

۲۵. همو، *تقریرات درس دادرسی عادلانه*، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۴ ش.
۲۶. نیازپور، امیرحسین، «حق متهم مبنی بر داشتن وکیل در فرایند کیفری؛ جلوه‌ای از حقوق شهروندی»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۵۸، بهار ۱۳۸۶ ش.
۲۷. ولد، جرج، توماس برنارد و جفری اسنیس، *جرم‌شناسی نظری*، ترجمه علی شجاعی، تهران، سمت، ۱۳۸۰ ش.

28. Basic Principles on the Role of Lawyers, 1990, <<http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/h-comp44.htm>> .
29. Bron, W. J. (1999), GCSE LAW, Majd Publication.
30. European convention for the protection of Human Rights and fundamental freedoms, <<http://www.hri.org/docs/ECHR50.html>> .
31. International covenant civil and political rights (1966), <<http://www2.ohchr.org/English/law/ccpr.htm>> .
32. Martin, A. Elizabeth (2001), *A Dictionary of Law*, Didar Publication.
33. Statute of the international tribunal for Rwanda, Adopted by Security Council resolution 955 (1994) of 8 November 1994, <<http://www2.ohchr.org/English/law/itr.htm>> .
34. Statute of the international tribunal for the former Yugoslavia, ADOPTED 25 MAY 1993 by Resolution 827, <<http://asp.alhaq.org/zalhaq/site/eDocs/txtDocs/intl%20law/ICL/yugoslavia.htm>> .
35. *What is fair trial? A basic guide to legal standards and practice*, Lawyers Committee for human Rights, New York, 2000.

## بررسی شرط عند الاستطاعه در مهریه\*

- دکتر محمدعلی سعیدی<sup>۱</sup> (عضو هیئت علمی دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
- سیدعباسعلی وهاب‌زاده (کارشناس حقوق و پژوهشگر)

### چکیده

شرط عند الاستطاعه از قیود متداولی است که ضمن قرارداد ازدواج و در خصوص مهریه درج می‌گردد. دستورالعمل مورخ ۱۳۸۵/۱۱/۷ سازمان ثبت اسناد و املاک نیز به این امر چهره‌ای رسمی بخشید. این در حالی است که به نظر می‌رسد؛ اولاً، انطباق این عنوان با عناوین تعلیقی و تقییدی روشن‌تر از تطبیق آن با عنوان شرط در معنای خاص کلمه است. ثانیاً درج این شرط، تعهد ناشی از توافق بر مهریه را نابود می‌کند، در حالی که بنای طرفین در توافق بر مهریه، ایجاد التزامی واقعی است. و از طرف دیگر، نامعلوم بودن محدوده زمانی برای حصول استطاعت نیز می‌تواند اسباب نزاع را از همان ابتدا فراهم نماید. چیزی که در ادبیات فقهی - حقوقی ما در ذیل عنوان غرر مورد نهی قرار گرفته است. بدین ترتیب درج قید «عند الاستطاعه» باعث بطلان مهر المسمی می‌شود.

\* تاریخ دریافت: ۱۳۸۸/۶/۱۷ - تاریخ پذیرش: ۱۳۸۹/۲/۲۲.

از عمده مسائل مطرح شده در عقد نکاح دائم، مهریه و احکام مربوط به آن است. مهریه در واقع هدیه‌ای از جانب پروردگار برای زن است و باید توسط مرد به زن پرداخت شود (تستری، بی تا: ۵۳).

اما با پدیدار شدن بینش مادی افراطی به ازدواج، بر خلاف تعالیم اخلاقی شریعت و اهداف قانون، مهریه تا حد زیادی از رویکردهای اصیل خود خارج شده و به شکل عاملی جهت تفاخر و زیاده‌خواهی در آمده است. از طرف دیگر دیده می‌شود بسیاری نیز با ظلم و اجحاف آن را در حق زن تضييع می‌کنند. در حال حاضر تعیین مهریه‌های سنگین از مشکلات رایج حقوقی و اجتماعی محسوب می‌شود. به همین دلیل راهکارهایی در جهت کنترل مهریه‌های سنگین بررسی و طرح شده است. از جمله این تدابیر، تدبیری است که در تاریخ ۸۵/۱۱/۷ توسط سازمان ثبت اسناد و املاک اندیشیده شده و به دفاتر ازدواج و طلاق به صورت بخشنامه ابلاغ شده است.

در این بخشنامه تصریح شده است طرفین می‌توانند به صورت شرط ضمن عقد پرداخت مهریه را به صورت «عند الاستطاعه» یا توانایی زوج بر پرداخت شرط نمایند. ایجاد مانع بر اعمال ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب سال ۱۳۷۷ و پرهیز از بازداشت زوج می‌تواند از اهداف تدوین‌کنندگان این دستورالعمل باشد. چون زوجی را که توانایی پرداخت ندارد نمی‌توان ممتنع دانست.

مقاله حاضر به بررسی این نکته می‌پردازد که آیا عبارت «عند الاستطاعه» شرط ضمن عقد محسوب می‌شود یا تعبیر به شرط در این خصوص در مقایسه با شروط ضمن عقد از قبیل اشتراک لفظی است؟ در قدم بعدی به این نکته خواهیم پرداخت که آیا اساساً درج این عبارت می‌تواند خللی بر مهر المسمی وارد نماید یا اینکه توافق طرفین بر مهر المسمی با حفظ شرط نیز مصون از تعرض است.

بنابراین مقاله در دو گفتار ارائه می‌شود. در گفتار اول مفهوم کلمه «شرط» و احتمالات آن (شرط ضمن عقد بودن عند الاستطاعه یا شرط تعلیقی و یا شرط

تقیدی بودن) به اجمال در سه مبحث بررسی شده، سپس در گفتار دوم احتمالات مهم قابل تطبیق بر این عبارت در سه مبحث مطرح گردیده است.

هرچند موضوع مورد بحث در محافل حقوقی و اجتماعی به دفعات طرح و بیشتر طرد گردیده است؛ اما همان طور که می‌بینیم نقدهای ارائه شده بیشتر جنبه اجتماعی داشته و کمتر با مبانی تحلیلی حقوق ایران تطبیق یافته است. بدین منظور و بر این اساس خواهیم کوشید با استعانت از پروردگار و به اجمال و به روش تجزیه و تحلیل مطالب موضوع را با دقت بیشتری مرور نماییم. نتیجه حاصل می‌تواند در تفسیر تحلیلی روابط حقوقی و احیاناً اصلاح مقررات موجود نیز مفید باشد.

پیشاپیش و در جهت تحدید موضوع متذکر می‌گردیم قید «عند الاستطاعه» در مهریه‌های کلی فی الذمه محل بحث است؛ زیرا مالکیت ایجاد شده در این موارد منحصرأ در حد مالکیت ذمی است و افراغ ذمه از آن می‌تواند مقید به قید فوق گردد. والا در اعیان مشخص و یا کلی در معین به علت ایجاد مالکیت در اجزای خارجی قید مزبور علی القاعده محل بحث معتناهی قرار نمی‌گیرد. بنابراین هرچند مطالعه این قید در اعیان خارجی نیز قابل طرح است، اما موضوع بحث مطرح در این مقاله در خصوص مهر در ذمه است.

### توصیف حقوقی شرط عند الاستطاعه

عبارت «عند الاستطاعه» از قدیم در قباله‌های نکاح به عنوان شرط درج گردیده است. در عرف شایع حقوقدانان نیز عبارت مزبور در قالب شرط ضمن نکاح یا شرط ضمن مهریه طرح می‌گردد (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۵۸/۱). سازمان ثبت اسناد و املاک نیز با عنایت به همین شهرت در بخشنامه صادره خود مقرر می‌دارد؛ در صورتی که زوجین در نحوه پرداخت مهریه بر عند الاستطاعت مالی زوج توافق نمایند به صورت شرط ضمن عقد درج و به امضای زوجین می‌رسد.

در مباحث این گفتار خواهیم دید، آیا توصیف مشهور و یا به عبارت بهتر اجماع رایج در این زمینه که عبارت «عند الاستطاعه» را یک شرط ضمن عقد معرفی می‌نماید تا چه حدی از استحکام برخوردار است؟ آیا توصیف دیگری که انطباق

دقیق بر قصد طرفین داشته باشد وجود دارد؟ بدین منظور لازم است ابتدا به اجمال شرط ضمن عقد با عناوین مشابهی همچون شروط تعلیقی و تقيیدی بررسی گردند، سپس با حفظ مطالب به دست آمده به قضاوت نشست که به واقع منظور طرفین از درج عبارت مزبور چیست؟ تعیین ماهیت مهریه نیز می‌تواند در توصیف دقیق‌تر عبارت «عند الاستطاعة» مؤثر باشد.

### تفاوت شرط ضمن عقد با شرط تعلیقی و تقيیدی

هرچند در بعضی از کاربردها کلمه شرط بر مطلق تعهد نیز اطلاق شده است (بیهقی، بی‌تا: ۲۹۵/۱۰؛ منق‌ی هندی، ۱۴۰۹: ۳۲۲/۱۰؛ حر عاملی، ۱۴۰۳: ۶۴/۲۳) اما در اصطلاح تخصصی و شایع، ماهیتی است اعتباری و غیر مستقل که در ضمن قرارداد انشا می‌شود و بر خلاف عقد یا ایقاع به روش استقلالی انشا نمی‌گردد (شهیدی، ۱۳۸۶: ۲۱/۴). شرط، امری است فرعی که در ضمن عقد اصلی قرار داده می‌شود. همان طور که متعاقدین می‌توانند توافقات خود را به استقلال و به شکل عقدی مستقل تنظیم نمایند، می‌توانند مجموعه‌ای از همان توافقات را با ایجاد یک هسته مرکزی در قالب شرط قرار دهند. بدین ترتیب این مجموعه که هر یک می‌تواند در ذات خود تعهدی مستقل تلقی گردد در کالبد یک قرارداد، جنبه تبعی یافته و دنباله‌رو همان مرکز اصلی قرار می‌گیرد.

وابستگی و تبعیت یک شیء از شیء دیگر گاه به نحو تکوینی است، همان گونه که معلول به علت وابسته است. و گاه این وابستگی ریشه در جعل شارع دارد، مانند شرطیت طهارت در نماز و گاه نیز همچون شروط ضمن عقد، محض جعل است (توحیدی، ۱۴۱۷: ۲۶۸/۷-۲۶۹).

قانون مدنی ایران نیز فصل چهارم را در بیان شرایطی که در ضمن عقد می‌شود قرار می‌دهد و بدین ترتیب نشان می‌دهد جوهره اصلی شروط ضمن عقد، از طرفی وابستگی و فرعیت آن و از طرفی درج آن در ضمن عقد اصلی است. قانون مدنی در مواد ۲۳۲ تا ۲۴۶ که از شروط ضمن عقد سخن می‌گوید، از همین معنای تخصصی پیروی کرده است.

شرط در معنای مورد نظر جزء عقد یا جزء ماهیت اعتباری «منشأ» نیست. در غیر این صورت و در صورت بطلان شرط، عقد نیز می‌بایست تجزیه می‌شد و جزء مربوط به شرط باطل و عوض راجع به این جزء باطل نیز قابل استرداد می‌بود. این در حالی است که با بطلان شرط، هیچ جزئی از عقد باطل نمی‌گردد و تنها تحت شرایطی برای مشروط له حق فسخ ایجاد می‌گردد. به همین ترتیب شرط، قید ماهیت اعتباری «منشأ» نیز قرار نمی‌گیرد (شهیدی، ۱۳۸۶: ۲۵/۴). چون هیچ‌گاه متعاقدین در زمان جعل شرط در ضمن عقد به قیدیت شرط در ضمن عقد مشروط توجه نکرده‌اند. هرگاه ایشان قصد قیدیت بنمایند، از موضوع شروط ضمن عقد فاصله گرفته‌اند. به همین دلیل است که هیچ‌گاه با منتفی شدن شرط، ماهیت انشائیه منتفی نمی‌گردد.

اما در شروط تعلیقی وضعیت به گونه‌ای متفاوت است. در این وضعیت گاه انشای عقد و گاه منشأ عقد موکول به تحقق شرط می‌گردد. به عبارت دیگر در مباحث مربوط به شروط تعلیقی، هرگاه منظور تعلیق در انشا باشد، عمل ساختن عقد موکول به حصول معلق علیه می‌گردد و هرگاه منظور تعلیق در منشأ باشد، عقد در معنای محصولی یا همان ماهیت اعتباری در صورتی ایجاد می‌گردد که معلق علیه «شرط تعلیقی» تحقق یابد.

به نظر بعضی از اساتید حقوق، گونه دیگری از تعلیق نیز قابل تصور است. به نظر ایشان در وصیت تملیکی، انشا و منشأ منجز است. اما اثر آن که عبارت است از انتقال مالکیت موصی به موصی له معلق بر فوت موصی است (شهیدی، ۱۳۸۶: ۲۸/۴).

اطلاق کلمه شرط به شروط ضمن عقد و نیز استفاده از آن در اعمال حقوقی معلق از باب اشتراک لفظی است. اهمیت شرط تعلیقی به اندازه‌ای است که اساس قرارداد موکول به آن شده است، اما شروط ضمن عقد، اموری وابسته و تبعی محسوب می‌شوند که وجود عقد اصلی وابسته به آن نیست. به همین دلیل است که بطلان آن علی‌الاصول، باعث نابودی عقد اصلی نیست. بی‌دقتی در تفکیک این دو موضوع متفاوت می‌تواند باعث خلط بسیاری از احکام فقهی و حقوقی گردد. به عنوان مثال، هرگاه در یکی از طرفین عقد نکاح صفت خاصی شرط شود و بعد از عقد معلوم گردد که طرف مورد نظر فاقد وصف متصور بوده، برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود (قانون مدنی ایران، ماده ۱۱۲۸). اما اگر وصف مورد نظر در نزد طرفین به

حدی از اهمیت باشد که ماهیت نکاح را معلق به آن نموده باشند و یا به گونه‌ای قید قصد طرفین قرار گیرد، سخن از شرط ضمن عقد صحیح نیست. در شکل اخیر با نوعی نکاح معلق مواجه هستیم که معلق علیه آن وجود صفت خاصی در یکی از طرفین یا هر دوی آنهاست. در این صورت به دلالت ماده ۱۰۶۸ قانون مدنی ایران باطل است و از این جهت تفاوتی میان آنکه صفت مورد نظر «معلق علیه» حاصل باشد و یا صفت متصور، مفقود باشد وجود ندارد. قابل ذکر است که اگر یکی از طرفین صفت مزبور را به صورت شرط ضمن عقد و دیگری به عنوان شرط تعلیقی اراده نماید، عقد به علت عدم توافق قصدها باطل خواهد بود (ر.ک: قانون مدنی ایران، ماده ۱۹۴).

مقصود طرفین با مطالعه قرارداد و اوضاع و احوال موجود و احياناً استماع طرفین در جهت کشف اراده ایشان در زمان انعقاد عقد به دست می‌آید و نمی‌توان مقصود گوینده را به صورت قطعی از به کار بردن واژگانی همچون «اگر» و یا «به شرط اینکه» و امثال آن دریافت.

تفکیک میان شرط به معنای تعلیق شیء به شیء دیگر با شرط به معنای الزام و التزام در ضمن عقد به نحو ظرف و مظروف، در تحقیقات فقهی نیز حائز اهمیت است. به عنوان مثال اختلاف میان صاحب مکاسب که وفای به شرط فعل را شرعاً واجب تکلیفی می‌داند (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۶/۶۲) با صاحب لمعه که معتقد است وفای به شرط واجب تکلیفی نبوده و پس از تخلف از شرط، مشروط له حق فسخ عقد اصلی را خواهد داشت (شهید اول، ۱۴۱۰: ۱۳۱) قابل توجه است.<sup>۱</sup> به عقیده شهید، در فرض مزبور عقد به شرطی ممکن معلق گردیده است. پس به همین دلیل عقد نیز متزلزل می‌گردد؛ زیرا تعلیق چیزی بر یک امر ممکن، سبب ممکن شدن و در نتیجه تزلزل همان شیء خواهد شد. اما صاحب مکاسب تفکیک میان شروط تعلیقی و شروط ضمن عقد را اساس ایراد خود به نظریه شهید قرار می‌دهد. به عقیده ایشان در صورتی که شرط در ضمن عقد قرار داده می‌شود، عقد معلق بر شرط نیست بلکه تعهد و التزامی فرعی روی داده به گونه‌ای که تعدد مطلوب میان وفا به مدلول خود عقد از طرفی و

۱. جهت مطالعه تفصیلی در خصوص ضمانت اجرای تخلف از شرط ر.ک: محقق، *مجله تحقیقات حقوقی* (ویژه یادواره مرحوم دکتر شهیدی)، پاییز و زمستان ۱۳۸۴.

التزام به مدلول شرط از طرف دیگر تحقق یافته است. به عنوان مثال: اگر شخصی کالای خود را به این شرط که خریدار برای او لباس بدوزد به او بفروشد، در واقع دو مطلوب ایجاد شده، مطلوب اول که مطلوب اصلی است، فروش و معاوضه است و مطلوب دوم، دوزندگی است. در این مثال حقیقت معاوضه به دوزندگی معلق نگشته تا مطلوب واحدی خلق شده باشد. ایشان با عنایت به عقیده خویش و مشهور اضافه می‌کنند که: اگر عقد معلق باشد، به علت عدم جزم، آنچنان که در عقود معلق مقرر است، عقد باطل خواهد بود. نه اینکه به عقد جایز تبدیل گردد (انصاری، ۱۴۱۵: ۶/۶۳).

از آنچه گفته شد به دست می‌آید که درج امری به عنوان شرط ضمن عقد، به دو صورت تلقی می‌شود. در صورت اول، شرط مقدم موضوع و رکن مطلوب است، به گونه‌ای که بدون شرط، مطلوب نیز تحقق نمی‌یابد. شروط تعلیقی از این قبیل است. در صورت دوم، شرط مقدم موضوع و رکن مطلوب اصلی نیست. در این موارد دو مطلوب وجود دارد. از سویی مطلوب اصلی که اجرای مفاد عقد است و از سویی دیگر، تحقق و اجرای مطلوب دوم است که فرع مطلوب اول تلقی می‌گردد. شروط ضمن عقد از قبیل قسم دوم است.<sup>۱</sup>

در کنار شروط ضمن عقد و شروط تعلیقی، نوع دیگری از شرط که می‌توان آن را شرط تقییدی نامید، قابل شناسایی است. در این قسم اثر و یا آثار عقد مقید می‌شود و اجرای آن به تأخیر می‌افتد. در شرط تقییدی نه سخن از ایجاد تعهدی فرعی در ضمن تعهد اصلی است «آنچنان که در شروط ضمن عقد مقرر است» و نه سخن از تعلیق در انشا و یا منشا به حصول شرط است، بلکه اثر عقد از جمله اجرای تمام یا بعضی از تعهدات عقد موکول به قید مشخصی می‌گردد. هر چند ممکن است این قسم تحت عنوان تعلیق در اثر معرفی گردد، اما به نظر می‌رسد، چون تحقق ماهیت اعتباری در آن مفروغ عنه است و از طرفی استعمال تعلیق در محض انشا یا منشا عقد شیوع یافته، مناسب است این قسم را شرط تقییدی بنامیم.

مسامحه در کاربرد واژگان در حقوق فرانسه نیز وجود دارد. به عنوان مثال در

۱. به نظر می‌رسد اساس اختلاف قدما و متأخرین در سرایت بطلان از شرط به عقد در خلط و یا تفکیک میان دو مفهوم شرط تعلیقی و شرط ضمن عقد متجلی است که بررسی دقیق آن مجال دیگری می‌طلبد.

ماده ۱۱۷۵ قانون مدنی فرانسه، واژه «Condition» در مفهوم توافقات ضمنی و یا شرط ضمن عقد به کار رفته است. در این ماده آمده: «هر شرط به همان روشی باید به انجام برسد که طرفین در ظاهر پذیرفته یا بر انجام آن توافق نموده‌اند»<sup>۱</sup>. این در حالی است که در ماده بعدی از واژه «Condition» در مفهوم شرط تعلیقی استفاده شده است. در ماده ۱۱۷۶ قانون مدنی فرانسه آمده است: «هرگاه یک تعهد مشروط بر وابسته‌ای که در زمان مشخصی روی دهد، بسته شود، این تعهد با سپری شدن آن زمان و عدم تحقق آن واقعه زایل می‌گردد. اما اگر زمان مشخصی تعیین نشده باشد، تعهد هر زمان قابل اجراست و جز در صورتی که مسلم گردد آن واقعه روی نخواهد داد، آن تعهد زایل نمی‌شود»<sup>۲</sup>. هرچند در ماده ۱۱۷۶ فقط از کلمه «شرط»<sup>۳</sup> استفاده شده، اما رویه قضایی فرانسه در تفسیر این ماده از ترکیب وصفی «شرط تعلیقی»<sup>۴</sup> استفاده نموده است (Civ.1er4 juin 1991). این کاربرد ترکیبی به خوبی نشان می‌دهد که به نظر رویه قضایی فرانسه نیز اکتفا به واژه شرط در شروط تعلیقی کافی نیست.

### تعلیقی و یا تقيیدی بودن شرط عند الاستطاعة

تفاوت اساسی میان شرط ضمن عقد و شروط تعلیقی و نیز شروط تقيیدی در مبحث پیشین بررسی گردید. به اجمال آثار حقوقی متفاوت هر یک از این سه وضعیت نیز روشن گردید. اکنون مناسب است به اجمال تطبیق هر یک از این سه احتمال بر عبارت مورد نظر بررسی گردد. طرفین می‌توانند عبارت «عند الاستطاعة» را در معنای شرط تعلیقی به کار برند. در این صورت اگر منظور، تعلیق در توافق در معنای

1. Toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût.
2. Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un événement arrivera dans un temps fixe, cette condition est censée défaillie lorsque le temps est expiré sans que l'événement soit arrivé. S'il n'y a point de temps fixe, la condition peut toujours être accomplie; et elle n'est censée défaillie que lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas.
3. Condition.
4. Condition suspensive.

مصدری باشد، هیچ‌گونه توافقی حاصل نشده و در نتیجه مهر المسمی باطل خواهد بود. اما اگر منظور، تعلیق در حاصل توافق به صورت تعلیق در منشأ باشد، تا زمان حصول معلق علیه «قدرت در استطاعت»، ماهیت اعتباری مهر المسمی ایجاد نخواهد گردید و در نتیجه ذمه و یا عهده مرد اشتغال نخواهد یافت. بنابراین هرگاه مرد قبل از استطاعت فوت نماید، به علت عدم تحقق منشأ، حلول دین او مشکل به نظر می‌رسد. این توافق در صورتی صحیح است که اولاً طرفین هر دو با قصدی مشترک، بر آن توافق نمایند و ثانیاً برای زمان حصول معلق علیه سقفی تعیین نموده باشند. در غیر این صورت بنا به فرض اول، توافق ایشان به دلالت ماده ۱۹۴ قانون مدنی و بنا به فرض دوم توافقتشان بنا به ملاک ماده ۴۰۱ باطل خواهد بود.

تصور عبارت «عند القدرة و الاستطاعة» به عنوان شرط ضمن عقد در مفهوم تخصصی آن، هرچند غیر ممکن نیست، اما تکلف‌بار و غیر قابل اتکا به نظر می‌رسد. در این فرض لازم است طرفین اصل اشتغال ذمه مرد به مهر المسمی را مفروغ عنه تلقی نمایند، اما به صورت فرعی نیز توافق کنند که زن تا زمان قدرت و توانایی مرد در پرداخت مطالبه نماید. به عبارت دیگر چون شروط صحیح ضمن عقد منحصر در شرط فعل، صفت و نتیجه است و انطباق مورد با شرط نتیجه و صفت موضوعاً منتفی است، چاره‌ای جز تطبیق مورد با شرط فعل نخواهیم داشت. در این صورت نیز چه به صورت شرط فعل مثبت و یا شرط فعل منفی تنها با تقدیر عباراتی که مجدداً ما را به نوعی شرط تعلیقی و یا تقيیدی در شرط ضمن عقد باز می‌گرداند، مواجه خواهیم شد. چراکه مطالبه نمودن در زمان قدرت و استطاعت و یا مطالبه نمودن تا زمان قدرت و استطاعت به واقع شرط در معنای تخصصی آن نیست و انجام کار و یا ترک کاری به صورت مستقیم و مستقل از قید استطاعت، مطلوب نظر طرفین نمی‌باشد.

در میان سه نوع شرطی که در گفتار پیشین بررسی گردید، انطباق عبارت «عند القدرة و الاستطاعة» به شروط تقيیدی هم به لحاظ مفهوم عرفی متبادر از آن و هم به لحاظ تحلیلی، روشن‌تر به نظر می‌رسد. در این فرض طرفین نه تعهدی فرعی در ضمن تعهدی اصلی بر عهده نهاده‌اند و نه ماهیت مهر المسمی را موکول به تحقق استطاعت کرده‌اند. بلکه مهر المسمی به صورت منجز ایجاد گردیده و ذمه مرد نیز

به تمام آن اشتغال یافته است. بنابراین اعتقاد به حلول دین او در صورت فوت مرد ولو پیش از استطاعت قوی به نظر می‌رسد. طبق این احتمال، اثر مهر المسمی یا اجرای آن مفید به قید استطاعت شده است. به همین دلیل است که در صورت صحت درج این شرط در مهریه، هرگاه پیش از حصول استطاعت، زن مطالبه مهریه کند، مرد با استناد به انتفای قید اجرای تعهد، مهریه را تحویل نمی‌دهد. آنچه انکارناپذیر است، تعهدآور بودن توافق بر مهر المسمی است. اما در این فرض اگر امکان مطالبه و به بیان دیگر تعهد قطعی مرد بر پرداخت مهریه تا زمان نامعلومی به تأخیر انداخته شود، تعهد جوهره خود را از دست خواهد داد. و برای بطلان توافقات تعهدآور خدشه به این عنصر اساسی کافی است. در مقابل تعیین سقف زمانی مشخص که در آن هرگاه استطاعت به دست آمد، مهریه قابل مطالبه باشد و پس از آن ولو بدون استطاعت، مهریه قابل مطالبه گردد، می‌تواند از این جهت باعث تصحیح مهر المسمی گردد.

### ماهیت مهریه

توجه به ماهیت مهریه و توصیف دقیق حقوقی آن می‌تواند در خصوص ارزیابی اعتبار قید عند الاستطاعه در مهریه و آثار مترتب بر آن مفید باشد.

به نظر بعضی مهریه مستقل از نکاح نیست و رکن آن محسوب می‌شود. ایشان مهریه را به عنوان عوض در نکاح به حساب می‌آورند. ظاهر کلام شیخ طوسی در نهاییه این است که: «عقد نکاح با مهریه‌هایی که قابل تملک نیستند مانند شراب و خوک جایز نیست و اگر با چنین اشیایی نکاح را واقع سازند، آن عقد باطل است» (طوسی، ۱۴۰۰: ۲۶۹). در مقابل برخی دیگر مهر را از توابع نکاح می‌دانند و با صراحت اعلام می‌کنند که مهر رکن عقد نکاح نیست (کرکی، ۱۴۱۴: ۳۳۳/۱۳). به نظر برخی از حقوقدانان مهر نوعی الزام قانونی است که بر مرد تحمیل می‌شود و زوجین تنها می‌توانند هنگام عقد و یا بعد از آن مقدار مهر را به تراضی تعیین کنند (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۱۳۸/۱). بر خلاف بعضی تصریحات که مهریه را عقد نمی‌دانند (نجفی، ۱۳۶۶: ۳۳/۳۱)، مطالعه مجموع ضوابط و مقررات حاکم بر مهریه نشان می‌دهد، علی‌رغم پیچیدگی ماهیت این تأسیس حقوقی، توافق بر مهریه یک عقد تبعی نسبت به عقد نکاح

به شمار می‌رود. مرحوم شیخ طوسی در کتاب خلاف به این موضوع تصریح کرده‌اند. به نظر ایشان «مهر و نکاح دو عقد مستقلی هستند که هر کدام از آنها به طور مستقل از دیگری صحیح است. اگر عقد نکاح بدون مهر منعقد شود، نکاح صحیح است و اگر بعد از آن مهر تعیین شود، آن هم صحیح می‌باشد» (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۶۴/۴).

مرحوم طبرسی نیز در موضوع مهر قرار دادن اشیایی که از نظر شرع غیر قابل تملک هستند، با صراحت نکاح و مهریه را دو عقد می‌داند (طبرسی، ۱۴۱۰: ۱۵۵/۲). امکان جعل خیار شرط برای مهریه به شرط تعیین مدت اعمال آن، برای مشروط له (ابن براج، ۱۴۱۱: ۱۷۴) که در ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی ایران نیز به آن تصریح شده، تعبیری ضمنی از عقد بودن مهریه است. چراکه با تتبع در قواعد به راحتی به دست می‌آید که خیار شرط منحصرأدر ماهیت اعتباری دوطرفه یا عقد، قرار داده می‌شوند. به همین ترتیب ضرورت معلوم و معین بودن مهریه و مالیت داشتن آن، اجرای قواعد عمومی قراردادها را در خصوص مهریه به خوبی نشان می‌دهد. منتها باید توجه داشت پیروی از نظریه انحصار عقود به عقود معین زمینه روانی مساعدی را فراهم می‌کند تا هیچ توافقی جز توافقات کاملاً محدود و شاخص و نامدار را یک عقد تمام‌عیار محسوب نماییم. با گذر از این تنگنا علاوه بر توسعه دید به عقود نامعین می‌توان بعضی از توافقات ضمنی را که از نوعی اصالت برخوردارند و از بعضی از قواعد ویژه عقود تبعیت می‌کنند، با سهولت یک عقد به شمار آوریم. این طرز تلقی همچنان که خواهیم دید کمک می‌نماید تا بتوانیم در محل تردید نیز سایر قواعد رایج در معاملات را اعمال کنیم.

### احتمالات قابل بررسی در شرط عند الاستطاعه

در مباحث گفتار پیشین واژه شرط در عبارت «عند الاستطاعه» بررسی گردید. اما در این گفتار با حفظ و عنایت به آن مطلب به بررسی بیشتر موقعیت این شرط در توافق مربوط به مهریه می‌پردازیم. بدین ترتیب احتمالات قابل لحاظ که انتساب آن به عبارت «عند الاستطاعه» قوی‌تر به نظر می‌رسد مطالعه خواهد شد. هریک از احتمالات ذیل می‌تواند آثار متفاوت ایجاد نماید. تصمیم در خصوص مشروعیت حقوقی آن نیز حسب مورد متفاوت است.

### به تأخیر انداختن زمان مطالبه به موجب شرط عند الاستطاعة

مطابق این احتمال، درج قید «عند الاستطاعة» باعث می‌شود مطالبه مهر توسط زن تا زمان توانایی مرد بر پرداخت آن به تأخیر افتد. بر این اساس زن حق ندارد پیش از تحقق توانایی مطالبه مهر نماید. همان طور که می‌بینیم مقصود شایع عرفی از درج عبارت «عند الاستطاعة» در ضمن مهریه، همین فرض است.<sup>۱</sup>

با اینکه اصل تأجیل مهریه پذیرفته شده است (سیستانی، ۱۴۱۶: ۹۵/۳؛ موسوی خمینی، ۱۳۹۰: ۲/۲۹۹) اما نسبت به شرط عند الاستطاعة که باعث به تأخیر انداختن و تعویق مهریه است، اشکالاتی به نظر می‌رسد که در ذیل به بررسی عمده‌ترین آنها می‌پردازیم.

### غرری شدن توافق

یکی از اشکالات جدی بر درج این شرط، پیدایش غرر در عقد مهریه است. پیدایش غرر بدین شکل است که با قید شرط مزبور بدون تعیین زمانی برای استطاعت، امکان مطالبه زن تا زمان نامعلومی به تأخیر می‌افتد. این زمان ممکن است یک ماه، یک سال و یا دهها سال بعد از انعقاد قرارداد باشد. این ابهام به حدی است که ذوق سلیم آن را نمی‌پذیرد. به همین جهت است که در فقه، رفع جهالت از مهر و تعیین اجل را در صورتی که مهریه در آینده قابل پرداخت باشد، شرط ضروری دانسته‌اند (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۴۱۹/۷؛ سیستانی، ۱۴۱۶: ۹۵/۳).

در رابطه با جریان غرر در مورد مهریه ممکن است اشکال شود که مهر همچون عقود معوض نیست. به همین جهت غرر در آن تا اندازه زیادی عفو شده است. بر این اساس در کتاب النکاح مرحوم شیخ انصاری آمده است: «در صداق تعیین آن به آنچه که بخش عظیم جهالت با آن برداشته شود، شرط است. به گونه‌ای که اگر مهر به طور کلی مبهم باشد، باطل است» (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۶۰).

۱. بخشنامه سازمان ثبت اسناد نیز که مقرر می‌دارد، دفاتر رسمی ازدواج دو شرط عند الاستطاعة یا عند المطالبة را به زوجین تفهیم نمایند تا ایشان یکی از دو مورد را توافق نمایند، به صورت تلویحی و با عنایت به قرینه عند المطالبة نشان می‌دهد در وضعیت عند الاستطاعة ادای مهر به تأخیر می‌افتد. البته ناگفته نماند که این بخشنامه از این جهت نیز مشکل ساز است. زیرا بر خلاف ظاهر بخشنامه نمی‌توان پذیرفت مهریه عند المطالبة ولو در وضعیت ناتوانی نیز قابل مطالبه می‌باشد.

بعض دیگر در مقام مقایسه مهر با معاوضات فرموده‌اند: «تعیین مهر مانند تعیین

لازم در بیع و سایر معاوضات لازم نیست» (اصفهانی، وسیلة النجاة (مع حواشی الامام): ۷۴۸). در پاسخ باید گفت، بر فرض که مقداری از غرر در مهریه مجاز باشد، مهم تشخیص این مقدار است. به عبارت دیگر باید دانست تا چه حدی از غرر در مهریه اجازه داده شده و چه مقداری از آن مجاز نیست. این میزان با دقت در عبارات نویسندگان فقهی نیز به دست می‌آید. از جمله علامه می‌فرماید: «اگر مهریه مؤجل قرار داده شد واجب است که اجل به گونه‌ای تعیین شود که از کمی و زیادی آن محفوظ بماند و اگر شرط مجهولی قرار داده شد مهر المسمی باطل و مهر المثل به صورت حال با دخول ثابت می‌شود» (حلی، تحریر الاحکام الشرعية علی مذهب الامامیه: ۳۳/۲). در وسیلة النجاة نیز آمده است: «... در صورتی که مهر عین خارجی باشد، مشاهده آن کافی است هرچند که نسبت به وزن و تعداد و کیل آن جهل وجود دارد مثل مقداری طعام و...» (اصفهانی، وسیلة النجاة (مع حواشی الامام): ۷۴۸). همچنین فقها در بحث از اینکه مهریه زن می‌تواند تعلیم قرآن باشد می‌فرمایند: «و اگر مرد آموزش قسمتی از قرآن را صداق قرار دهد، لازم است که آن قسمت را معین کند بنابراین اگر مهر آموزش سوره‌ای است، لازم است آن سوره تعیین شود و همچنین اگر آموزش آیاتی از قرآن مهر قرار گرفته، ضروری است آن آیات را معین کند. چرا که این امور مورد اختلاف واقع می‌شوند. اما تعیین نوع قرائت و امثال آن لازم نیست» (ابن براج، ۱۴۰۶: ۱۹۹/۲؛ حلی، تحریر الاحکام الشرعية علی مذهب الامامیه: ۳۱/۲).

با دقت در این عبارات در می‌یابیم که غرر در مهریه در حد بسیار ناچیزی عفو شده است. ضرورت تعیین اجل در عبارت علامه و مشاهده مهریه معین که باعث رفع قسم اعظم غرر می‌شود و یا ضرورت تعیین سوره و آیات در آموزش قرآن همگی نشان می‌دهند، ضابطه در مقدار مجاز از غرر، آن میزانی است که به طور متعارف و معمول باعث اختلاف نشود. این ضابطه به روشنی در تعلیل پایانی عبارت مرحوم قاضی ابن براج -برای تعیین نوع سوره و مقدار آیات قرآن- تصریح شده است. بنابراین همچنان که عدم تعیین اجل در مهریه مؤجل به علت ضرورت پرهیز از غرر مجاز نیست، به تأخیر انداختن مطالبه تا زمان استطاعت که آن نیز در حکم مهریه

مؤجل و بدون تعیین اجل است، مجاز نمی‌باشد.

اشکال دیگر شباهت موضوع به موردی است که در آن خانه و یا خدمتکاری مهر قرار داده می‌شود و مشخصات آن خانه و یا خدمتکار معین نمی‌گردد. در این صورت زوج ملزم است فرد متوسط از خانه و یا خادم را تحویل دهد (حر عاملی، ۱۴۰۳: ۲۸۳/۲۱؛ فیض کاشانی، *مفاتیح الشرائع*: ۲/۲۷۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴: ۱۱۵). این فرض علی‌رغم تفاوت ارزش میان منزل مرغوب با خانه‌ای محقر و نیز خدمتکاری توانا با خدمتکاری ناتوان که مشتمل بر غرر زیادی است، مجاز اعلام شده است. بنابراین مسئله مورد بحث نیز می‌تواند مجاز باشد.

در پاسخ به این اشکال نیز می‌گوییم:

الف: همان طور که بعضی از محققین گفته‌اند، حکم مزبور مخالف قواعد است و آن را به علت نص خاص در خصوص مورد قابل اعمال می‌دانند. بنابراین نمی‌توان از این خبر به قاعده‌ای دست یافت تا با قاعده عام و اساسی «لزوم پرهیز از غرر» توان مقابله داشته باشد.

ب: مستند حکم روایاتی است که همگی از نظر سند دچار اشکال هستند. در سلسله سند بعضی از این اخبار شخصی به نام علی بن ابی حمزه بطائنی وجود دارد که واقفی مذهب است و در کتابهای رجالی مخدوش شده است (کشی، ۱۴۹۰: ۴۰۳-۴۰۴؛ طوسی، ۱۴۱۵: ۳۳۹؛ همو، ۱۴۰۷: ۲۴۹). به همین دلیل مرحوم شیخ، حکم خادم متوسط را به خاطر روایت ابی حمزه واقفی و منزل متوسط را به جهت مرسله ابن عمیر مخدوش می‌داند و معتقد است مهریه به علت جهالت زیاد باطل است و به مهر المثل رجوع می‌شود (انصاری، *کتاب النکاح*: ۲۶۰).

ج: در روایتی نقل شده؛ در جایی که مقداری از مهریه حال است و مقداری از آن مؤجل به زمان نامعلومی است، اجل نامعلوم با جدایی یا مرگ حلول می‌یابد (حر عاملی، ۱۴۰۳: ۲۶۴/۲۱). ممکن است در این باره گفته شود، تأجیل نامعین که با فوت و جدایی حلول می‌یابد کمتر از فرض تأخیر مهریه تا حالت توانایی نیست. بنابراین در فرضی که مطالبه و پرداخت موکول به استطاعت شده نیز می‌توان حکم مزبور را اجرا نمود.

این روایت که تنها در وسائل الشیعه نقل شده و در سایر کتابهای معتبر روایی

شیعه نقل نشده مورد التزام فقهای امامیه نیز قرار نگرفته است. ضمن آنکه در همین روایت نیز تمام مهریه به اجل نامعلومی واگذار شده است و خصوصاً به خاطر عمل به سایر ادله‌ای که حکم به رفع غرر می‌نمایند می‌توان یا مقدار نامعلوم را از باب تابع و ضمیمه به مهریه اصل تلقی نمود<sup>۱</sup> و یا به مورد روایت و قدر متیقن اکتفا کرد.

مسئله شرط عند الاستطاعه در فقه عامه نیز بررسی شده است. حنفیه آن را به خاطر جهالت در اجل باطل می‌دانند. به نظر ایشان: «و مؤجل کردن تمام و یا مقداری از صدق جایز است اما شرط است که اجل دارای جهالت فاحشی نباشد مثل اینکه بگویند به ازدواج در آوردم تو را به صد واحد مؤجل به زمان توانایی» (جزیری، ۱۴۱۹: ۲۱۵/۴). سمرقندی نیز در *تحفة الفقهاء* می‌گوید: «و اگر مؤجل به زمان غیر معلومی شد مثل تأجیل تا زمان توانایی، اجل باطل می‌شود و مهر حال می‌باشد» (سمرقندی، ۱۴۱۴: ۱۴۲/۲). محمد صالح عثیمین در این باره می‌گوید: «و اگر شرط شود که ثمن مؤجل به زمانی شود که خداوند او را توانا کند، مذهب این است که این شرط جایز نیست و اجل باطل است چون نمی‌توان دانست چه زمانی خداوند او را توانا می‌کند. شاید یک ساعت بعد یکی از اقربای ثروتمند او بمیرد و او ارث ببرد و شاید سالها او در عسر بماند. لذا چنین شرطی صحیح نیست و ثمن حال می‌شود و علت این حکم جهالت است». قانون احوال شخصیه اردن با صراحت چنین شرطی را جایز نمی‌داند (قانون احوال شخصیه سال ۱۹۷۶ اردن، ماده ۴۶).

برخی دیگر از فقهای عامه آن را جایز می‌دانند و برای توجیه غرر موجود در آن استدلال می‌کنند که غرر در شرط عند الاستطاعه به مراتب کمتر از زمان موت و جدایی است، بنابراین چنین شرطی صحیح است (ابن تیمیه، *الفتاوی الکبری*: ۲/۲).

بعضی دیگر از علمای عامه در صورتی چنین شرطی را جایز می‌دانند که زوج در همان زمان عقد، توانایی مالی داشته باشد اما مانعی برای پرداخت او پدید آمده باشد. به عبارت دیگر در پرداخت مهریه استطاعت دارد، اما مانعی ایجاد شده و آن مانع خللی در پرداخت ایجاد کرده است. مثل آنکه جنسی را نسبه فروخته و هنوز ثمن را دریافت

۱. یغترف فی التابع ما لا یغترف فی غیره.



نکرده است. در این صورت عدم دریافت ثمن مانع پرداخت مهریه او نیز می‌شود. اما این طلب جزء دارایی شخص محسوب است. ولی اگر زوج در زمان عقد مالی نداشته باشد، شرط استطاعت در آن را سبب غرر و بطلان مهریه می‌دانند. به علاوه این شرط در نزد فقهای مالکی باعث بطلان نکاح نیز می‌شود (جزیری، ۱۴۱۹: ۲۱۶/۴).

هرچند نکاح بنا به ماهیت اصلی آن، یک عقد شخصیتی و غیر مالی محسوب می‌شود، اما آثار و توابع مالی پراهمیت آن بر کسی پوشیده نیست. توافق طرفین در خصوص تعیین مهر المسمی نیز از توابع مالی پراهمیت نکاح شمرده می‌شود. شایع است که در جلسات مقدماتی عقد و یا حتی در خواستگاری طرفین با توجه ویژه‌ای در خصوص کم و کیف مهریه توافق می‌نمایند. بارها و بارها دیده شده که به علت اختلاف در مهریه، از اصل عقد نکاح نیز صرف نظر شده است.

بنابراین هرگز نمی‌توان پذیرفت که طرفین از توافق بر مهریه، ایجاد یک تعهدی تمام‌عیار و بی‌چون و چرا را در سر نمی‌پرورانند. قصد ایشان تعهدی لازم و غیر قابل استنکاف است. حق مطالبه و امکان مراجعه طلبکار به بدهکار جهت مطالبه، از عناصر مهم تعهد محسوب می‌شوند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۸/۱). از این‌رو حتی در تعهدات جایز نیز، تا زمانی که اصل ماهیت اعتباری جایز وجود دارد، می‌توان مطالبه نمود. اطلاق عنوان تعهد در ماده ۲۶۶ قانون مدنی ایران بر مواردی است که برای متعهد له قانوناً حق مطالبه نیست، همان‌طور که بعضی از محققان گفته‌اند مجازی است به اعتبار ما کان (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۸/۱)، والا تعهد واقعی در کار نیست.

به هر ترتیب درج قید عند الاستطاعه، اجرای تعهد را به کیفیت و وصفی موکول نموده که محدوده زمانی مشخصی برای آن قابل تخمین نیست. به موجب این قید، معلوم نیست متعهد «زوج» در تمام مدت زندگی خود، توانایی پرداخت بیابد. این وضعیت نابسامان به گونه‌ای مفهوم التزام و جوهره آن را تباه می‌کند که به دید تحقیق، جایگاهی برای آن نمی‌ماند و دیگر سخن گفتن از تعهد گزارف است. این در حالی است که با قید عند الاستطاعه یکی از آثار اصلی توافق بر مهریه «قرارداد مهریه» منتفی می‌گردد و نفی آن نیز عرفاً ملازمه با نفی مضمون توافق خواهد داشت. بنابراین همان‌طور که درج شرطی در ضمن عقد که مخالف با اثر اصلی

عقد داشته باشد در حکم شرط خلاف مقتضای ذات محسوب است (بجنوردی، القواعد الفقهیه: ۲۶۸/۳) بنا به اعمال قاعده وحدت ملاک در صورتی که اجرای قرارداد مهریه نیز معلق به حصول توانایی گردد، اثر اصلی مهر المسمی یا حق مطالبه به صورت نامحدود نابود می‌گردد و این نیز موجب بطلان اصل مهریه خواهد شد.

قابل ذکر است که این اشکال بر صحت مهر المسمایی که در آن قید «عند الاستطاعه» درج شده، مانع جدی ایجاد می‌کند. مانعیت این اشکال بر صحت مهریه حتی مقدم بر اشکال بر آن به جهت غرری بودن است. چراکه بر این اساس و با حذف جوهره تعهد از مهریه، دیگر توافقی در کار نیست تا از غرری بودن و یا نبودن آن سخنی به میان آورده شود.

گذر از این اشکال بزرگ، در میانه راه نیز خصوصاً در مقام تطبیق سایر قواعد حقوقی ما را با مشکلات اساسی مواجه می‌کند. از جمله این سؤال ایجاد می‌شود که با وجود چنین شرطی، تکلیف مهریه در صورت طلاق چیست؟

روشن است با طلاق قبل از نزدیکی نیمی از مهریه به مرد مسترد می‌گردد. اما اگر شوهر در زمان طلاق استطاعت در پرداخت نداشت، تکلیف زن چیست؟

### تأکیدی بودن شرط عند الاستطاعه

همان‌طور که می‌دانیم در هنگام مطالبه دین توسط طلبکار، لازم است مدیون قدرت بر ادای دین داشته باشد. در غیر این صورت طلبکار طبق ضوابط فقهی مجاز در مطالبه نیست (موسوی خمینی، ۱۳۹۰: ۶۵۱/۱). در مورد مهریه نیز حق مطالبه زمانی است که زوج توانایی پرداخت داشته باشد (فاضل لنکرانی، نکاح: ۴۳). این احتمال نیز قابل تصور است که مراد از شرط عند الاستطاعه تأکید طرفین بر همین شرط عام باشد. منتها بر این اساس تصریح به شرط مزبور در متن عقد بیهوده تلقی خواهد شد و فایده خاصی نخواهد داشت.<sup>۱</sup>

با این حال به عقیده برخی، درج این شرط باعث سقوط حق حبس زن است.

---

۱. مفهوم استطاعت در ادای مهریه با استطاعت در مواردی همچون تکلیف انفاق به اقارب در خط مستقیم، متفاوت است. در نوع اخیر اصل تکلیف معلق به استطاعت است. در حالی که استطاعت محل بحث در معنای فوق الذکر موجب امکان مطالبه است.

مرحوم آیه‌الله فاضل در مورد شرط عند الاستطاعه در مهریه می‌نویسند: «این قید جایز و صحیح است و باید بر طبق آن عمل شود اما توجه داشته باشید که هر دینی که قهراً یا اختیاراً برای انسان به وجود می‌آید شرعاً عند الاستطاعه است یعنی وقتی مدیون استطاعت و توان پرداخت دین خود را ندارد بر طلبکار حرام است که او را تحت فشار قرار دهد. بلکه باید به او مهلت دهد تا بتواند بدهی خود را بپردازد. بلی قید عند الاستطاعه مهریه فقط یک فایده دارد و آن اینکه زن نمی‌تواند از حق حبس استفاده کند و قید عند الاستطاعه تنها به معنای اسقاط حق حبس زن که مانع شرعی ندارد، صحیح است و اصولاً هر کس می‌تواند از حق خود صرف نظر کند» (بخش پاسخ به سؤالات دفتر آیه‌الله فاضل: پاسخ ۵۱۷۰۱).

در اینکه حق حبس زن مشروط به حال بودن مهریه است، تردیدی وجود ندارد (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۷۵/۲؛ راشد صیمری، ۱۴۲۰: ۱۴۰/۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۲۷۳/۸؛ فاضل لنکرانی، *الاحکام الواضحه*: ۳۹۱). ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی ایران نیز به تبع فقه به این موضوع تصریح کرده است. قید عند الاستطاعه در مهریه نیز بر فرض اعتبار همان ملاک را ایجاد می‌نماید و همان طور که اساتید فوق‌الذکر اشاره نموده‌اند، باعث سقوط حق حبس می‌شود. منتها به نظر می‌رسد، اجل در مهر مقتضی حق حبس را از میان می‌برد و فرصتی برای ایجاد آن باقی نمی‌ماند تا پس از ایجاد اسقاط شود. بنابراین تطبیق تأجیل در مهر با مقوله دفع حق حبس، قوی‌تر از تطبیق آن با رفع حق حبس پس از ایجاد است. به همین دلیل است که قانون مدنی ایران در ماده ۱۰۸۵ حال بودن را شرط ایجاد حق حبس تلقی کرده است.

ما نیز بر این عقیده‌ایم که درج قید «عند الاستطاعه» باعث می‌شود از اساس حق حبس برای زن ایجاد نشود. اما به این دلیل که درج این قید، باعث بطلان مهر المسمی است. بنابراین موضوع از قبیل مواردی است که اساساً مهر المسمایی در نکاح تعیین نشده است. روشن است در این صورت، مسمایی وجود ندارد تا زن اقدام به تمکین را متوقف بر آن نماید. از طرفی حق زن بر مهر المثل نیز معلق بر وقوع نزدیکی است و نمی‌توان پذیرفت که الزام به تمکین زن، منوط به ایفای حقی است که به نوبه خود منوط به وقوع تمکین شده است.

### اسقاط حق مطالبه به موجب شرط عند الاستطاعه

ممکن است گفته شود، منظور از شرط عند الاستطاعه، اسقاط حق مطالبه است و با قید مزبور زن که با توافق بر مهریه مستحق آن گردیده، حق مطالبه خود را ساقط می‌نماید.

این احتمال نیز به جهاتی قابل پذیرش نیست. چون اگر مراد از اسقاط، چشم‌پوشی دائمی از حق مطالبه است، باید گفت در این صورت حتی پس از استطاعت و توانایی مرد در پرداخت نیز، زن حق مطالبه نخواهد داشت و اگر منظور از اسقاط، چشم‌پوشی موقت از حق مطالبه است، لازم است برای آن تعیین وقت شود و در صورت تعیین نکردن مدت همان معنای به تأخیر انداختن مطالبه مهریه تا زمان نامشخص حاصل می‌شود که در مبحث اول به آن پرداختیم و اعتقاد به بطلان مهر المسمی بنا به مبانی اختیار شده ترجیح داده شد. احتمال اسقاط دائم مهریه با تعلیق انفساخ آن در صورت حصول توانایی و استطاعت «معلق علیه» نیز به اندازه‌ای تکلف‌آمیز است که انتساب آن به اراده زن را غیر قابل پذیرش می‌نماید.

در خصوص اسقاط حق مطالبه ثمن چنین استفتا شده که: «آیا اسقاط حق مطالبه ثمن در حین عقد در عقود مثل بیع جایز است. مثلاً بدین شکل بگویند که این جنس را به تو می‌فروشم به شرط آنکه پول آن را هر وقت توانستی بدهی؟» در جواب فرموده‌اند: «اگر ثمن مؤجل باشد باید اجل آن دقیقاً معین باشد» (<http://www.sistani.org>).

از طرف دیگر، معمول این است که طرفین با توافق، قید عند الاستطاعه را در ضمن عقد درج می‌نمایند. به گونه‌ای که اراده هیچ یک بر این توافق برتر از اراده دیگری نیست. اما همان طور که می‌دانیم، اسقاط حق بنا به عقیده مشهور (حلی، ۱۴۰۸: ۲۷۵/۲) و نیز بنا به مقررات موضوعه ایران از جمله فحوای ماده ۲۹۱ قانون مدنی ایران و نیز ماده ۲۸۹ این قانون، عمل حقوقی یک‌طرفه «ایقاع» محسوب است. به همین دلیل جای دادن یک توافق ارادی دوطرفه در ضمن یک قالب ارادی ایقاعی از لحاظ تحلیلی نیز ممکن نمی‌باشد.

اشکال عمده دیگر که سابقاً به آن اشاره شد زوال عنوان تعهد از چنین مهریه‌ای است. به عبارت دیگر حذف حق مطالبه و یا اسقاط آن به صورت دائم و بدون حد

و مرز یکی از عناصر مهم تعهد را سلب می‌نماید و به تبع آن امکان الزام به انجام تعهد یا ضمانت اجرای تعهد نیز از آن گرفته می‌شود. حذف این اثر عمده نیز به نوبه خود توافق بر مهریه را عقیم و بی اعتبار می‌نماید.

### نتیجه

درج قید «عند الاستطاعة» در ضمن توافق بر مهریه باعث جهالت و یا غرر نسبت به مهر و در نتیجه بطلان آن می‌گردد. پس لازم است مقررات مربوط به بطلان مهر المسمی در خصوص مورد اعمال گردد.

مطالعه عقاید فقها و نیز تحلیل دقیق موضوع نشان می‌دهد، غرر در مهریه در حد جزئی عفو شده و در خصوص موضوعاتی از قبیل تعیین اجل در مهر مؤجل که موضوع مورد بحث ما نیز از همان ملاک برخوردار است، قابل چشم پوشی نمی‌باشد. همان طور که اگر مهریه، تعلیم قرآن قرار داده شود، مقدار آیات و نام سوره باید تعیین گردد. بنابراین ضابطه در مقدار معفو از غرر در مهریه، همان طور که از روایات وارد و نیز تحلیل منطقی موضوع به دست می‌آید، آن مقداری است که به طور معمول سبب اختلاف میان طرفین نگردد.

تفسیر این قید به «اسقاط حق مطالبه» با اندک تأملی بی اساس می‌نماید. چراکه اگر منظور از اسقاط حق مطالبه، اسقاط دائمی باشد، همان طور که از ظاهر آن برمی آید، حتی پس از استطاعت نیز امر زائل اعاده نمی‌گردد و اگر منظور اسقاط غیر دائمی باشد معنایی جز اناطه پرداخت به طور معلق به امری محتمل الحصول در آینده، آن هم تا زمانی نامعین نخواهد بود که عین مختار ماست.

بی فایده تلقی کردن شرط مزبور نیز به علت بداهت پرهیز طرفین از لغویت، احتمال قابل اعتنایی نیست. انتساب آثاری همچون سقوط حق حبس در وضعیت درج این قید در مهریه نیز فرع بر صحت و اعتبار آن است. با اثبات بطلان مهریه به موجب این قید، مجالی برای سخن گفتن از تأثیر آن باقی نمی‌ماند. بنا به جهات فوق لغو دستورالعمل مورخ ۱۳۸۵/۱۱/۷ سازمان ثبت اسناد و املاک هم به جهات اجتماعی و هم تحلیلی مطلوب است.

### کتاب شناسی

۱. ابن براج، قاضی عبدالعزیز، *الجواهر فی الفقه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۱۱ ق.
۲. همو، *المهذب*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۰۶ ق.
۳. ابن تیمیه، تقی الدین احمد بن عبدالحلیم، *الفتاوی الکبری*، کتاب النکاح، بیروت، دار المعرفه.
۴. اصفهانی، سیدابوالحسن، *وسيلة النجاة (مع حواشی الامام)*.
۵. انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۶. همو، *کتاب النکاح*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۷. بجنوردی، حسن بن آقازرگ موسوی، *القواعد الفقهیه*، قم، الهادی.
۸. بیهقی، *السنن الکبری*، دار الفکر، بی تا.
۹. تستری، ابو محمد، *تفسیر التستری*، بیروت، دار الکتب العلمیه، بی تا.
۱۰. توحیدی، محمد علی، *مصباح الفقاهه*، قم، انصاریان، ۱۴۱۷ ق.
۱۱. جزیری، عبدالرحمن، سید محمد غروی و یاسر مازح، *الفقه علی المذاهب الاربعه و مذهب اهل البیت*، بیروت، دار الثقلین، ۱۴۱۹ ق.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *حقوق تعهدات*، چاپ سوم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۲ ش.
۱۳. حرّ عاملی، محمد بن حسن بن علی، *وسائل الشیعه*، قم، آل البیت، ۱۴۰۳ ق.
۱۴. حلّی، علامه حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه*.
۱۵. حلّی، محقق نجم الدین جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۱۶. راشد صیمری، مفلح بن حسن (حسین)، *غایة المرام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، الهادی، ۱۴۲۰ ق.
۱۷. سمرقندی، علاء الدین، *تحفة الفقهاء*، چاپ دوم، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۴ ق.
۱۸. سیستانی، سید علی، *منهاج الصالحین*، قم، مکتب آیه الله العظمی سیستانی، ۱۴۱۶ ق.
۱۹. شهید اول، محمد بن مکی، *اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیه*، بیروت، دار التراث، ۱۴۱۰ ق.
۲۰. شهید ثانی، زین الدین بن علی بن احمد، *حاشیة الارشاد*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۴ ق.
۲۱. همو، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۲۲. شهیدی، مهدی، *شروط ضمن عقد*، تهران، مجمع علمی فرهنگی مجد، ۱۳۸۶ ش.
۲۳. طبرسی، امین الاسلام فضل بن حسن، *المؤتلف من المختلف بین الائمة السلف*، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۲۴. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، *الخلافة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۲۵. همو، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی*، چاپ دوم، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۰ ق.
۲۶. همو، *رجال الشیخ - الابواب*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۵ ق.
۲۷. فاضل لنکرانی، محمد، *الاحکام الواضحه*.

۲۹. فاضل هندی، محمد بن حسن بن محمد، *كشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحكام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ ق.

۳۰. فیض کاشانی، ملامحسن ابن شاه مرتضی ابن شاه محمود، *مفاتیح الشرائع*.

۳۱. *قانون احوال شخصیه سال ۱۹۷۶ اردن*.

۳۲. *قانون مدنی ایران*.

۳۳. *قانون مدنی فرانسه*.

۳۴. *قانون نحوه اجرای محکومینهای مالی مصوب سال ۱۳۷۷*.

۳۵. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی «خانواده»*، چاپ سوم، تهران، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۱ ش.

۳۶. کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی)، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، آل البيت، ۱۴۱۴ ق.

۳۷. کشی، ابو عمرو محمد بن عمر بن عبدالعزیز، *رجال الکشی*، مشهد، مؤسسه نشر در دانشگاه مشهد، ۱۴۹۰ ق.

۳۸. متقی هندی، *کنز العمال*، بیروت، الرساله، ۱۴۰۹ ق.

۳۹. *مجله تحقیقات حقوقی (ویژه یادواره مرحوم دکتر شهیدی)*، دانشگاه شهید بهشتی، پاییز و زمستان ۱۳۸۴ ش.

۴۰. موسوی خمینی، سیدروح الله، *تحریر الوسیله*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۹۰ ق.

۴۱. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۶ ش.

42. Civ.1er4 juin1991.

43. < <http://www.sistani.org> > .

## ارزش مرزبانی:

### جغرافیا و امنیت در اسلام و جمهوری اسلامی ایران\*

- دکتر حسین آقابابایی<sup>۱</sup>
- استادیار دانشگاه گیلان

#### چکیده

با وجود بحثهای مربوط به جهانی شدن، که به طور طبیعی باید از اهمیت سرزمین و مرزهای جغرافیایی در مناسبات دهکده جهانی می کاست، جهانی شدن برخی مسایل از جمله تروریسم، قاچاق مواد مخدر، قاچاق انسان و سایر جرایم سازمان یافته، توجه به سرزمین و قلمرو سرزمینی را بر خلاف انتظار افزایش داده است. در دیدگاههای اسلامی با وجود نگاه ایدئولوژیک به مرز و سرزمین، مرزبانی دارای اهمیت و ارزش زیادی است. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصول متعدد خود به تمامیت ارضی و قلمرو سرزمینی اشاره نموده و ضمن احترام به حق حاکمیت کشورهای دیگر، حفاظت از تمامیت سرزمینی را در ردیف وظایف مهم رئیس جمهور و تغییر خطوط مرزی را ممنوع و در شرایط ضروری تابع تشریفات خاصی می داند. گفتمان امنیت ملی

\* تاریخ دریافت: ۱۳۸۸/۱۲/۱۶ - تاریخ پذیرش: ۱۳۸۹/۲/۲۲.

1. aghababaei@guilan.ac.ir