

Unclear Consept ot Bride Price and Cases Related Thereto

Qavam Khoshvakth¹, Mohammad Bagher Fijan^{2*}, Hormoz Asadi Kouhbad³

1. PhD Student in Islamic Jurisprudence and Fundamentals, Ramhormoz Branch, Islamic Azad University, Ramhormoz, Iran.

2. Assistant Professor, Law Department, Noorabad Mamasani Branch, Islamic Azad University, Noorabad, Iran.

3. Associate Professor, Law Department, Ramhormoz Branch, Islamic Azad University, Ramhormoz, Iran.



Article Type:

Original Research

Pages: 293-318

Received: 2024 February 08

Accepted: 2024 August 03



Abstract

The law of family rights in Persia had been applied to that part of the family's salary which was in the highest degree liberal. Seventh and eighth books of the civil law are confined to the civil law, divorce, and children. in Book IX, which began under the topic of the family, has been reduced to charity. As for marriage and family institutions in Persian society, with their customs and habits, which, though not alluded to by the ecclesiastical law, are of a kind that possesses several of her claims against each other. That He could refer to the bride price. There is a difference in the matter of the bride price, and in the same way from the legal point of view. This, however, prevents any claims being given, by the several lawyers, which are the source of the milk.

This article has been conducted with descriptive-analytical method and using by the resources of a library and judicial vote, Seeks to show, that It has been presented to the gift paid to mother bride, depending on the strength and flexibility of our legal system, to the intrusions of our established and social institutions, of which so much of the material and of its elements is laid bare. Based on the findings of this artivle, though of poverty, in the face of the minority, the treatment of the institutions of the melee society, which, though elsewhere, is received with the discovery of its origin.

Keywords: Bride price, Unilateral binding condition, Innominate contract, Marriage portion, Dowry

* Corresponding Author: mohammadfijan@iau.ac.ir

ماهیت ناروشن شیربها و دعاوی مرتبط با آن

قوام خوشوقت^۱، محمدباقر فیجان^{۲*}، هرمز اسدی کوهباد^۳

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی اسلامی، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران.

۲. استادیار گروه حقوق، واحد نورآباد ممسنی، دانشگاه آزاد اسلامی، نورآباد، ایران.

۳. دانشیار گروه حقوق، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران.

چکیده

قوانین مربوط به حقوق خانواده در ایران عمدتاً به آن قسمت از حقوق خانواده که واجد صبغه فقهی بوده پرداخته کتاب های هفتم و هشتم قانون مدنی به نکاح، طلاق، اولاد و نسب محدود گردیده، در کتاب نهم که تحت عنوان خانواده آغاز شده در محتوا محدود به انفاق گردیده. اما سنت ازدواج و نظام خانواده در جامعه ایرانی همراه با آداب، رسوم و عاداتی است که اگر چه در شرع و قانون ذکری از آن به میان نیامده، اما سازوکار آن به نحوی است که واجد آثار حقوقی و منشأ طرح دعاوی متعدد زوجین علیه همدیگر می گردد. از این جمله می توان به شیربها اشاره نمود. پیرامون موضوع شیربها هم از حیث شرعی و هم از نگاه حقوقی اختلاف وجود دارد. مع ذلک این اختلافات مانع طرح دعاوی مرتبط با آن نگردیده و دعاوی متعددی در دادگستری مطرح می گردد که منشأ آن شیربها می باشد.

پژوهش حاضر با روش توصیفی-تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه ای و آراء قضایی انجام شده تا نشان دهد، پذیرش دعاوی مربوط به شیربها بستگی تامی به میزان ظرفیت و انعطاف پذیری نظام حقوقی ما در اجازه مداخله و نفوذ سنت های و عادات اجتماعی در نهاد های حقوقی دارد که بخش زیادی از ارکان و عناصر آن را شرع پوشش داده، براساس یافته های این پژوهش با وجود تردید فقها در پذیرش این سنت رویه قضایی غالب با پیروی از نظر اقلیت با احترام به سنت های حاکم بر جامعه دعاوی مربوط به شیربها را هر چند در قالب های دیگری نیز طرح شده باشد با کشف منشأ اولیه آن مورد پذیرش قرار می دهد.



نوع مقاله: علمی پژوهشی

صفحات: ۲۹۳-۳۱۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۱۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۵/۱۳



واژگان کلیدی: شیربها، شروط ابتدایی، عقود نامعین، مهریه، جهاز



تمامی حقوق انتشار این مقاله، متعلق به نویسنده است.

درآمد

حقوق خانواده یکی از شاخه های حقوق مدنی است که بیشترین تأثیر را از عرف و عادات جامعه پذیرفته است. سنت پرداخت شیربها از دیرباز در جامعه ایرانی خصوصاً جوامع روستایی و عشایری ایران مرسوم بوده و همچنان در بخش بزرگی از آن پا بر جاست است. در ایران باستان به ویژه در دوره ساسانیان پرداخت شیربها به پدر دختر بسیار معمول بوده. در آن دوره نامزدی بیشتر در طفولیت و ازدواج در جوانی صورت می گرفت. شوهر مبلغی به پدر دختر پرداخت می کرد که می توانست آن را در برخی موارد مثلاً عقیقه بودن دختر مسترد نماید. (کرستین، ۱۳۴۵: ۳۵۲) در این دوره ازدواج کامل یا «پادخشاییها زنی» ازدواجی بود که در آن پدر داماد برای خواستگاری نزد پدر دختر می رفت و با دادن هدیه ای که با رضایت خاطر بود دختر را به عقد پسرش در می آورد. (مظاهری، ۱۳۷۳: ۷۳) در فرهنگ فارسی و نیز فرهنگ اصطلاحات حقوقی در تعریف شیربها گفته شده: بهای شیر، پول یا چیز دیگری که داماد در وقت ازدواج به پدر و مادر عروس می دهند. (عمید، ۱۳۸۳: ۸۳) یا گفته شده: مالی است که در برخی از عرفهای محلی ایران شوهر پیش از ازدواج و یا مقارن آن به طور بلاعوض، به پدر و مادر زن می دهند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۳۲۵)

آنچه از مجموع نوشته های مربوط به شیربها می توان دریافت کرد آن است که شیربها، پول، طلا، نقره و هر نوع مال منقول دیگری از قبیل گاو، گوسفند، پارچه و غیره که خانواده داماد پیش از عقد در مراحل مقدماتی ازدواج به پدر یا مادر عروس در ازای بهای شیری که مادر به دخترش داده است می دهند. اما این سنت اگرچه احتمالاً از سبک خانواده مادر سالار پابرجا مانده، رفته رفته ماهیت آن دچار تحول شده به این ترتیب؛ این سنت با همان توصیف در برخی مناطق ایران پابرجا است و خانواده عروس مالی را تحت عنوان شیربها از خانواده داماد می گیرند. و در برخی مناطق دیگر بنابر اقتضائات زمانی دچار تطور شده بطوری که گاه مال غیر منقولی به عنوان شیربها داده می شود و در برخی

موارد به صورت وجه نقد پرداخت می‌گردد و خانواده عروس به دلخواه از محل همان پول اقلامی را به عنوان جهاز عروس برای وی خریداری می‌نمایند. شکل دیگر برخورد با شیربها آن است که خانواده عروس خود بخشی از جهاز را تهیه می‌کنند و اقلام مهمتر و گران‌تر را به داماد و خانواده واگذار می‌نمایند و در سیاهه‌ای که معمولاً پیش از ازدواج بین بزرگان خانواده تنظیم می‌گردد مقرر می‌گردد اقلام بزرگ مثل تلویزیون، یخچال، فرش، اجاق‌گاز و غیره را داماد در قبال پرداخت شیربها خریداری نمایند.

پرواضح است که چنانچه وصلت مورد نظر سرگیرد و زوجین زندگی مسالمت‌جویانه‌ای را در پیش گیرند جای بحث و فحص حقوقی و پرداختن پیرامون ماهیت شیربها سالبه به انتفاء موضوع می‌گردد، لکن دقیقاً مسأله از زمانی شروع می‌گردد که بین زوجین نقاری حادث شود و کار به مرافعه و مراجعه به دادگستری کشیده شود. در محاکم خانواده دعاوی تحت عنوان استرداد جهیزیه و هدایا از طرف زوجین مطرح می‌گردد و گاه بدون آنکه منشاء واقعی این دعاوی روشن باشد آرائی صادر می‌گردد که با اصل صحت و لزوم قراردادهای در تعارض است. در اینجاست که ابهامات مربوط به شیربها ظاهر می‌گردد. سوالات چندی مطرح می‌گردد این سوالات عموماً حول محور مشروعیت شرعی و قانونی اخذ شیربها و در مرحله بعد قابل استرداد بودن آن از طرف زوج یا زوجه می‌باشد.

از حیث ادبیات موضوع علاوه بر مباحث بسیار مختصری که در کتب حقوق خانواده آمده است، دو مقاله علمی پژوهشی پیرامون شیربها نوشته شده است.

افشار، موحی نیا وقلی پور (۱۳۹۸) در مقاله‌ای به ماهیت فقهی و حقوقی شیربها پرداخته و عمدتاً به آراء فقها در مورد جواز شرعی شیربها پرداخته و همچنانکه خواهد آمد فقها این بحث را ذیل عناوینی چون هبه، جعاله، هدایا یا صلح آورده‌اند. این مقاله جنبه فقهی آن غلبه دارد و به مسایل قضایی شیربها نپرداخته است و در پایان نتیجه‌گیری کرده که موضوع شیربها به درستی در فقه تبیین نگردیده و همین امر موجب شده که این سنت عرفی از همه جهات بررسی نگردد.

احمدی، آقای (۱۴۰۰) در مقاله ای به به ابعاد فقهی و حقوقی شیربها در فقه امامیه و فقه حنفی و حقوق ایران و افغانستان پرداخته، این مقاله همچنان که از عنوانش پیداست موارد متعددی را پیش روی خود قرار داده بدون آنکه توانسته باشد حق همه عناوین را ادا نماید به علاوه شیربها را به پولی که برای خرید جهیزیه داده می شود تقلیل داده در حالی که یکی از جلوه های شیربها پرداخت آن برای اقام جهیزیه است.

با توجه به کمبود هایی که در ادبیات حقوقی خانواده پیرامون سنت شیربها وجود دارد و رویه قضایی روشنی نیز نضج نگرفته، نویسندگان مقاله خود را متکفل تبیینی شرعی و قانونی از شیربها در جهت گره گشایی از مشکلات موجود در رویه قضایی دانسته و به این ترتیب مباحث مربوط به شیربها در پاسخ به سه پرسش ذیل صورت بندی می گردد.

۱- رویکرد فقها به سنت پرداخت شیربها چیست؟ آیا فقها چنین پرداخت هایی را شرعی می دانند یا خیر؟

۲- و در صورت مثبت بودن پرسش اول ماهیت حقوقی شیربها چیست؟ آیا در قالب عقود معین جای می گیرند یا آنکه می بایست آن را محصول تراضی و مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی تبیین و توجیه کرد؟

۳- دعوای مربوط به شیربها چگونه اند و به چه کیفیتی در محاکم طرح می گردند؟ رویه قضایی در این باره چه می باشد؟

۱- جایگاه شیربها در فقه

در فقه امامیه رویکرد واحدی نسبت به موضوع شیربها وجود ندارد. این عدم وحدت ناشی از عدم تحریر دقیق محل نزاع بوده به نحوی که این موضوع گاه با مهریه و گاه با هدایای دوران نامزدی به اشتباه گرفته شده این ابهام وایهام احتمالاً ناشی از مرسوم نبودن این آیین در تمام مناطق ایران می باشد. از طرفی استفتاء در مورد حلّیت شرعی

شیربها نیز تا حدودی معاصر و همزمان با طرح دعاوی مرتبط با شیربها در محاکم قضایی بوده است، در استفتائاتی نیز که بعمل آمده به درستی شرایط و نحوه و زمان پرداخت شیربها توضیح داده نشده از همین روگاه دیده می‌شود شیربها با تداخل با عناوین دیگری مورد پاسخ فقهی قرار گرفته. ما در اینجا نظریه موافقان و مخالفان فقهی شیربها را در ذیل می‌آوریم و در پایان موضع خود را نیز اعلام می‌داریم.

۱-۱- مخالفان پرداخت شیربها در فقه

مخالفان دریافت شیربها برای عدم پذیرش آن نحوه پرداخت شیربها را در سه مجرا و موضع توضیح می‌دهند و پرداخت آن را در هر سه موضع حرام و زوج را مستحق مطالبه و استرداد آن می‌دانند.

الف - شیربها به مثابه تمام یا بخشی از مهر:

مورد نخست، وقتی است که شیربها به عنوان تمام یا بخشی از مهریه بوده و آن را به ولی زوج یا مادر او می‌دهند. در این مورد گفته شده اگر شیربها به عنوان مهریه گرفته شود یعنی به جای اینکه مهریه به دختر داده شود آن را به یکی از بستگان دهند؛ در این صورت گرفتن شیربها به این عنوان درست نیست و زوج می‌تواند به مال داده شده رجوع کند. در واقع عقد به این صورت منعقد نمی‌شود و این مال گرفته شده درست نیست. (اصفهانی، ۱۴۱۴، ج ۳: ۲۰۹)

قائلین به این نظر به روایتی از سکونی از امام صادق (ع) استناد می‌کنند که می‌فرماید: «امروز در دین اسلام جایز نیست که شخصی بگوید نزد تو فلان عمل را انجام می‌دهم یا برای تو تا یکسال کار می‌کنم که تو نیز دختری یا خواهرت را به تزویج من دریاوری». امام فرمود: «این حرام است چرا که مهریه برای زوجیت زوج است و زن شایسته تراز همه به این مال می‌باشد.» (کلینی، ۱۴۲۸، ج ۵: ۴۱۴)

مورد دوم برمی گردد به زمانی که شیربها جزئی از مهر قرار گیرد ولی به یکی از بستگان داده شود. در این صورت، مهرمتشکل از آن امر اعطاء شده به یکی از بستگان و مال داده شده به زن می باشد و اخذ شیربها به این عنوان نیز باطل است و زوج حق رجوع دارد. (صفایی و امامی، ۱۳۸۴: ۹۴)

ب- گروکشی از دختر برای اخذ شیربها (آخذ به مثابه عاضب):

این مورد در صورتی است که ولی یا شخصی از بستگان دختر در امر ازدواج مانع ایجاد کنند و زوج برای اینکه مانع را برطرف کند مالی به آنها به عنوان شیربها برای استخلاص دختری دهد تا با آن دختر که رضایت به ازدواج دارد و مهریه اش نیز مشخص است عقد کند. در این فرض شخص گیرنده شیربها حق تصرف در آن را ندارد و زوج می تواند به آن شی رجوع کند هر چند که تلف شده باشد چون قاعده علی الیدما اخذت حتی تودی شامل این مورد نیز می شود. (فاضل لکنانی، ۱۴۲۸: ۴۳۸ به نقل از افشار، موحدی نیا و قلی پور، ۱۳۹۸: ۱۰)

ت- شیربها به مثابه ترویج عادات ناپسند:

گفته شده آنچه در بعضی بلاد اسلامی مرسوم است که مالی را از داماد به عنوان شیربها یا به عنوان دیگری می گیرند و به داماد می گویند تا فلان مبلغ را ندهی کار شما را راه نمی اندازیم حرام است و به منزله دختر فروشی است. (محقق کابلی، ۱۳۷۹: ۵۱۱) به نظر این فقیه شیربها حرام قطعی است و سایر مواقع مذکوره نیز چون از توان قریب به اتفاق خانواده ها خارج است لذا مصداق اتم افراط و اسراف است و از باب ترویج رسوم غلط خلاف احتیاط و شبه ناک می باشد و بر مومنان لازم است از آن اجتناب کنند. همین فقیه در استفتاء دیگری برخی از راههای حلیت و جواز پول گرفتن از داماد را بیان می کند از جمله اینکه داماد شیربها را به پدر عروس هدیه کند یا شیربها را جزء مهریه قرار دهد و

عروس آن را به پدرش هدیه کند یا از طریق جعاله آن را به پدر عروس بدهد. (همان: ۳۵۰ به نقل از افشار، موحدی نیا و قلی پور، همان: ۱۱)

براساس آنچه گفته شد مخالفان اخذ شیربها از مثال های غیر مربوط برای تبیین آن استفاده کرده اند. آنچه مسلم است آن است که شیربها نه مهر است نه باج خواهی، سنتی است که از قدیم الایام بین جامعه ایرانی پا گرفته، البته این سنت مانند هر پدیده اجتماعی می تواند مورد سوء استفاده قرار گیرد. که راهکار حقوقی خود را می طلبد.

۲-۱- موافقان شیربها در فقه

همچنانکه پیشتر نیز اشاره گردید در فقه امامیه تمام ارکان عقد نکاح در ایجاب و قبول و طلاق و نفقه همسر و اقارب، محدود گردیده و در مورد سایر آداب و رسوم مربوط به ازدواج که بار مالی و حقوقی دارد سخنی به میان نیامده است از همین روست که گاه گفته شده اساساً شیربها نهادی است غیر شرعی و دعاوی مرتبط با آن نیز از طرف محاکم غیر وارد تشخیص می گردد. اما در مقابل نظریات دیگری نیز در فقه وجود دارد که اخذ شیربها را تحت لوای عناوین دیگر حلال و جایز می دانند. طرفداران شیربها نیز در دو طیف توافق ملزمه و غیر ملزمه قابل صورت بندی هستند:

۲-۱-۱- توافق غیر ملزمه

توافق غیر ملزمه به این نحو است که ولی شرایطی را فراهم کرده و زن را برای ازدواج راضی می کند و در مقابل زوج تعهد می دهد که به ولی اباحه تصرف در مال را بدهد در این صورت ولی دختر می تواند شیربها بگیرد اما چون لزومی در آن وجود ندارد زوج در صورت بقای عین می تواند آن را پس بگیرد و در صورت تلف شدن این حق ساقط می شود چوی ولی اباحه تصرف داشته. (قمی، ۱۴۲۷، ج ۲: ۹۵۴)

منظور از عقد غیر ملزمه هر عقد جایزی است که قابلیت تطبیق بر این مقام را

دارد. از مصادیق دیگر این فرض گرفتن شیربها به عنوان هبه غیر معوضه است به این بیان که اگر زوج مالی را به عنوان هدیه بدهد. در این صورت شخص گیرنده می تواند در آن تصرف نموده و از آن استفاده کند به این ترتیب حق رجوع به هدیه برای زوج باقی است به شرطی که عین آن باقی باشد.

همچنین می توان به گرفتن شیربها به عنوان عاریه نیز اشاره کرد که اگر زوج کالایی داشته باشد که ولی درخواست عاریه آن را به عنوان شیربها داشته باشد و زوج نیز آن را به او بدهد در این صورت ولی حق تصرف در آن دارد و جواز رجوع برای زوج باقی است. همچنین است گرفتن شیربها به عنوان قرض که اگر ولی مالی را به عنوان قرض از زوج به عنوان شیربها طلب کن زوج نیز آن مال را به او اعطا کند در این صورت ولی حق تصرف داشته و جواز رجوع برای زوج باقی است. (افشار، موحدی نیا و قلی پور، همان: ۱۶)

در استفتائی که از یکی از مراجع تقلید معاصر در مورد شیربها شده است گفته شده: «چون معمولاً در این گونه موارد خانواده داماد با طیب خاطر در رضایت این پول ها را می پردازند. گرفتن و صرف کردنش برای خانواده عروس مانعی ندارد اما اگر زوج راضی به پرداخت پول نباشد ولی اجبار به جلب رضایت دختر پول را بپردازد حرام و اکل مال به باطل است.» (صانعی، ۱۳۸۴، ج دوم: ۴۱۴)

یا در پاسخ به استفتاء دیگری از همان مرجع سوال شده آیا به اصطلاح مرسوم گرفتن «دلالی» و یا واسطه گری در جهت ایجاد زمینه ازدواج بین زوجین و گرفتن بابت حق الزحمه در این مورد از طرفین جایز و حلال است که پاسخ داده شده، جایز است و اجرت بر امر حلال است. (همان: ۴۱۳)

۲-۲-۱- توافق ملزمه

ملاحظه می گردد در همه موارد فوق که گرفتن شیربها جایز دانسته شده این توافق در قالب های دیگری مثل هبه غیر معوضه، عاریه، قرض یا اجرت دلالی آمده است در حالی

که آنچه در بین مردم رایج و مرسوم است و قصد ایجاد آن را کرده‌اند، نه هبه غیر معوضه است و نه عاریه و نه قرض بلکه آنچه در واقع امر بین خانواده‌ها مورد توافق قرار می‌گیرد توافق لازمی است که به هیچ وجه مبتنی بر استرداد نمی‌باشد از همین رو عده دیگری از فقها عقیده بر حلیت اخذ شیربها دارند. و حتی گفته شده چنانچه جزء مهر یا شروط ضمن عقد هم نباشد مربوط به تراضی طرفین است. (آیت الله بهجت؛ ۱۳۸۶، ج ۹: ۴۴)

بر اساس آنچه گفته شد، طرفداران حلیت شرعی شیربها برای جواز شرعی آن پیشنهاد دریافت آن را در سه قالب داده‌اند:

مورد نخست؛ هبه معوضه است. مطابق ماده ۸۰۳ قانون مدنی چنانچه هبه معوضه باشد و اهب حق رجوع ندارد.

مورد دوم؛ قرار دادن آن در قالب عقد جعاله است. عقد جعاله عبارت است از ملزم شدن به عوض معلوم بر کار معلوم که حلال و مورد قصد و توجه است. (امام خمینی، ۱۴۲۵: ۵۱۳)

البته امام خمینی در پاسخ به سوالی که شیربها یک قطعه زمین بوده که زوج به پدر دختر داده و او آن را به فرزندان ذکور داده اعلام داشته:

«باسمه تعالی: اگر شیربها به پدر دختر داده شده و او به برادران دختر بخشیده و تحویل آنها داده مال برادران است.» (امام خمینی، ۱۳۹۲: ۱۰۵۷۷)

یا در استفتاء دیگری از امام خمینی (ره) سوال شده کسی که در گرفتن شیربهای دختر زیاده روی کند و جهیزیه مناسب به دخترش نمی‌دهد آیا این پول که به عنوان شیربها می‌گیرند حلال است یا حرام؟ که در پاسخ فرموده‌اند: «اگر شیربها را در مقابل عملی مثل سعی در ازدواج می‌گیرد یا با رضایت به او می‌بخشد حلال است.» (امام خمینی، ۱۳۸۲: ۲۹۸)

مورد سوم؛ توضیح شیربها در قالب شروط ابتدایی یا مستقل می‌باشد. در فقه امامیه مبحثی تحت عنوان شروط ابتدایی یا شروط قبل از عقد در جریان است. آنها

شروط را به مستقل و غیر مستقل تقسیم بندی کرده اند. در تعریف شرط مستقل گفته شده: «شروطی که در عقد گنجانده شده و عقد مبتنی بر آنها نیست بلکه مجرد تعهد و الزام و التزام یک طرف در مقابل دیگری است.» (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۶۸). در فقه امامیه بیشتر فقیهان تعهدات مستقل مثل اینکه شخص بگوید ملتزم می شوم مبلغ یک میلیون تومان به تو بدهم تا کار معینی را انجام بدهم یا ترک کنم شروط ابتدایی تلقی می شود و تعهدی را برای شخصی ایجاد نمی نماید. با این حال شمار اندکی از فقیهان شروط ابتدایی را الزام آور دانسته اند.

مخالفان شروط ابتدایی دلیل عدم لزوم شرط ابتدایی را خود مفهوم شرط می دانند. به نظر ایشان فقط شروط ضمن عقد به معنای حقیقی کلمه شرط هستند زیرا در معنای شرط «مفهوم ربط» نهفته است و واژه شرط بر تعهد مستقل اطلاق نمی شود. دلیل دوم اجماع فقها امامیه است.

در مقابل طرفداران اعتبار شرط ابتدایی در وجود این اجماع تردید دارند و ادعا شده است که گروهی از فقیهان به وجوب وفا مطلق شرط و عهد حکم کرده اند از میان فقههای متقدم شیخ طوسی در کتاب النهایه با عمل به روایات وفا به شروط پس از نکاح را واجب دانسته اند حتی اگر این شرط به صورت مستقل و جدا از عقد نکاح شده باشد. ایراد دیگری که به نظر اکثریت وارد کرده اند این است که منظور فقیهان این بوده که اگر شرطی سابق بر عقد یا پس از آن بیان گردد شرط ضمن عقد محسوب نمی گردد و مشمول احکام شروط ضمن عقد نمی شود و مقصود آن نبوده که آن شروط به خودی خود واجب العمل نیست. (همان: ۱۶۸) آنها معتقدند مفهوم شرط فاقد حقیقت شرعیه است و مرجع آن عرف عام یا حقیقت متشرعه است و گفته شده است بدون هیچ تردیدی عرف از معنای شرط الزام و التزام را برمیگزیند. استعمالاتی که در روایات شیخ انصاری آمده مؤید همین معنا است و شاهد این امر آن است که آنان بارها برای لزوم عقود به حدیث شریف «المؤمنون عند شروطهم» تمسک جسته اند و ناگفته پیداست مدلول شرط، مطلق الزام

و التزام باشد نه صرفاً التزامات تبعی. (همان: ۱۶۸)

به عنوان نتیجه بحث در این قسمت می توان گفت، اکثریت فقهای امامیه برای جواز شرعی شیربها آن را در قالب عقودی چون هبه معوض، عاریه، قرض، جعاله، هدایا، مهری که زوجه به پدر می بخشد و شروط ضمن عقد تبیین کرده اند و عموماً زوج را ذیحق در رجوع می دانند در حالی که در واقع آنچه واقع می گردد و مورد قصد انشاء طرفین است در قالب هیچ یک از عقود اسلامی فوق قرار نمی گیرد و بطور کلی باید گفت موضوعاتی مثل خواستگاری و نامزدی تا قبل از عقد نکاح و تهیه جهاز و همین طور شیربها وابسته به بایسته های عرفی است تا الزمات قانونی، شاید بر همین اساس باشد که عنوان شیربها در کتب فقهی - حقوقی کمتر به چشم می خورد. برای حل این معضله حقوقی می توان برخلاف نظر غالب در فقه که در تلاش اند که آن را در قالب یکی از عقود اسلامی یا شروط ضمن عقد قرار دهند می بایست از این تکلف خارج شد و به تأسی و اقتفای فقهایی چون شیخ طوسی و شیخ انصاری با استفاده از جواز حلیت شروط ابتدایی به توصیف شیربها در قالب شروط ابتدایی به صحت و لازم الوفا بودن آن نظر داد. در پایان این مبحث نگارنده گان با همراهی نظر موافقان حلیت شرعی اخذ شیربها به تبیین ماهیت حقوقی این سنت اجتماعی می پردازد.

۲- جایگاه حقوقی شیربها

برای کشف و شناسایی ماهیت حقوقی شیربها لازم است ابتدا به بررسی این نکته بپردازیم که حق ها چگونه در جامعه شکل می گیرند و عنصر برساننده حق ها قبل از رسمیت دادن آن توسط حقوق موضوعه چیست؟ قوانین موضوعه از قرارداد های تا زمانی که مخاف قوانین و اخلاق حسنه نباشد حمایت می کند اما پیش از حمایت قانون خود این حق ها جای خود را در جامعه باز کرده اند. از طرفی شناخت عناصر و اجزاء این سنت برای تبیین ماهیت حقوقی آن لازم است. بدین سان این مبحث در دو بند صورت بندی می گردد.

۱-۲- منشأ شیربها

در قانون مدنی ایران هیچ مستند قانونی راجع به شیربها وجود ندارد. در فقه امامیه نیز همچنانکه در مبحث پیشین گفته شد تمام ارکان عقد نکاح در ایجاد و قبول و مهر، طلاق و نفقه محدود می‌شود و در مورد سایر آداب و رسوم و مقدمات مربوط به ازدواج سخنی به میان نیامده است. از همین روست که گاه گفته می‌شود اساساً شیربها نهادی غیر شرعی است و دعاوی ناشی از آن نیز محکوم به رد می‌باشد.

سوالی که مطرح می‌شود این است که شیربها مبنای حقوقی خود را از چه منبعی اخذ می‌کند؟ قانون و شرع همچنان که گفته شد در این مورد ساکت است و در مبحث پیشین به اقتضای برخی از فقها آن را در ذیل شروط ابتدایی یا مستقل قرار دادیم تا از خطر غیر شرعی بودن آن را برهانیم. اما آیا از حیث حقوق عرفی و قوانین موضوعه می‌توان ساختاری را برای تبیین آن پیدا کرد؟ در این زمینه به ناچار باید به عرف جامعه رجوع کنیم. شیربها اساساً جزء رسوم و عادات بخشی از جامعه ایرانی است. در تعریف وسیعی از عرف، رسوم و عادات از پیش موجود در هر جامعه جزء عرف آن جامعه بوده و از منابع برساننده حقوق می‌باشد. اختلافی که پیش می‌آید آن است که عرف با چه شرایطی تحقق می‌پذیرد و در کدام لحظه به جهان حقوق راه می‌یابد. (کاتوزیان؛ ۱۳۹۵: ج اول؛ ۴۸۳)

به نظر ساوینی سازنده قواعد حقوقی، ملت است ولی ملت را نباید مردمی دانست که در زمان معین با هم زندگی می‌کنند. ملت مفهوم یگانه از مردمی است که در آن نسل‌های پیاپی و با پیوندهای تاریخی و جغرافیایی و فرهنگی به هم وابسته‌اند و سنن و عادات آنان قواعد حقوقی را به وجود می‌آورند و به عنوان میراث برای نسل‌های بعدی به یادگار نهاده شده است. (همان؛ ۱۱۳)

هگل منشأ حقوق را عقل تاریخی می‌داند و روابط خاص هر جامعه را در «لحظه تاریخ» عنصر مقوم حقوق می‌داند. تاریخت هگل به هیچ وجه به معنای پذیرش سنت‌ها و عرف‌های حاکم بر جامعه نیست. هگل معتقد است چیزی که در اثر پیشرفت تاریخی

بدست آمده است دلیلی برای به وجود آمدن داشته است و بنابراین معقول است کما اینکه زوال آن نیز دلیلی داشته که آن نیز معقول است. (رز، ۱۳۹۶: ۴۱)

بنابراین هگل منشأ حقوق را نوع روابط و ساختار هر جامعه در لحظه تاریخ می‌داند. برپایه آنچه گفته شد آیین پرداخت شیربها جزء سنن و عاداتی است که ساوینی آن را مقوم قاعده حقوقی می‌داند و از طرفی برپایه نظریه هگل این آیین در زمان خود معقول بوده و تطورات آن به اشکال فعلی نیز براساس نیازها و اقتضائات جامعه بوده و باز نیز معقول می‌باشد.

حال با توضیحات فلسفی و حقوقی فوق در مورد منشأ شیربها سوالی که مطرح می‌شود آن است که شیربها عقد است یا ایقاع؟ اگر عقد است طرفین قرارداد کیست؟ در مورد ایقاع گفته شده در حقوق اسلامی ایقاعات منحصر به موارد معین و با نام است و ایقاع بی نام و غیرمعین پیش بینی نشده و در همین موارد خاص نیز نوعاً تعهد آور نیست.

در مبحث پیشین گفتیم که طرفداران حلیت شیربها آن را در قالب هبه اعم از معوض و غیر معوض، جعاله، عاریه، قرض و غیره توضیح می‌دهند و عموماً نیز آن را قابل رجوع می‌دانند. برخی نیز با استنباط از قسمت مؤخر ماده ۱۹۶ قانون مدنی توافق به پرداخت شیربها را از موارد تعهد به نفع ثالث می‌دانند زیرا صرف نظر از اینکه همیشه دریافت کننده شیربها والدین زوجه نبوده و در پاره‌ای موارد به خود زوجه داده می‌شود در تعهد به نفع ثالث، ثالث مدخلیتی در انعقاد عقد و شرط ندارد ولی در توافق راجع به شیربها اصولاً اگر والدین زوجه را نیز ثالث تلقی کنیم در انشاء توافق خود والدین به طور مستقیم دخالت دارند و اراده آنها در نفوذ و انعقاد توافق مؤثر است.

هیچکدام از موارد فوق به درستی ماهیت را توضیح نمی‌دهد. در گذشته اهمیت شیربها به گونه‌ای بود که حتماً سیاهه‌ای برای آن تنظیم می‌گردند. این توافق اگرچه می‌توانست توافقی و طرفین به راحتی از کنار آن عبور کنند اما در برخی مناطق از چنان

اهمیتی برخوردار بود که عدم توافق نسبت به آن ممکن بود منجر به عدم وصلت مورد نظر گردد و بسته به کمالات زوجه و جایگاه خانوادگی وی میزان شیربها متغیر بوده است. بنابراین به دلیل استواری این سنت در جامعه ایرانی می‌بایست توجیهی قانونی برای آن پیدا کرد چه اینکه چه فقه و قوانین ما این سنت را تأیید و چه رد نماید شیربها در جامعه ایرانی ظهور دارد و با ممنوعیت قانونی نمیتوان آن را ریشه‌کن کرد بنابراین معقول آن است که راهکاری قانونی برای آن پیدا کرد. برای تبیین ماهیت شیربها و تفکیک آن با موارد مشابه لازم است. اوصاف آن گفته شود:

۲-۲-۲- اوصاف شیربها

۱- شیربها اساساً مالی است که به والدین زوجه داده می‌شود و ارتباطی با مهریه زوجه ندارد. بنابراین نظر کسانی که آن را با مهریه خلط کرده و مهریه را متعلق به زوجه دانسته و بر همین مبنا پرداخت شیربها را به والدین زوجه (عروس) حرام می‌دانند. به طور کلی در بی خبری از وضعیت این آیین می‌باشد.

۲- پرداخت شیربها در آستانه جشن عروسی و ایام منجر به برقراری نهایی وصلت پرداخت می‌شود و یا هدایای دوران نامزدی که معمولاً از ابتدای خواستگاری به تدریج تقدیم می‌شود متفاوت است.

۳- معمولاً شیربها قبل از عروسی باید پرداخت شود و موجل نمی‌باشد. بنابراین چنانچه وصلت سرگیرد و شیربها پرداخت شود معمولاً مطالبه نمی‌گردد.

۴- شیربها معمولاً مال منقولی است هرچند که احتمال دارد به صورت مال غیر منقول هم داده شود اما ممکن است با «پشت قباله» اشتباه شود. پشت قباله در واقع مال غیر منقولی اعم از زمین یا خانه است که به صورت شش دانگ یا مشاع به عنوان بخشی از مهریه به صورت تعهد یا اشغال واقعی به عروس داده می‌شود این تعهد در استان اصفهان، یزد و بخش‌هایی از چهارمحال و بختیاری و برخی مناطق دیگر مرسوم

است. دفاتر اسناد رسمی به دلیل مشکلات و موانع ثبتی معمولاً از ثبت این اموال به عنوان مهریه در سند نکاحیه خودداری می‌کنند و به صورت قرارداد عادی جداگانه‌ای آن را تنظیم می‌کنند. این تعهد یا انتقال نیز در حق عروس بوده و در واقع بخشی از مهریه است که ارتباطی به والدین وی ندارد.

۵- زوجه یا عروس اگرچه در توافق بین پدر و داماد حضور ندارد اما رضایت ضمنی وی برای اخذ شیربها نیز وجود دارد بنابراین در توافق مربوط به شیربها سه طرف وجود دارد پدر عروس، داماد و خود عروس به عبارت دیگر عقدی است که با «سه اراده» منعقد گردد، بنابراین اگر عروس با اخذ شیربها مخالف باشد و اصرار به ازدواج با فرد مورد نظر خود داشته باشد می‌تواند در اجرای ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی با معرفی کامل مردی که می‌خواهد با او ازدواج نماید ازدادگاه خانواده با احراز شرایط مجوز ازدواج اخذ نماید.

بنابراین براساس آنچه گفته شد توافق مربوط به شیربها از شمول عقد هبه خارج است برای اثبات این نظر می‌توان به دو استدلال تمسک جست. نخست آنکه؛ هبه مطابق ماده ۷۹۵ قانون مدنی عقدی است که به موجب آن یک نفر مالی را مجاناً به دیگری تملک می‌کند در حالی که شیربها براساس پیشینه آن مالی است که در قبال اخذ رضایت والدین زوجه خصوصاً مادر زوجه پرداخت می‌شود. ثانیاً آنکه هبه از جمله عقود جایز بوده و با شرایطی می‌شود نسبت به آن رجوع کرد در حالی که اساساً شیربها پس از سرگرفتن وصلت اساساً قابل رجوع نیست و در هیچ از مناطق ایران کسی برای گرفتن و استرداد شیربها رجوع نمی‌کند.

از حیث ارتباط آن با عقد جعاله اگرچه در مواردی این توافق با عقد جعاله مشابهت داشته اما نسبت آنها از نوع تساوی نمی‌باشد چرا که حتی در مواردی که هیچ اختلافی بین طرفین راجع به اصل ازدواج نبوده باز تعیین شیربها واجد اهمیتی حتی بالاتر از مهر بوده باشد.

شیربها با هدایای دوران نامزدی، مهر، جهیزیه و پشت قبالة نیز متفاوت بوده و یا

هیچ یک از این عناوین مطابقت ندارد. در مبحث رویکرد فقهی به شیربها شروط ابتدایی را جایگاهی برای توجیه شیربها معرفی نمودیم. در تطبیق شروط ابتدایی با قراردادهای نامعین گفته شده «شرط ابتدایی در صورتی که دارای دوطرف بوده و طرفینی باشد، نوعی قرارداد است که می‌تواند در قالب قراردادهای معهود در فقه و حقوق عرفی نباشد. ضمن آنکه واجد شرایط عمومی صحت قراردادها و عقود باشد. با کشف این جایگاه فقهی می‌توان شیربها را مستظهر و مستند به ماده ۱۰ قانون مدنی نیز نمود.

التهیه؛ باید گفت ما باید از عقدی تحت عنوان عقد شیربها یاد کنیم این عقد که عنوان خود را از اسم معمول خود گرفته در زمره عقود مسامحی است و باید در ذیل ماده ۱۰ قانون مدنی و مطابق عمومات مربوط به قصد و رضای طرّفین و مواد ۱۹۰ و ۲۱۹ قانون مدنی تفسیر و تعبیر گردد. اما در مورد کشف اجزاء و ارکان آن می‌بایست بر طبق عرف و سنت‌های حاکم در جامعه ایران عمل کنیم.

در واقع باید گفت این عقد جزء عقود محلی است برای توضیح عقود محلی باید گفت در جامعه ایران مانند هر جامعه دیگری عقود وجود دارد که مربوط به یک صنف خاص یا منطقه خاصی از کشور بوده و ماهیت آن برای همه واضح و روشن نیست از این قبیل است قراردادهای نیم سود و یا نیمه ای که بین دامداران مرسوم است بنابراین برای کشف قصد طرفین و تفسیر قراردادهای باید به عرف و عادات حاکم بر آن منطقه رجوع کرد.^۱

۳- دعاوی ناشی از شیربها

با اوصافی که از شیربها در مباحث پیشین پیرامون ماهیت آن آوردیم. بسته به اینکه به والدین عروس داده شده باشد یا به خود زوجه در قبال خرید جهاز و یا آنکه زوج

۱. در این باره می‌توان به جعفری لنگرودی، فلسفه اعلی، ۱۳۸۲ رجوع کرد در این کتاب استاد در لنگرودی در ضمن مباحث مربوط به فلسفه حقوق به چند مورد از عقود محلی که در برخی از صنوف شایع هستند اشاره می‌کند.

متعهد به خرید بخشی از اقلام جهیزیه در قبال شیربها شده باشد متفاوت است به علاوه اینکه وصلت مورد نظر سرگرفته باشد یا خیر؟ دعاوی مرتبط با آن متفاوت است. به این ترتیب این دعاوی در یک صورت بندی کلی به دو دسته قبل از ازدواج و بعد از ازدواج منقسم می گردد و سپس در دل این صورت بندی تقسیم بندی های دیگری نیز وجود دارد که در ادامه به آن می پردازیم.

۱-۳- عدم انجام وصلت مورد نظر

اولین مشکلی که در همین ابتدا در طرح این عنوان وجود دارد آن است که اساساً چه زمانی را برای به عنوان به اصطلاح «سرگرفتن وصلت مورد نظر» در نظر بگیریم. آیا منظور از سرگرفتن وصلت مورد نظر وقوع عقد نکاح است یا آنکه وقوع نزدیکی و انجام دخول یا آنکه برگزاری جشن عروسی و به اصطلاح رفتن عروس به خانواده داماد. در مورد هریک از سوالات فوق باز هم فقه و هم قانون ساکت است و رویه روشنی نیز وجود ندارد. در این مورد نیز باید به استنباط های مبتنی بر عقل عرفی مراجعه کرد. پاسخی که نگارندگان به این سوال دارد آن است که اصطلاح سرگرفتن وصلت مورد نظر به آن مرحله ای از ازدواج گفته می شود که اساساً زوجه بعد از مراسم عروسی مختصر یا مفصل به منزل زوج رفته و عملاً زندگی مشترک شروع گردیده چرا که قبل از شروع زندگی مشترک حتی در زمان عقد نیز نمی توان وصلت مورد نظر را سرگرفته و منعقد شده تلقی کرد. علت آن است که در برخی از خانواده های ایرانی پس از حصول توافق اولیه پس از دوران نامزدی خانواده ها برای حلیت شرعی روابط، عقد موقت یا دائمی عادی یا رسمی بین زوجین منعقد می نمایند و ممکن است تا شروع زندگی مشترک ماه ها حتی چند سالی فاصله بیفتد و در این فاصله بین طرفین، اختلافی حاصل گردد و بنابراین نمی توان از این دوره به عنوان سرگرفتن وصلت مورد نظر نام برد. مضافاً اینکه امروزه از شیربها در غالب موارد برای خرید اقلام جهیزیه استفاده می نمایند در نتیجه بهترین و منطقی ترین

نظر آن است که وصلت مورد نظر را در مرحله شروع زندگی مشترک حساب کنیم. از این نظر این دوره را می‌توان شبیه دوران نامزدی تلقی کرد و مالی که به عنوان شیربها داده می‌شود در حکم هدایای دوران نامزدی با آن برخورد کرد و براساس ماده ۱۰۳۷ قانون مدنی دعوی استرداد آن را طرح نمود. در همین جا ذکر دو نکته نیز لازم است. نخست آنکه هدایای دوران نامزدی به دو بخش هدایایی که عادتاً نگهداری می‌شود و هدایایی که عادتاً نگهداری نمی‌شوند در حالی که شیربها صرفاً با اموالی که عادتاً نگهداری می‌شوند پرداخت می‌گردد. دوم آنکه به نظر می‌رسد حکم مقرر در ماده ۱۰۳۸ قانون مدنی در مورد رجوع به قیمت در صورت از بین رفتن عین هدایا در مورد شیربها مجری نباشد چه اینکه اساساً ماهیت شیربها با هدایای دوران نامزدی متفاوت است. هدایا از جنس هبه است. (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۴۵) در حالی که شیربها قرارداد خصوصی مبتنی بر ماده ۱۰ قانون مدنی است که ریشه در عرف دارد بنابراین عرف جامعه ایرانی استرداد مال مربوط به شیربها را در صورت فوت و عدم وصلت مورد نظر می‌پذیرد.

در رویه‌ی قضایی استرداد شیربها را قبل از برقراری وصلت مورد نظر می‌پذیرند به عنوان نمونه یکی از اساتید حقوق که کتاب وی حاوی آراء نمونه قضایی است و مرجعیتی برای محاکم خانواده دارد استدلال نموده: «نظر به اینکه خوانده تصریح نموده که مبلغ شیربها را براساس عرف خودشان دریافت نموده و به عنوان شیر مادر و مبلغی مازاد بر مهر به نفع والدین نامزد بوده و وصلت مورد نظر واقع نگردیده لذا براساس مساله ۹ ذیل عنوان فصل فی المهر الکتاب النکاح تحریرالوسیله دریافت مبلغ مزبور توسط خوانده را باطل می‌داند و بر همین اساس مستنداً به ماده ۱۹۸ خوانده را به پرداخت مبلغ شیربها در حق خواهان محکوم می‌نماید.» (حبیبی تبار، ۱۳۹۵: ۲۹۷)

پرسشی مقدری که مطرح می‌گردد آن است که اگر وصلت مورد نظر به انجام نرسیده باشد و زوجین در مرحله عقد بوده و وقوع ازدواج با برقراری جشن ازدواج و شروع زندگی مشترک به جهت عدم پرداخت شیربها به تعویق افتاده باشد آیا زوجه یا ولی وی

تواند براساس چه اینکه از یک طرف چنانچه ازدواجی به این نقطه از اختلاف رسیده باشد اساساً موضوع شروع زندگی مشترک به محاق می‌رود اما ممکن است به دلیل تمایل زوجه یا گروکشی یا هرجهت دیگر چنین دعاوی مطرح گردد در این مورد نیز رویه قضایی نیز روشن نیست. مع ذلک در این مورد نیز نمی‌توان چنین دعاوی را پذیرفت چه اینکه اولاً چنین تعهدی نه در فقه و نه در قانون الزام آور نبوده و اساساً در عرف جامعه ایرانی چنین پرداخت‌هایی با طیب خاطر صورت گرفته باشد و اساساً «قبض شرط لزوم» این توافقات است مگر آنکه گفته شود توافق به پرداخت شیربها از شروط ضمن عقد بوده که در این مورد نیز چون شیربها در آستانه جشن عروسی پرداخت می‌شود بعید است بتوان آن را جزء شروط ضمن عقد تلقی کرد. به هر روی چنانچه واقعاً این توافق جزء شروط صریح یا ضمنی عقد باشد و اختلافی راجع به برقراری زندگی مشترک بین طرفین نباشد بعید نیست که بتوان چنین دعاوی را وارد دانست.

۲-۳-انجام وصلت مورد نظر

همچنانکه پیش‌تر گفته شد منظور از وصلت مورد نظر برقراری و شروع زندگی مشترک بوده که عموماً همراه با برگزاری جشن عروسی و تحویل جهیزیه انجام می‌گیرد می‌باشد. در این مورد به دلیل حدوث اختلافی که بین زوجین حادث می‌گردد و بسته به اینکه شیربها به چه نحو پرداخت شده است فروض مختلفی متصور است.

۱-مطالبه شیربها از سوی زوج به طرفیت زوجه و خانواده وی: در این فرض احتمال دارد که شیربها به صورت نقد یا مال به زوجه یا خانواده وی داده شده باشد. در این فرض با توجه به وصلت انجام گرفته تحقق شرط (وقوع وصلت) چنین توافقی الزام آور بوده و به لحاظ اصل صحت و لزوم قراردادها و مفاد مواد ۲۱۹ و ۲۱۰ قانون مدنی معتبر بوده و دعوی استرداد چه به عنوان استرداد مال موهوبه یا جُعل یا هر عنوان دیگر قابل پذیرش نیست. در این مورد فرقی نمی‌کند که زوج یا خانواده‌اش با این پول جهاز خریده

باشند یا آنکه آن را خود صرف کرده باشند.^۱

۲- مورد دیگر مطالبه ارقام جهیزیه از سوی زوجه علیه زوج با این توضیح که زوجه مدعی است زوج پیش از ازدواج متعهد گردیده اقلامی را در قبال شیربها خریداری نماید در این مورد چنانچه توافقی چه به صورت کتبی و چه صورت شفاهی احراز گردد، در استحقاق زوجه به استرداد آن نمی توان تردد کرد. در همین زمینه شعبه ۲ دادگاه تجدیدنظر به موجب دادنامه شماره ی ۱۳۰۱۳۰۲۰۲۲۰۹۹۷۷۰۹۲۰۸/۸-۱۳۹۲ استدلال نموده شیربها به تملک زوجه در می آید و قابل استرداد و به وسیله زوج نیست و اعلام داشته چون تلویزیون و یخچال به عنوان شیربها تعریف گردیده، شیربها را نمی توان از زوجه مسترد نمود و با اصلاح دادنامه حکم به استرداد ارقام فوق به نفع زوجه صادر نمود. همچنین شعبه ۲۵۰ دادگاه خانواده تهران طی دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۲۰۲۴ مورخ ۲۷/۱۱/۱۳۹۳ استدلال نموده کالایی که طی توافق طرفین توسط زوج تحت عنوان شیربها خریداری می گردد عرفاً داخل در جهیزیه تلقی می شود، این دادنامه در شعبه ۲ دادگاه تجدید نظر استان تهران تأیید گردیده. در مقابل آراء فوق آراء دیگری نیز وجود دارد که با اعتقاد به غیرشرعی بودن شیربها استرداد آن را از سوی زوجه غیر قانونی می دانند از جمله دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۸۲۶۴۰۶۰۱۸۴۱ صادره از شعبه ۱۰۰۱ دادگاه خانواده تهران. بنابراین ملاحظه می گردد در رویه قضایی هر دو نظر وجود دارد. هر دو نظر خالی در آرای که ذکر آن رفت خالی از استدلال می باشد موافقین صرفاً به عرفی بودن آن استناد کرده اند و مخالفین صرفاً به غیر شرعی بودن آن استناد کرده اند، بدون آنکه به مباحث پیرامونی آن بپردازند.

۱. در همین زمینه باز در کتاب نمونه آراء استدلال شده: «با عنایت به دفاعیات وکیل خوانده مبنی بر اینکه شیربها را به عنوان شرط ضمن عقد پرداخته به این شکل که برای جلب رضایت پدر دوشیزه به ازدواج با خود که در نتیجه جلب رضایت دوشیزه می شد مشارالیه مبلغ یاد شده را پرداخته است و موکل نیز با ازدواج آنها موافقت کرده و ازدواج نیز صورت گرفته و اینکه متعاقباً بین زوجین اختلاف ایجاد شده ربطی به موضوع ندارد. لذا دادگاه با عنایت به مسأله ذیل عنوان فصل فی مهر الکتاب النکاح تحریر الوسیله حکم به بی حقی خواهان صادر می گردد. (حبیبی تبار، همان: ۲۹۸)

در نشست های قضایی بر خلاف آراء قضایی این اختلاف وجود ندارد. در همین زمینه دست کم تاکنون موضوع شیربها در مواردی که تبدیل به جهاز گردیده در دو نشست قضایی مورد بحث قرار گرفته مورد نخست به تاریخ ۱۳۸۹/۱/۳۰ می باشد که سوال شده : وضعیت شیربها در قانون مدنی چگونه است؟ اگر وجه یا مالی که به عنوان شیربها داده می شود جز فهرست جهیزیه قید شود آیا ملک زوج تلقی می شود؟ هیئت عاتی در پاسخ اظهار داشته : «در قانون مدنی شیربها به رسمیت شناخته نشده است ولی پرداخت آن در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی یا شرط ضمن عقد یا سایر عقود بلا اشکال است. به نظر می رسد که شیربها امری عرفی است که برای رضایت والدین عروس پرداخت می شود و از این جهت تابع عرف هر محل می باشد و لذا اگر ازدواج منظور واقع شود موجبی جهت استرداد آن به نظر نمی رسد و چنانچه وجه نقد یا مالی در لیست جهیزیه قید شود قطعا ملک زوج خواهد بود بنا بر این نظر اکثریت تا حدی که موافق باشد مورد تأیید است.»

پرسش دیگری که اینجا مطرح می شود آن است که اگر زوج در ضمن عقد نکاح به پرداخت مبلغی به عنوان شیربها به خانواده زوج تعهد دهد و سپس از پرداخت آن خودداری کند آیا خانواده عروس حق مطالبه دارند؟ در این باره اعضا نشست به اتفاق نظر داده اند: «اگر چه حکم شیربها در قانون مسکوت است و فقها نیز شیربها را به عنوان یک فرض و نه یک حق شرعی مورد بررسی قرار داده اند و برخی از آنها معتقدند که شیربها حق شرعی نیست و مربوط به تراضی طرفین است، ولی در فرض مسأله باید گفت که اگر زوج در ضمن عقد نکاح به پرداخت مبلغی به عنوان شیربها به خانواده زوج تعهد دهد این عمل زوج نوعی تعهد به نفع شخص ثالث موضوع ماده ۱۹۶ قانون مدنی محسوب می گردد.»

برآمد

شیربها در حقوق مدنی ایران و فقه امامیه فاقد سابقه تقنینی و تشریعی است از طرفی این سنت در همه‌ی ممالک اسلامی یا همه‌ی مناطق ایران جاری و ساری نمی‌باشد به همین جهت تبیین روشنی از آن در فقه امامیه وجود ندارد. غالب فقهای امامیه اخذ شیربها را غیر شرعی می‌دانند اما به دلیل استواری این سنت و اینکه در عرف بخشی از جامعه‌ی ایرانی ریشه دوانده نمی‌توان به راحتی از کنار مسائل حقوقی آن عبور کرد. نکته‌ای که نباید فراموش کرد آن است که استفتاء در مورد شیربها نیز امر جدیدی است و اساساً تا قبل از استقرار نظام قضایی عرفی در ایران و طرح دعاوی مربوط به خانواده مباحثی چون شیربها، جهیزیه و غیره چندان محل بحث و فحص فقهی قرار نمی‌گرفت.

فقها برای توجیه حلیت و جواز شرعی آن دو دسته راهکار ارائه داده‌اند: دسته‌ی اول، پرداخت شیربها، در قالب عقد جعاله، هبه‌ی معوض، عاریه، قرض و هدایا می‌باشد که در همه‌ی موارد حق مراجعه‌ی زوج برای استرداد آن مطابق قواعد عمومی هریک از عقود فوق را محفوظ نگه داشته‌اند و معتقدند که زوج می‌تواند به آن رجوع کند. دسته‌ی دوم فقهای است که شیربها را جزء شروط ضمن عقد و نوعی تعهد به نفع ثالث پیشنهاد می‌دهند و آن را از آنجا که ضمن عقد لازم آمده است لازم الوفا می‌دانند و حقی برای استرداد زوج قائل نیستند.

نگارندگان معتقدند هیچکدام از نهادهای فقهی - حقوقی که برای توجیه شیربها پیشنهاد شده آنچنان که در سنت جامعه‌ی ایرانی پا گرفته است قابل انطباق و سازگاری نیست. با اوصافی که در مقاله پیرامون نحوه‌ی پرداخت، زمان پرداخت، تغییرات مادی نوع پرداخت و دریافت کننده‌ی آن وجود دارد می‌توان با مراجعه به نظریات اقلیت در فقه و سازوکاری که در قانون مدنی ایران و ایضاً آرای که در رویه‌ی قضایی صادر شده مبنایی برای حمایت حقوقی از این سنت اجتماعی و راهکاری برای دعاوی مرتبط با آن دریافت

نمود. بدین سان یافته‌های این تحقیق عبارتند از:

۱- شروط ابتدایی یا شروط مستقل نهادی است که در فقه مورد توجه و بحث فقها بوده است. بخش عمده‌ای از فقها با اعتبار و صحت این شروط مخالفت کرده اند اما برخی دیگر شروط ابتدایی را موجه، شرعی و معتبر می‌دانند براین بنیاد می‌توان شیربها را از نظر شرعی داخل در شروط ابتدایی و مشمول قاعده‌ی (المومنون عند شروطهم) قرار داد. تا هم از خطر صدور حکم به ما غیر انزل الله در امان ماند و هم سازوکاری برای روانی و انعطاف دهی به مناسبات اجتماعی جامعه ارائه داد.

۲- در جریان تبدیل فقه به قانون برای پرکردن خلاء ناشی از عقود معین ماده ۱۰ قانون مدنی به عنوان یکی از شاهکارهای قانون نویسی در ایران به تصویب رسید. با تصویب این ماده هرگونه توافقی که در چهارچوب تراضی طرفین قرارگیرد و مخالف صریح قانون نباشد بین طرفین لازم است. سنت پرداخت شیربها نیز از همین دست است که یک طرف آن داماد و طرف دیگر آن پدر یا مادر عروس قرار می‌گیرد و شرط ضمنی رضایت عروس را نیز به همراه دارد. بنابراین حتی اگر این سنت در شرایط فعلی جامعه و هزینه های بالای ازدواج ناپسند باشد در صورتی که در دایره‌ی تراضی طرفین قرارگیرد چاره‌ای جز حمایت قانونی به احترام به اراده و تراضی طرفین وجود ندارد. ماده ۱۰ قانون مدنی ایران می‌تواند جایگاه مناسبی برای پوشش این توافق و دیگر توافقات ناشناخته و غیر رایج موجود در جامعه باشد.

۳- رویه‌ی قضایی اگرچه در موارد محدودی شیربها را غیرشرعی می‌داند و برای زوج حق استرداد قائل است اما با توجه به آرای‌هایی که از بعضی از محاکم تجدید نظر صادر گردید و نیز مجموعه نظریات نشست های قضایی باید گفت رویه‌ی قضایی به سمت پذیرش این سنت در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی است.

منابع

- احمدی، زکیه و آقائی، سید رسول، (۱۴۰۰)، ابعاد فقهی و حقوقی شیربها بر مبنای فقه امامیه و حنفی و حقوق ایران و افغانستان، *پژوهش نامه حقوق اسلامی*، ش ۳
- اصفهانى، سید ابوالحسن، (۱۴۱۴)، *وسيله النجاه*، با شرح سید محمد رضا موسوی گلپایگانی، ج ۳، قم
- افشار، اباذر مهدی، موحدی نیا واحدالله قلیپور، (۱۳۹۸)، واکاوی ماهیت و جواز شیربها از دیدگاه فقه امامیه و حقوق موضوعه، *مطالعات اسلامی فزنان و خانواده*، سال ششم، ش دهم
- امام خمینی، سید روح الله، *استفتائات امام خمینی (کتاب نکاح)*، ج ۹، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی
- بهجت، محمد تقی، (۱۳۹۷)، *استفتائات از محضر آیت اله بهجت*، ج ۴، مرکز تنظیم و نشر آثار حضرت آیت اله بهجت، قم
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۸)، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۸۲، *فلسفه اعلی در علم حقوق*، گنج دانش، تهران
- حبیبی تبار، جواد، (۱۳۹۵)، *حقوق خانواده*، نشر میزان، تهران
- ذاکر صالحی، غلامرضا، (۱۳۸۳)، *شروط ابتدایی و تطبیق آن با قراردادهای نا معین*، مقالات و بررسی ها، دفتر ۷۶ فقه
- رز، دیوید، (۱۳۹۶)، *راهنمای خواندن عناصر فلسفه حق هگل*، ترجمه سید احمد موسوی خوئینی، چ زیتون، تهران
- صفایی، سید حسین و امامی، اسداله، (۱۳۸۴)، *حقوق خانواده دوره دو جلدی*، ج ۱، دانشگاه تهران، تهران

- صانعی، یوسف، (۱۳۸۴)، *استفتائات قضایی*، ج ۲، حقوق مدنی، چ ۲، نشر میزان
- عمید، حسن، (۱۳۸۳)، *فرهنگ فارسی عمید*، تهران
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، *فلسفه حقوق*، ج اول، چ ۸، انتشارات شرکت سهامی، تهران
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۴)، *حقوق مدنی خانواده*، ج اول، نکاح و طلاق، شرکت سهامی انتشار
- کریستین سن، آرتور، (۱۳۴۵)، *ایران در زمان ساسانیان*، ترجمه غلامرضا رشید یاسمی، تهران
- کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۴۲۸.ق)، *اصول کافی*، لبنان
- محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۸۸)، *نظریه عمومی شروط و الزامات در حقوق اسلامی*، مرکز نشر علوم اسلامی
- محقق کابلی، قربانعلی، (۱۳۷۹)، *رساله توضیح المسایل اسماعیلیان*، قم.
- مظاهری، علی اکبر، (۱۳۷۳)، *خانواده ایرانی در روزگار پیش از اسلام*، ترجمه عبدالله توکلی، تهران