از این ادعا ادله متعددی حمایت می‌کنند که عمده آن‌ها نتیجه قیاس عوض عقود معاوضی از قبیل بیع و اجاره با مهریه موجود در نکاح دائم است. فقهاء پس از انجام این مقایسه متوجه عدم وجود احکام و خصوصیات موجود در عوض عقود معاوضی فوق‌الذکر در مهریه شده‌اند و این را حجتی بر عوض نبودن مهریه در نکاح تلقی کرده‌اند. از نظر حقوقدانان برجسته‌ای همچون دکتر کاتوزیان نیز زن در



قیال مهر خود را نمی‌فروشد، بلکه مهریه اثر مترتب بر وقوع نکاح است. همچنین عده‌ای از کسانی که قائل به ردّ ماهیت معاوضه بودن نکاح و عوض بودن مهر در آن شده‌اند، در توجیه ماهیت مهر آن را شرط ضمن عقد نکاح و تابع و فرعی در ضمن آن قلمداد نموده‌اند و در توجیه ادعای خود به تعریف مهر که «امری [مالی] است که مورد تراضی واقع می‌شود» و شباهت این تعریف با رکنی اساسی در عقود که همان تراضی است، تمسک جسته‌اند. در صورت در نظر گرفتن مهریه به عنوان شرط ضمن عقد، بایستی همچون عوض یک قرارداد، مطابق ماده ۱۹۰ قانون مدنی ایران، از شروط صحتی همچون معلوم بودن برخوردار باشد. این سه طریق ضرورت علم به مهریه را علی‌رغم رکن و شرط صحت نبودن آن در نکاح دائم توجیه می‌نمایند.

کتابنامه (به ترتیب حروف الفبا)

- ✓ قرآن کریم
- ✓ قانون مدنی مصوّب ۱۳۰۷ شمسی
- ✓ آقایی بجستانی، مریم و روحانی مقدم، محمد، (۱۳۹۶)، *تأملی در مهریه غرری با رویکردی به شرط عندالإستطاعه*، فصلنامه پژوهش‌های فقهی، ش ۲، ۳۲۱-۳۳
- ✓ انصاری، مرتضی بن محمد امین، (۱۴۰۶ق)، *کتاب النکاح*، قم: دفتر انتشارات اسلامی
- ✓ جبعی العاملی، زین الدین بن علی (شهیدثانی)، (۱۴۱۰ق)، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم: کتابفروشی
- ✓ جبعی العاملی زین الدین بن علی (شهیدثانی)، (۱۴۱۳ق)، *مسالك الأفهام إلی تنقیح شرایع الإسلام*، قم: المعارف
- ✓ حاجی پور، مرتضی، (۱۳۹۴)، *نقش فرعی مهریه در ماهیت نکاح*، فصلنامه شورای فرهنگی اجتماعی زنان و خانواده، ش ۷۰، ۱۶۹-۱۹۷
- ✓ حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، (۱۴۱۱ق)، *تبصرة المتعلّمین فی أحكام الدین*، تهران: مؤسسه چاپ و نشر وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی
- ✓ حلی، نجم الدین جعفر بن حسن (محقق)، (۱۴۰۸ق)، *شرایع الإسلام فی مسالك الحلال و الحرام*، قم: اسماعیلیان



- ✓ خوانساری، احمد، (۱۳۵۵)، **جامع المدارک فی شرح مختصر النافع**، تهران: **مکتبۃ الصدوق**، چاپ دوم
- ✓ شهیدی، مهدی، (۱۳۸۰)، **تشکیل قراردادهای و تعهدات**، تهران: مجد، چاپ هفتم
- ✓ صادقی، محمد، (۱۴۰۸ ه.ق)، **الفرقان فی تفسیر القرآن**، ترجمه سید باقر موسوی، قم: جامعه مدرسین
- ✓ طالبی احمد آبادی، محمد، (۱۳۸۱)، **ماهیت و فلسفه مهر و بیان پاره‌ای از احکام آن از دیدگاه آیات و روایات**، پایان نامه کارشناسی ارشد رشته الهیات و معارف اسلامی، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره)
- ✓ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، (۱۳۸۷ ه.ق)، **المبسوط فی فقه الإمامیه**، بی جا: مکتبۃ الرضویه
- ✓ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، (۱۹۸۱ م)، **تفسیر التبیان**، لبنان: دارالعلم للملایین
- ✓ علیمرادی، امان الله، (۱۳۹۱)، **بررسی ماهیت حقوقی مهریه**، نوع رابطه آن با نکاح دائم در **نظام حقوق خانوادگی اسلام**، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ش ۲۸، ۱۱۹-۱۴۴
- ✓ فهیمی، عزیزالله و بصارتی، داوود، (۱۳۹۱)، **بررسی ماهیت فقهی و حقوقی مهریه**، معرفت **حقوقی**، ش ۳، ۶۹-۸۸
- ✓ کاتوزیان، ناصر، (۱۳۵۰)، **حقوق خانواده**، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم
- ✓ متولی الموتی، احمد، (۱۳۸۵)، **عدم قدرت بر تسلیم مهر و آثار آن**، فصلنامه ندای صادق، ش ۴۱ و ۴۲
- ✓ محقق کرکی، علی بن الحسین، (۱۴۱۴ ه.ق)، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، قم: آل البيت
- ✓ مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۴ ه.ق)، **النکاح**، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)
- ✓ موسوی خویی، محمدتقی، (۱۴۱۴ ه.ق)، **الشروط و الإلتزامات التبعية فی العقود**، بیروت: دارالمؤرخ العربی
- ✓ میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، (۱۴۱۳ ه.ق)، **جامع الشتات فی أجوبه السؤالات**، تهران: کیهان
- ✓ نجفی، محمدحسن، (۱۴۰۴ ه.ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الإسلام**، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم

ادله قائلین به معاوضی بودن ضمان زوج نسبت به

مهریه در تعلق مهر المثل در صورت تلف مهریه

بِسْمِ فَاطِمَةَ امْضَرَى^۱

چکیده

مهریه یکی از حقوق زوجه می‌باشد که به موجب عقد نکاح، پرداخت آن بر زوج واجب می‌گردد؛ و به محض وقوع عقد نکاح، در ملکیت زوجه قرار می‌گیرد. با توجه به ملکیت مهریه برای زوجه، زوج ضامن به پرداخت مهریه بدون عیب به زوجه می‌باشد. در میان فقهاء در ارتباط با نوع ضمان زوج نسبت به مهریه دو قول، یعنی ضمان ید و ضمان معاوضی موجود است. ادله و نتیجه‌ی هر یک از این دو قول متفاوت خواهد بود. در این پژوهش تلاش شده است که ضمن بیان قول مشهور فقهاء و نظر حقوق دانان نسبت به نوع ضمان در مهریه به این سوال پاسخ دهیم؛ که در صورت تلف شدن مهریه در ید زوج، چنانچه قائل به معاوضی بودن ضمان زوج نسبت به مهریه باشیم، چه میزان مهریه به زوجه تعلق می‌گیرد و ادله‌ی آنها در این ارتباط چه می‌باشد. روش گردآوری اطلاعات در این پژوهش اسنادی-کتابخانه‌ای، و نوع تحقیق، توصیفی - تحلیلی می‌باشد. بنابراین در صورت تلف شدن مهریه قبل از تسلیم به زوجه، چنانچه قائل به ضمان معاوضی باشیم، مهر المثل به زوجه تعلق می‌گیرد، و چنانچه ضمان ید را به عنوان ضمان مهریه بپذیریم، قیمت مهریه تلف شده بر عهده زوج قرار می‌گیرد. قائلین به معاوضی بودن ضمان زوج نسبت به مهریه به آیات و روایاتی استناد می‌نمایند؛ هم چنین این گروه ادله‌ای در اثبات معاوضی بودن عقد نکاح می‌آورند تا ضمان موجود نسبت به مهریه را معاوضی نامند اما در این پژوهش در می‌یابیم که ادله این گروه کافی نبوده است و این رای در فقه و حقوق مردود می‌باشد.

واژگان کلیدی: معاوضی بودن ضمان مهریه، تلف مهر، ضمان مهریه

^۱ دانشجوی کارشناسی ارشد دانشگاه امام صادق (ع) (پردیس خاوران) - گرایش معارف اسلامی و حقوق خانواده



مقدمه

نظام حقوقی اسلام، به زوجه امتیازهای ویژه‌ای داده است که نسبت به سایر نظام‌های حقوقی، منحصر به فرد می‌باشد؛ چراکه در دیگر نظام‌های حقوقی، زنان نسبت به مردان همواره از حقوق مالی و اجتماعی پایین تری برخوردار هستند. از جمله‌ی این حقوق مالی مختص زنان، مهریه می‌باشد. مهریه، هدیه واجبی است که به محض عقد به زوجه تعلق می‌گیرد پ مرد نسبت به پرداخت آن ضمان خواهد بود.

اگرچه راجع به وجوب پرداخت نفقه و ضمان بودن زوج، بحث‌های گسترده و دقیقی در منابع فقهی و حقوقی شده است؛ اما درباره موضوع نوع ضمانی که برعهده زوج می‌آید در بحث‌های حقوقی و در نظریه حقوق دانان کمتر بررسی شده و هم چنان جای کار وجود دارد. ضرورت این مطلب در جایی روشن می‌شود، که مهریه قبل از تسلیم تلف شود یا مهریه مجهول باشد؛ در این صورت سؤالی که مطرح می‌شود این است که زوج چه میزان ضمان است به زوجه پرداخت نماید تا ذمه‌ی او نسبت به بدهی مهریه بری شود؟ در میان اقوال فقها چه قائل به ضمان ید و چه قائل به ضمان معاوضی باشیم، نتیجه متفاوت خواهد بود.

مهرالمثل که یکی از انواع مهر است که در نکاح پیش از وقوع نزدیکی و قبل از تراضی بر مهر معین به حسب شرافت و اوضاع و احوال زوجه به او داده می‌شود، در واقع همان چیزی است که در صورت تلف مهریه قبل از تسلیم در صورت قائل بودن به معاوضی بودن ضمان مهریه بر عهده‌ی زوج می‌آید.

به بیان دیگر که به طور مبسوط به ادله آنها خواهیم پرداخت، در صورت تلف مهریه قائل هستند مانند سایر عقود معاوضی، مهرالمسمی باطل می‌شود و به جای آن مهرالمثل به زوجه تعلق می‌گیرد؛ در حالی که عقد نکاح، عقد نیمه معاوضی می‌باشد. این قول در میان فقهای شیعه طرفداران بسیار کمی دارد و قائلین آن، عامه می‌باشند.

ضمان زوج نسبت به مهریه

ضمان زوج نسبت به مهریه در فقه

این مطلب که مهر، قبل از قبض زوجه، مضمون بر زوج است مورد اتفاق امامیه و غیر امامیه است ولی در اینکه این ضمان چه نوع ضمانی است بین فقهاء بحث است که آیا از قبیل ضمان در



ادله قائلین به معاوضی بودن ضمان زوج نسبت به مهریه در تعلق مهرالمثل در صورت ...

معاوضات (و مثل کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه) است که در نتیجه مهریه تلف شده از مال زوج رفته است و عقد هم نسبت به این مهریه به هم می‌خورد و این زوج مثل معقوده لامهرلها یا مفوضه البضع می‌گردد پس زوج باید به او مهرالمثل یا متعه پرداخت نماید. یا اینکه ضمان ید است (مثل ضمان در معاوضه باطل یا ضمان غاصب نسبت به مغضوب یا ضمان مورد عاریه) که در نتیجه اگر مهر از اشیاء مثلی باشد باید زوج مثل آن را پرداخت نماید و اگر قیمی است قیمت آن را تحویل دهد. (شیرازی، ۱۹/۰۹/۸۴)

مرحوم محقق می‌فرماید: «والمهر مضمون علی الزوج فلو تلف قبل تسلیمه کان ضماناً له بقیمته وقت تلفه علی قول مشهور لنا و لو وجدت به عیباً کان لها ردّه بالعیب و لو عاب بعد العقد قیل کانت بالخیار فی اخذها و اخذ القیمه» (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۲۶۹)

این مطلب که «والمهر مضمون علی الزوج»، این حرفی در آن نیست، برای اینکه مهریه را باید بپردازد.

زوج پس از عقد نکاح، ملزم به تسلیم مهر به زوجه است بی شک تا زمانی که به این تکلیف عمل نکرده ضامن عیب و تلف مهر میباشد؛ اعم از اینکه مهر عین، منفعت یا دین باشد؛ همانطور که در ماده ۱۰۸۴ق.م آمده است: «هر گاه مهر، عین معین باشد و معلوم گردد قبل از عقد، معیوب بوده و یا بعد از عقد و قبل از تسلیم، معیوب یا تلف شده است، شوهر ضامن عیب و تلف آن است.» (محمود زاده، رویا، ۱۴۰۰، ص ۹)

حالا این ضمان، ضمان معاوضه است یا ضمان، ضمان ید؟ فرمود: «فلو تلف قبل تسلیمه»؛ اگر چنانچه این مهر قبل از اینکه به زوجه پرداخت بشود تلف شد، اگر مثلی بود مثل و اگر قیمی بود قیمت.

همان طور که قبلاً به طور مبسوط بحث کردیم، بعضی با استفاده از ملاک تلف مبیع قبل از قبض، نظر بر انفساخ مهریه داده اند، که این صورت مانند موردی خواهد بود که مهر باطل است، ولی این نظریه فاقد وجهت فقهی است. با بررسی‌های انجام شده دانستیم که از دیدگاه جمهور فقهای اهل سنت و اکثر فقهای امامیه نکاح از قاعده ضمان معاوضی خارج است؛ لذا اگر مهر قبل از تسلیم به زوجه در دست زوج تلف شود، عقد نکاح و مهر، هیچ یک، باطل نمی‌گردند و زوج ضامن مثل یا قیمت مهرالمسمی است. (شربینی، بی تا، ج ۳، ص ۲۷۷)

بنابراین مبنای ضمان در مهریه ضمان ید است و ید زوج از مصادیق ید ضمانی غیر عدوانی است، نه ید امانی؛ زیرا درست است که عنصر اذن و رضایت زوجه نسبت به استیلای زوج بر مهر وجود داشته، ولی چون مهریه بلاعوض و مجانی نبوده، بلکه در قبال «بضع» قرار داشته، با توجه به قاعده «ضمان معاوضی»، مورد از مصادیق ید امانی نیست و طبعاً زوج ضامن پرداخت مثل و یا قیمت مهریه خواهد بود. (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۱۰۶)

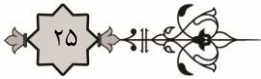
آنچه که شهید در مسالک گفته است، بعد مرحوم صاحب جواهر هم قبول کرده است دیگران هم پذیرفتند، ضمان مهریه از سنخ ضمان ید است نه ضمان معاوضه، چون بضع خرید و فروش نمی‌شود. (شهیدثانی، بی تا، ج ۸، ص ۱۷۱؛ نجفی، بی تا، ج ۳۱، ص ۱۹)

فالمشهور بین الأصحاب أنّ ضمان المهر ضمان ید لا ضمان معاوضه، فلو تلف قبل تسلیمه کان علیه المثل أو القیمه، و علی الثانی کان علیه مهر المثل، و قد أطلق الأصحاب هنا ضمان المهر التالف بالمثل أو القیمه من غیر أن ینقلوا وجوب مهر المثل قولاً أو وجهاً. (محقق سبزواری، بی تا، ج ۲، ص ۲۱۸)

تنها نکته اضافی که لازم است بدان توجه نمایم این است که در ضمان ید نسبت به مهریه، نیز نحوه‌ای از مسامحه وجود دارد، زیرا در بحث ضمان ید گفته‌اند: امین در صورت عدم افراط و تفریط در حفظ امانت، ضامن نیست (در اثبات ضمان، تفصیل قایل شده‌اند) ولی در بحث نکاح می‌گویند اگر مهر در دست زوج تلف شد حتی اگر او در حفظ آن کوتاهی نیز نکرده باشد باز هم ضامن است و ید او هر چند امانی است ولی ضمان دارد (در اثبات ضمان قائل به تفصیل نشده‌اند) پس ضمان در این بحث، شبیه ضمان ید است که اصل عقد منفسخ نمی‌شود و این مال از ملک صاحب مال تلف می‌شود، و زوج باید مثل یا قیمت بدهد نه آنکه تمام خصوصیات در باب ضمان ید را دارا باشد. البته می‌گوییم، به مقداری که فحص نموده‌ایم، در کلمات بزرگان، کسی که در مهر صحیح قائل به انفساخ مهر و لزوم مهرالمثل باشد را نیافتیم بلکه تمامی فقهاء قائل به ضمان ید هستند، (البته مهر باطل مورد بحث و نظر واقع شده است) بلی فقط مرحوم محقق کرکی، ضمان معاوضی مثل ضمان باب بیع را به نحو احتمال ذکر نموده است. (ششیری،

(۸۴/۰۹/۱۹)

اما برخی از فقهای متقدم قائل هستند که ما دلیلی بر حصر نداریم که ضمان یا ضمان ید است یا ضمان معاوضه؛ بر فرض هم دلیل بر حصر داشته باشیم ممکن است ضمان ید اقسامی داشته باشد،



ادله قائلین به معاوضی بودن ضمان زوج نسبت به مهریه در تعلق مهرالمثل در صورت ...

ضمان معاوضه اصنافی داشته باشد، زیر مجموعه اینها زیاد باشند، یک سنخ نیست. (جوادی،

۹۷/۱۱/۰۷)

ضمان زوج نسبت به مهریه در حقوق

عده‌ای از حقوق دانان به پیروی از فقهای امامیه و با استناد به ماده ۱۰۸۴ ق.م می‌گویند: در عقد نکاح، انفساخ عقد و انفساخ مهر مطرح نیست؛ زیرا اگر مهر به تنهایی منفسخ گردد، عقد بدون صداق می‌شود و زوج باید مهرالمثل بپردازد و حال آنکه فقها در این مورد، مثل یا قیمت مهر را لازم می‌دانند که این امر خاصیت ضمان ید است نه ضمان معاوضی که بر مبنی بر انفساخ است؛ زیرا در ضمان معاوضی باید عقد نسبت به عوض و معوض منفسخ گردد و تبعیض در انفساخ عوض و معوض مورد ندارد؛ پس راهی جز ضمان ید باقی نمی‌ماند. (محمود زاده، ۱۴۰۰، ص ۱۱)

تلف در عقود غیر معاوضی، تلف مهریه است. اگر مهریه، عین معین (در برابر کلی) بوده و قبل از رسیدن آن به دست زوجه تلف شود، حکم به انفساخ عقد نکاح نمی‌شود، بلکه زوج ضامن آن است، زیرا اساس نکاح بر دوام و استقرار است و نمی‌توان آن را با عقود معاوضی مانند بیع قیاس کرد؛ لذا، در مورد آن قاعده «تلف قبل از قبض» اجرا نمی‌شود. بحث تلف مهریه در برخی منابع فقهی بتفصیل آمده ولی حکم وضعی آن در بسیاری موارد ناشی از اتلاف و تسبیب است نه تلف. (بنیاد دائره المعارف اسلامی، بی تا، ج ۱، ص ۳۸۳۴)

ثمره بحث نوع ضمان زوج نسبت به مهریه

در هنگام تلف مهریه قبل از تسلیم

اگر مهریه‌ای که در دست زوج است، قبل از تسلیم به زوجه تلف شد آیا اصلاً مهر باطل می‌شود و عقد بلامهر می‌شود یا اینکه مهر باطل نمی‌شود، منتها اگر تلف شد چون هنوز تسلیم نکرده باید جبران کند و مثل یا قیمت را بپردازد. (شیری، ۸۴/۱۲/۲۳)

تلف مهریه چند صورت دارد، یکی از صور آن به این شکل است مهریه قبل از تسلیم تلف شود. اگر قبض محقق نشده باشد و مهریه در دست زوج تلف شده باشد. در این صورت مهریه با عقد ملک زوجه شده ولی در دست زوج تلف شده است و لذا زوج ضامن است. در این موارد که مهریه از بین رفته و راهی برای تشخیص مهریه نداریم، دو قول مطرح شده است:

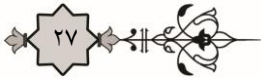
قول اول: لزوم مصالحه؛ که جواهر، مسالک، کشف اللثام، ریاض قائل شده‌اند. (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۳۱، ص ۱۹؛ شهید ثانی، بی تا، ج ۸، ص ۱۷۱؛ الهندی، بی تا، ج ۷، ص ۴۰۴؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۲، ص ۱۰)

محقق کرکی همین قول را بر اساس یک احتمال مطرح کرده و گویا متمایل به پذیرش آن است، زیرا تلف قبل از تسلیم را باعث به هم خوردن عقد در باب بیع و به هم خوردن مهر در باب مهر می‌داند و در صورت عدم المهر نیز، مهرالمثل فقط با دخول ثابت است و بدون دخول فقط متعه واجب می‌شود و نمی‌توان حکم به تنصیف کرد و لذا راهی به جز مصالحه نیست. (کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۳۴۱)

قول دوم: شهید ثانی (شهید ثانی، بی تا، ج ۸، ص ۱۷۱) و فقهای بعد از محقق کرکی ضمن رد احتمال ایشان گفته‌اند که ضمان زوج در مهریه ضمان ید است و بنابراین در صورت تلف عین باید مثل و یا قیمت آن را بپردازد بر خلاف ضمان معاوضی که در صورت تلف یکی از عوضین قبل از تسلیم معاوضه به هم می‌خورد. در این که ضمان مهر ضمان ید است مخالف صریحی وجود ندارد و فقط احتمال مخالفت در کلام محقق کرکی وجود دارد و باید مهر المسمی بر عهده زوج باشد. (شبیری، ۸۴/۰۸/۱۷)

خلاف حکم به بطلان مهر نمی‌کند و می‌گوید اگر قبل از اینکه مهر را تسلیم کنند، تلف شد، مثل و قیمت مهر را باید شخص بپردازد. (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص ۲۷۶) از این عبارت استفاده می‌شود و شاید بنای عقلا هم همین‌طور باشد که ضرر متوجه زوج است چون هنوز مهر را در اختیار زوجه نگذاشته است. همان‌طور که در معاملات، معامله فسخ می‌شود و تلف به شخص قبلی وارد می‌شود، در اینجا هم یا مهر باطل می‌شود و ضرر متوجه به زوج می‌شود و یا اینکه مهر باطل نمی‌شود، منتها چون تلف شده باید مثل یا قیمت را بپردازد. چنین بنای عقلایی در مسأله هست. (شبیری، ۸۴/۱۲/۲۳)

بنابراین اگر ضمان از نوع ضمان معاوضی باشد، جایز است مهر به واسطه عیب مسترد گردد و زوجه حق دارد تا استیفای مهر، خود را حبس نماید و زوجه حق ندارد قبل از قبض در آن تصرف کند و مواردی از این قبیل که از احکام اعواض است. اما اگر ضمان مزبور، از نوع ضمان ید باشد؛ مانند ضمان عاریه گیرنده در عاریه مضمونه و ضمان مقبوض بالسوم و امثال اینها، در این نوع ضمان عقد نکاح با تلف مهر یا استرداد آن به عنوان واسطه عیب منفسخ نمی‌گردد.



این قول برخی از فقهای اهل سنت می‌باشد از جمله شافعیه در قول اصح که ضمان زوج نسبت به مهر را از قبیل ضمان معاوضی می‌دانند، معتقدند که در صورت تلف یا معیوب شدن مهر قبل از قبض، مهرالمسمی منفسخ خواهد شد و چنان است که گویی مهر در نکاح تعیین نشده و زوجه پس از وقوع نزدیکی مستحق مهرالمثل می‌گردد؛ زیرا مهر با عقد معاوضی مملوک گشته و به مثابه مبیع در دست بایع است. (محمود زاده، ۱۴۰۰، ص ۹)

در هنگام معیوب شدن مهریه قبل از تسلیم

از آنجا که زوجه به مجرد عقد نکاح مالک تمام مهر می‌گردد، زوج ضامن است آن را بدون عیب تسلیم زوجه نماید و چنانچه عین مهر قبل از عقد معیوب بوده یا پس از عقد معیوب شود، زوج ضامن جبران خسارت است. فقها در حالات مختلف آراء متفاوتی ارایه نموده اند:

هر گاه پس از عقد معلوم شود که مهر در زمان عقد یا پس از آن معیوب بوده است، فقهای شافعی معتقدند که در این صورت زوجه مخیر است بین این که صداق را فسخ نموده و مهرالمثل دریافت نماید و یا به صداق معیوب راضی شود و در این صورت زوجه حق ندارد مطالبه ارش نماید. (محمود زاده، ۱۴۰۰، ص ۱۲)

حنابله و برخی فقهای امامیه معتقدند که در این حالت، زن میتواند مهر را به واسطه عیب برگرداند و مثل یا قیمت آن را بنا بر ضمان ید دریافت کند؛ زیرا با ارجاع آن، عقد نکاح فسخ نمی‌گردد و سبب استحقاق آن همچنان باقی است. یا این که مهر را نگه دارد و مطالبه ارش کند؛ زیرا مهر بر عقد سالم واقع شده و چنانچه عین مهر سالم نباشد، عوض آن که ارش است لازم می‌گردد. (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص ۳۲۱)

نظر مشهور امامیه بر آن است که زوجه حق گرفتن قیمت را ندارد؛ زیرا اصل لزوم ملکیت زن نسبت به مهر است پس فقط عین مهر را همراه با ارش مستحق است؛ چون به اقتضای قاعده ضمان ید، زوج ضامن عین آن قبل از تسلیم است و باید تفاوت قیمت سالم و معیوب آن را بپردازد. (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۳۱، ص ۴۱)

میزان ضمان زوج در فرض تلف مهریه با بررسی ملاک قیمت

«کان ضامناً له بقیمته وقت تلفه»؛ آن روزی که تلف شد قیمت آن را این زوج ضامن است، زیرا وقتی یک عین خاصی را مهریه قرار دادند، این اگر در خارج هست عین مشخص است که

مشخص است؛ اگر نه، همان به ذمه می‌آید. در طول این مدت چه قیمت کم بشود چه «اعلی‌القیم» بشود، چه پایین بیاید چه بالا برود، خود این عین موجود است، هیچ ارتباطی به بدل و قیمت ندارد؛ اما وقتی خواست بپردازد، اگر آن تلف شد، «یوم التلف» این شیء از بین نمی‌رود، این شیء تا هست به ذمه زوج است، وقتی تلف شد، حین تلف بدل آن می‌آید در ذمه، نه قبل از تلف؛ لذا اگر قبلاً ارزان بود یا گران بود زوج بدهکار نیست، قبلاً هر قیمتی داشت به عهده زوج نیست، قبلاً اگر ارزان بود امروز گران شد به عهده زوج است، قبلاً گران بود امروز ارزان شد به عهده زوج است، چرا؟ چون تا عین موجود است خود این عین مال زوجه است، وقتی این عین افتاد و شکست بدل این عین در ذمه می‌آید. بدل عین «یوم التلف» می‌آید نه «یوم العقد»، نه «یوم القبض»، نه «یوم الغصب»! الآن کسی مال مردم را غصب کرد، چون عین آن موجود است «عَلَى الْيَدِ مَا» یعنی «مَا» یعنی همین، «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَ» (محدث نوری، بی تا، ج ۱۴، ص ۸) عین این را بدهکار است. اگر دوماه طول کشید و در این دوماه یک فراز و فرودی داشت بالا رفت پایین آمد کم شد زیاد شد، این غاصب بدهکار نیست، این عین تحت غصب اوست؛ ولی روزی که افتاد و شکست، هم‌زمان تلف شدن بدل آن می‌آید، خواه قیمت گران خواه قیمت ارزان باشد. (جوادی، ۹۷/۱۱/۰۷)

ادله قائلین به معاوضی بودن ضمان مهریه

مرحوم صاحب جواهر پنج وجه برای ضمان معاوضی بودن ذکر می‌نماید. (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۳۱، ص ۳۹)

اما ادله ضمان معاوضی بودن مهر قبل از قبض:

۱- آیه شریفه «وَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ» (نساء، ۲۵) در این آیه به مهر، اجر اطلاق شده که رساننده معاوضه است.

۲- روایاتی که در آنها به مهر، ثمن اطلاق شده است مثل «إِنَّمَا يَشْتَرِيهَا بِالْغُلِيِّ الثَّمَنِ» که به خوبی معاوضه بودن را می‌رساند. (حرعاملی، بی تا، ج ۲۰، ص ۸۸)

۳- تعبیرات رایجی - که همه هم آنها را صحیح می‌دانند و در بعضی روایات نیز وارد شده است - که در آنها بر سر مهر، حرف باء قرار گرفته است، مثل «زوجتک بكذا» که این گونه تعبیرات، رایج در باب معاوضات است.

۴- می‌دانیم که اگر مهر، معیب بود، زوجه حق دارد که مهر عیوب را به زوج برگرداند و این حق ردّ، خاصیت معاوضی بودن است.

۵- می‌دانیم که جایز است زوجه قبل از قبض مهریه‌اش، از تمکین امتناع کند و این جواز امتناع هم معاوضی بودن را می‌رساند. (شیرازی، ۱۹/۰۹/۸۴)

مرحوم شیخ طوسی در دو جای مبسوط نکاح را عقد معاوضه دانسته است. اول به این دلیل که اگر مهر در تحت ید زوج نقص پیدا کرد و زوج نیز قبل از مباشرت، زوجه را طلاق داد می‌فرماید: زوجه می‌تواند تمام مهر را ردّ نماید: «لأنها ملکتها بعقد معاوضه فاذا نقصت قبل القبض كان لها الردّ كالمبيع اذا نقص في يد البایع» (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص ۲۸۳) و دوم به این دلیل که می‌گوید: «اذا تزوج الرجل امرأة بمهر معلوم، ملكت المهر عليه بالعقد و ملك هو البضع في الوقت الذي ملكت عليه المهر لانه عقد معاوضه فملك كل واحد منهما على صاحبه في الوقت الذي ملك صاحبه عليه» (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص ۳۱۰)

مرحوم شیخ انصاری در مکاسب به «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» قایل شده است و می‌گوید اگر ثمن هم قبل از قبض بايع در دست مشتری تلف شود حکم به همین گونه است. (انصاری، بی تا، ج ۶، ص ۲۷۰) سپس ایشان می‌فرماید: «ثم انه هل يلحق العوضان في غير البيع من المعاوضات به في هذا الحكم؟ لم اجد احداً صرح بذلك نفيًا او اثباتاً نعم ذكروا في الاجارة والصداق و عوض الخلع ضمانها لو تلف قبل القبض لكن ثبوت الحكم عموماً مسكوت عنه في كلماتهم الا انه يظهر من بعض مواضع التذكرة عموم الحكم لجميع المعاوضات على وجه يظهر كونه من المسلمات» (انصاری، بی تا، ج ۶، ص ۲۷۹)

در کتاب مسالك درباره ادله قائلین به معاوضی بودن ضمان در مهریه آمده است: «قال في المسالك - بعد قول المصنف إذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال بايعه - ما صورته: المراد أنه يفسخ العقد بتلفه من حينه، و يرجع الثمن إلى المشتري إلى آخره، فإنه صريح في بطلان البيع من رأس، و لم يذكروا ثمة ضمانا و لو إشارة، و يؤكد أنهم حكموا بأن بطلان البيع إنما هو بعد دخول المبيع في ملك البائع بعد انتقاله آنا ما، و أن التلف كاشف عنه.» (بحرانی، بی تا، ج ۲۴، ص ۴۵۹)

«مهر المسمی»، خواه مطابق «مهر المثل» باشد خواه نباشد، خواه تعلیم سوره باشد یا نباشد. اصلاً زوج ضامن هیچ چیزی نیست مگر اینکه به وسیله عقد این ضمان می‌آید. ضمانی که به وسیله عقد بیاید ضمان ید نیست، ضمان معاوضه است. معاملات هم همین‌طور است. در معاملات بايع چیزی را

بدهکار نیست، خریدار هم چیزی بدهکار نیست. با عقد این مبیع در برابر ثمن قرار گرفت و آن ثمن در قبال این مثن قرار گرفت. ثمن عوض مبیع است به ضمان معاوضه، مبیع عوض ثمن است به ضمان معاوضه، طرفین ضامن هستند. (جوادی، ۹۷/۱۱/۰۷)

از دیگر ادله قائلین به معاوضی بودن ضمان مهریه، یکی از قواعد مهم فقهی و حقوقی در عقود معاوضی قاعده «تلف قبل از قبض» (یا «تلف مبیع قبل از قبض») است؛ که به موجب آن در صورت تلف مبیع قبل از تحویل دادن به مشتری، آن عقد از زمان تلف منفسخ شده و ثمن به خریدار باز گردانده می‌شود مستند این قاعده علاوه بر حدیثی از پیامبر اکرم (محدث نوری، بی تا، ج ۱۴، ص ۸) اجماع فقهاست (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۳، ص ۸۳) (بنیاد دائره المعارف اسلامی، بی تا، ج ۱، ص ۳۸۳۴)

نقد به قائلین معاوضی بودن ضمان مهریه

عقد نکاح از دو جهت با عقود معاوضه تفاوت دارد: ۱- رؤیت منکوحه در آن شرط نیست ۲- ترک عوض در آن موجب فسادش نمی‌شود. بنابراین نمی‌توانیم مبحث مهریه که ذیل عقد نکاح قرار می‌گیرد مانند عقد بیع بدانیم چون نکاح عقد نیمه معاوضی است و با عقود معاوضی تفاوت‌هایی دارد. (محمود زاده، رویا، ۱۴۰۰، ص ۹)

ادله‌ای که برای اثبات معاوضه‌ای بودن ضمان در عقد نکاح اقامه شد برای اثبات ادعای یک طرف اختلاف کافی نیست، بلکه باید ادله‌ای اقامه شود که اثبات کند این ضمان به نحوه ضمان باب بیع است. (شیری، ۸۴/۰۹/۱۹)

مرحوم بحرانی در کتاب الحدائق الناضرة ضمن بیان اقسام ضمان در مهریه و قائلین به هر کدام از دو نظریه، در جواب به قول معاوضی بودن ضمان در مهریه می‌فرماید: «تقسیم الضمان إلى ضمان ید و ضمان معاوضه لم أقف علیه إلا فی کلام شیخنا الشہید الثانی فی المسائل و المحقق الشیخ علی فی شرح القواعد، و قد صرحا بأنه لو تلف المبیع فی ید البائع أو الثمن فی ید المشتري فإنه ینفسخ البیع و یجب مثل المبیع أو قیمته فی الأول، و حیث إنه لا سیل هنا إلى فسخ النکاح، لأن المهر لیس رکناً فیہ، بخلاف البیع بالنسبة إلى المبیع و الثمن، فإنهما رکنان فیہ، و إنما ینفسخ المهر خاصة، کان الواجب علی هذا الوجه مهر المثل، قال فی المسائل: و علی الأول - و أراد ضمان المعاوضه - یجب مهر المثل، كما لو تلف أحد العوضین فی البیع