

واکاوی فقهی حقوقی تخلف نماینده از حدود اختیارات مربوط به مهر در نکاح دائم

سید محمدمهدی قبولی درافشان ۱

سید محمدهادی قبولی درافشان ۲

محمدتقی نادی ۳

چکیده

از نظر حقوق ایران ممکن است در مواردی قرارداد نکاح از سوی وکیل یا نماینده قانونی شخص منعقد شود. در این شرایط، نماینده باید در چارچوب اختیارات قراردادی و قانونی خویش اقدام نماید. طبیعتاً در فرض دخالت نماینده در انعقاد نکاح دائم یکی از مسائلی که در قرارداد نکاح ذکر می‌شود، مهریه است. حال پرسش این است که ضمانت اجرای تخلف نماینده از اختیاراتش در خصوص مهریه چیست؟ این جستار با روشی توصیفی-تحلیلی به بررسی مسئله یادشده از نظر فقهی و حقوقی پرداخته است. نتایج این پژوهش حاکی از این است که میان فقیهان در این زمینه اختلاف وجود دارد و در نظر اغلب فقیهان، تخلف وکیل از حدود اختیار خود در زمینه مهر موجب عدم نفوذ اصل قرارداد نکاح می‌شود. در مورد ولی قهری و سایر اولیای عقد نیز نظر واحدی در فقه امامیه وجود ندارد. قانون‌گذار ایران فقط در مورد تخلف وکیل نسبت به مهریه به عدم نفوذ نکاح در ماده ۱۰۷۳ تصریح و در مورد سایر نمایندگان سکوت اختیار کرده است. با بررسی و نقد ادله نظریه یادشده، به اعتقاد نگارندگان، تخلف نماینده نسبت به مهر نمی‌تواند عدم نفوذ اصل قرارداد نکاح را به دنبال داشته باشد، بلکه با توجه به رکن نبودن مهریه و ادله دیگری از قبیل رابطه تعدد مطلوب میان نکاح و مهر، صحت اصل نکاح و عدم نفوذ یا بطلان مهر اقوی است. بنابراین پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار با اصلاح ماده ۱۰۷۳ قانون مدنی نفوذ قرارداد نکاح را در فرض تخلف نماینده از مهریه پذیرفته، در مورد سایر نمایندگان نیز اظهار نظر روشن نماید.

واژگان کلیدی: اولیای عقد، تخلف از مهریه، ماده ۱۰۷۳ قانون مدنی، نمایندگی در نکاح، وحدت و تعدد

مطلوب.

مقدمه

یکی از مباحث مهم فقهی و حقوقی، مسئله نمایندگی (اعم از قراردادی، قانونی و قضایی) است. طبیعی است مسائل گوناگونی در خصوص نمایندگی مطرح است که از جمله آن‌ها ضمانت اجرای تخلف نماینده از حدود اختیارات خود می‌باشد. در این میان تخلف نماینده از اختیارات خود در انعقاد قرارداد نکاح، یکی از مواردی است که در حقوق خانواده مطرح است. قانون‌گذار ایران در ماده ۱۰۷۱ قانون مدنی، وکالت در انعقاد نکاح را به تبع فقه امامیه (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ۱۸۰؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق، ۲۱۱؛ حرّ عاملی، ۱۴۱۲ق، ج ۷، ۱۴۱) پذیرفته است. چنان‌که امکان انعقاد قرارداد نکاح از سوی ولی با شرایطی از ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی ایران قابل استنباط است.^۱ حال پرسشی که وجود دارد این است که آیا تخلف نماینده از حدود اختیارات خویش در انعقاد نکاح، درهرحال عدم نفوذ قرارداد را به دنبال دارد یا اینکه میان نوع تخلف یا نوع نماینده در این زمینه می‌توان تفاوت قائل شد. توضیح اینکه چنانچه نمایندگی قراردادی باشد، طبیعتاً حدود اختیارات وکیل، تابع قرارداد وکالت خواهد بود و بر حسب مورد ممکن است وکالت عام و مطلق بوده یا به شرایط خاصی مقید باشد. حال اگر وکالت به شرایطی در مورد طرف قرارداد یا میزان مهریه و شروط ضمن عقد و مانند آن مقید باشد، آیا کوچک‌ترین تخلفی موجب عدم نفوذ عقد می‌شود یا اینکه نوع تخلف وکیل در پاسخگویی به پرسش مؤثر است؟ در مورد ولی نیز با توجه به اینکه به نظر می‌رسد اختیارات وی به رعایت غبطه مؤلی علیه مقید است، آیا هرگونه عدم رعایت

۱. گفتنی است، منطوق ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی دلالت بر این دارد که متولی عقد، شخصی غیر از ولی قهری است لیکن برای نفوذ عقد، إذن ولی دختر قبل از ۱۳ سال شمسی و پسر قبل از ۱۵ سال شمسی لازم است. حال اگر مقصود قانون‌گذار از وضع این ماده، این دانسته شود که ولی قهری می‌تواند قبل از سنین یادشده نکاح را با رعایت شرایطی جاری سازد، مستقیماً دلالت بر نکاح از سوی ولی خواهد داشت؛ چنان‌که برخی استادان حقوق (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۷۷) تبصره سابق ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی را که از عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی سخن می‌گفت، محمول بر انشای عقد نکاح از سوی ولی دانسته بودند. لیکن اگر این تفسیر پذیرفته نشود و سن مقرر در ماده یادشده سن بلوغ برای عقد نکاح دانسته شود، طبیعتاً در مورد شخص غیربالغ (در خصوص نکاح) ولی قهری با استناد به ملاک ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی باید بتواند عقد نکاح را به ولایت منعقد نماید. درهرحال اگر استدلال‌های یادشده پذیرفته نشود، نمی‌توان به ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی برای انعقاد عقد نکاح از سوی ولی قهری استناد نمود و باید در این خصوص به منابع معتبر فقهی در خصوص انعقاد نکاح از جانب ولی مراجعه نمود که در قسمت‌های بعدی مقاله به آن پرداخته شده است.

مصلحت موجب عدم نفوذ قرارداد می‌شود یا میان موارد مختلف عدم رعایت مصلحت باید تفکیک نمود. همین پرسش در مورد وصی منصوب از جانب ولی و قیم و نیز سایر نمایندگی‌هایی که جنبه قضایی یا قانونی دارند (در مواردی که اختیار تزویج مولی علیه برای ایشان تشریح شده باشد)، قابل طرح است. این پژوهش در صدد است با روشی توصیفی-تحلیلی، مسئله یادشده را از نظر فقهی و حقوقی مورد بررسی قرار دهد. طبیعتاً بررسی فقهی موضوع از این نظر اهمیت دارد که مقررات قانون مدنی در قسمت حقوق خانواده عمدتاً مبتنی بر مبانی فقهی و برگرفته از آرای فقیهان امامی است. برای بررسی موضوع و با توجه به تفاوت‌هایی که انواع نمایندگی با یکدیگر دارند، ابتدا ضمانت اجرای تخلف وکیل از حدود اختیاراتش بررسی می‌شود و سپس از سایر نمایندگی‌ها سخن گفته خواهد شد.

قبل از ورود به تحلیل مسئله از نظر فقهی و حقوقی، با توجه به اینکه ممکن است وجود رابطه وحدت و تعدد مطلوب میان نکاح و مهر و رکن بودن یا نبودن مهر نسبت به نکاح و نیز رابطه میان وحدت و تعدد مطلوب با رکن بودن یا نبودن در تحلیل موضوع مؤثر باشد، شایسته است به نحو مختصر به مسئله وحدت و تعدد مطلوب و رکنیت و عدم رکنیت و ارتباط آن‌ها اشاره شود.

۱. تبیین ارتباط مهر و نکاح از نظر رابطه وحدت و تعدد مطلوب و رکنیت یا عدم رکنیت

برای تبیین رابطه مهر و نکاح از نظر وحدت یا تعدد مطلوب و نیز رکن بودن یا نبودن مهر نسبت به نکاح، شایسته است ابتدا به تبیین مفهوم و معیار تشخیص وحدت و تعدد مطلوب و ارتباط امور رکنی و غیررکنی با اصطلاحات یادشده بپردازیم. مقصود از وحدت مطلوب این است که رابطه میان دو یا چند شیء به گونه‌ای باشد که وجود همه با هم لازم بوده، گسست میان آن‌ها اصل مطلوب را منتفی نماید. تعدد مطلوب در جایی است که وجود هر یک از اشیای یادشده دارای مطلوبیت است و اگر برخی از آن‌ها وجود نداشته باشد، موجب نفی مطلوبیت از موارد موجود نمی‌شود. در تبیین مفهوم وحدت و تعدد مطلوب، برخی (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ۵۲۷-۵۲۶) از ارتباط میان یک عمل و قیودات آن سخن گفته‌اند؛ به گونه‌ای که اگر انجام عمل بدون قیود آن مطلوبیت داشته باشد، رابطه

میان عمل یادشده و قیود آن از باب تعدد مطلوب است. طبیعتاً بر این اساس اگر انجام عمل بدون قیود آن مطلوبیت نداشته باشد، رابطه میان آن دو از باب وحدت مطلوب خواهد بود. درهرحال در مورد معیار وحدت و تعدد مطلوب و اینکه وحدت و تعدد مطلوب را چگونه می‌توان تشخیص داد و معیار آن چیست، باید گفت، با وجود جستجوی گسترده در کتب فقهی و حقوقی و به رغم تمسک فراوان به وحدت و تعدد مطلوب، مطالب پراکنده و اندکی در مورد معیار تشخیص آن مشاهده می‌شود. در این راستا برخی فقیهان (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۶، ۲۲) در خصوص تبیین معیار تشخیص وحدت و تعدد مطلوب در عقود، از معیار نوعی سخن گفته، معتقدند که عرف عقلا در این زمینه تأثیرگذار است و اراده اشخاص نمی‌تواند برخلاف عرف عقلا تصمیم‌گیری کند. اشکالی که به این نظر وارد شده این است که عقود ماهیتاً ارادی بوده، تابع اراده متعاقدين محسوب می‌شوند و اشکالی به نظر نمی‌رسد که اراده اشخاص بتواند مواردی را که با مقتضای ذات عقد منافاتی ندارد و مخالف شرع و قانون نیز نباشد، تغییر دهد. برخی فقیهان (شیرازی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۲، ۷۰۵۶) نیز در خصوص وحدت و تعدد مطلوب، معیار را از نظر ثبوتی «قصد مطلوبیت به نحو وحدت یا تعدد» دانسته‌اند. به نظر می‌رسد نظر اخیر که به قصد طرفین توجه نموده، منطقی‌تر است. البته از نظر اثباتی توجه به عرف دارای اهمیت است و برای تشخیص مقصود اشخاص توجه به عرف راهگشاست. طبیعتاً اگر در مواردی بر اساس قواعد امری قانونی یا شرعی ارتباط میان دو شیء از باب وحدت یا تعدد مطلوب دانسته شود، اراده اشخاص یارای مخالفت با آن را ندارد، زیرا حکومت اراده اشخاص مقید به رعایت قواعد امری است.

در خصوص رابطه میان وحدت مطلوب و تعدد مطلوب با رکن بودن یا فرعی بودن نیز باید گفت، تقسیم امور به رکنی و فرعی با تقسیم آن‌ها به وحدت و تعدد مطلوب متفاوت است. لیکن تقسیم امور به امور رکنی و فرعی در تشخیص وحدت و تعدد مطلوب در مواردی تأثیرگذار است. توضیح اینکه امور رکنی اموری هستند که قوام یک شیء به وجود آن‌هاست، حال آنکه امور فرعی تشکیل‌دهنده قوام شیء نیستند. درواقع آن‌گونه که برخی (انصاری و طاهری، ۱۳۸۸، ج ۲، ۱۰۳۹) بیان کرده‌اند، از نظر فقهی رکن، امری است که وجود چیزی مبتنی و متوقف بر آن باشد. حال طبیعی است میان ارکان تشکیل‌دهنده یک شیء رابطه وحدت مطلوب برقرار باشد؛ یعنی در صورتی که همه ارکان با یکدیگر باشند



می‌توانند موجب تحقق شیء مطلوب گردند و اگر یکی از ارکان وجود نداشته باشد، مطلوب حاصل نمی‌شود، زیرا وجود شیء مترتب بر وجود ارکان آن است. این درحالی است که اگر امور فرعی نباشند، خللی به وجود یک شیء وارد نمی‌گردد. البته این به آن معنا نیست که وحدت مطلوب فقط اختصاص به ارکان دارد، بلکه ممکن است در مواردی امور فرعی با توجه به شرایط یا اراده اشخاص در کنار ارکان، مطلوب واحد را تشکیل دهند. برای مثال انجام تعهد و زمان انجام تعهد دو مطلوب مختلف‌اند، ولی گاهی زمان اجرای تعهد بر اساس عرف یا اراده طرفین آن چنان اهمیت می‌یابد که همراه با تعهد، مطلوب واحد را تشکیل می‌دهد و تخلف از زمان اجرای تعهد می‌تواند در چنین حالتی اصل مطلوب را منتفی نماید.

دره‌رحال با توجه به آنچه گفته شد و همان‌گونه که از عبارات برخی فقیهان (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۱، ۶۸۵۷-۶۷۵۸) استنباط می‌شود، رابطه میان ارکان شیء و آن شیء از باب وحدت مطلوب است. در خصوص امور غیراساسی (غیررکنی) از نظر ثبوتی، ملاک تشخیص وحدت و تعدد، قصد اشخاص است، ولی از نظر عرفی به‌طور معمول امور فرعی از امور اصلی قابل تفکیک بوده، تعدد مطلوب را تشکیل می‌دهند. برای مثال در خصوص ارتباط شرط و عقد، در مواردی که شرط به ارکان عقد لطمه وارد نمی‌سازد، فساد شرط به عقد سرایت نمی‌کند و یکی از ادله مهم این مسئله آن است که عقد و شرط دو مطلوب مختلف هستند که بطلان شرط به‌خاطر فرعی بودنش، به عقد تسری پیدا نمی‌کند و به همین دلیل شرط عدم مهر در نکاح با اینکه شرطی نامشروع و باطل است، موجب بطلان قرارداد نکاح نمی‌شود (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۲، ۷۰۵۷-۷۰۵۶). دره‌رحال به‌نظر می‌رسد اگر احراز گردد امری فرعی مانند شرط ضمن عقد در نظر طرفین اساسی بوده، همراه با عقد مطلوب واحد را تشکیل می‌دهد، دیگر تجزیه آن از عقد امکان‌پذیر نیست و در صورت بطلان شرط، عقد نیز باطل خواهد بود. باید توجه داشت که گاهی اختلاف در تشخیص وحدت یا تعدد مطلوب میان فقیهان موجب اختلاف در حکم شده است. برای نمونه در مورد اینکه آیا بطلان شرط خیار در نکاح، بطلان اصل نکاح را به‌دنبال دارد یا خیر، برخی به استناد تعدد مطلوب، بطلان شرط را به نکاح تسری نداده‌اند، ولی برخی دیگر به استناد وحدت مطلوب، از بطلان شرط و عقد سخن گفته‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۱،

۱۳۶-۱۳۵). یکی دیگر از نمونه‌های ارتباط میان امور اصلی و فرعی با وحدت و تعدد مطلوب می‌تواند بحث تطابق ایجاب و قبول از نظر شروط ضمن عقد باشد. در واقع بنا بر نظر مشهور فقیهان عدم تطابق میان ایجاب و قبول در مورد شرط مانع تشکیل عقد دانسته شده است، ولی برخی فقیهان با استناد نقش فرعی شروط و اینکه شرط فاسد مفسد عقد نیست، عدم قبول شرط از سوی مخاطب ایجاب را مانع تشکیل قرارداد ندانسته، بلکه در این خصوص از پیدایش حق خیار برای ایجاب‌کننده سخن گفته‌اند (قبولی درافشان، ۱۳۹۱، ۳۰-۲۹). در دفاع از نظر اخیر از تحلیل حقوقی تفکیک میان مطلوب و مرتبه مطلوب سخن به میان آمده و عقد به عنوان مطلوب مستقل و شرط نیز به عنوان مرتبه مطلوب (که جدای از مطلوب اصلی است) دانسته شده و از تجزیه ایجاب به دو مطلوب مختلف سخن گفته و ادعا شده است در صورت قبول ایجاب بدون شرط، خللی به تطابق ایجاب و قبول وارد نمی‌شود (ر.ک. محقق داماد، ۱۳۸۹، ج ۲، ۷۴-۷۳).

حال در خصوص نکاح و مهریه اگر نکاح و مهریه نسبت به یکدیگر چنان ارتباطی داشته باشند که وجود یکی بدون دیگری (از لحاظ اراده شخص یا از نظر قانونی) مطلوب نباشد، رابطه آن‌ها وحدت مطلوب خواهد بود، ولی چنانچه رابطه آن‌ها چنان باشد که فقدان یکی موجب از بین رفتن مطلوبیت دیگری نشود، رابطه آن‌ها از باب تعدد مطلوب است. در این خصوص به نظر می‌رسد رابطه مهریه و نکاح از باب تعدد مطلوب است؛ به این نحو که عدم تعیین مهریه یا بطلان قرارداد مهر موجب بطلان و منتفی شدن اصل قرارداد نکاح نمی‌شود. رکن نبودن مهریه نسبت به نکاح می‌تواند این نظر را تقویت نماید. توضیح اینکه همان‌گونه که برخی (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ۲۶۸) ادعا کرده‌اند، در خصوص رکن نبودن مهریه در نکاح دائم، اتفاق نظر وجود دارد. در مقام تبیین اینکه مهریه رکن نکاح دائم نیست، برخی فقیهان (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ۹۳) معتقدند بهترین دلیل این است که اگر مهر در نکاح ذکر نشود، عقد نکاح باطل نیست و در نکاح دائم زوج و زوجه دو رکن نکاح محسوب می‌شوند.^۱ به همین دلیل برخی فقیهان (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ۲۲۹؛ اراکی،

۱. گفتنی است، این فقیه ارجمند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ۹۳) به این نکته نیز اشاره دارد که اگر مهریه رکن نکاح دائم بود در صیغه عربی به کاررفته برای آن باید گفته می‌شد «زوجتک نفسی بالمهر المعلوم»، این درحالی است که در صیغه عربی مرسوم عبارت «علی المهر المعلوم» به کار می‌رود. ایشان از این نکته نیز برای اینکه مهر جایگاه رکنی ندارد نیز استفاده نموده‌اند.

۱۴۱۹ق، ۵۰۱) در نکاح دائم فساد مهر را موجب فساد کل عقد نکاح نمی‌دانند و حتی عبارات بسیاری از فقیهان (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۲۲۱؛ میرزای قمی، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ۹۳۵؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۴، ۴۷۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ۲۰۲) دلالت بر این دارد که یکی از وجوه افتراق عقد منقطع و دائم را در این می‌دانند که مهریه در نکاح منقطع رکن عقد محسوب می‌شود، ولی در نکاح دائم، رکن به‌شمار نمی‌آید و از جایگاه عوض در قراردادهای معاوضی برخوردار نیست.

در هر حال به‌نظر می‌رسد، توجه به امور اساسی و فرعی و نیز وحدت و تعدد مطلوب برای تحلیل موضوعاتی چون تخلف نماینده از اختیارات خود می‌تواند مؤثر باشد که در قسمت‌های بعدی در موارد مقتضی از آن بهره گرفته خواهد شد.

۲. ضمانت اجرای تخلف از اختیارات مربوط به مهر در نمایندگی قراردادی

قاعده عمومی در مورد تصرفات حقوقی این است که می‌توان آن را از راه وکالت انجام داد. قرارداد نکاح نیز از این قاعده مستثنی نیست. به دیگر سخن، در نکاح لازم نیست قرارداد با اراده خود طرفین انشا گردد، بلکه انشا و اظهار اراده می‌تواند از سوی وکیل هریک از طرفین صورت گیرد. این مسئله در فقه امامیه پذیرفته شده و به پیروی از آن در قانون مدنی ایران انعکاس یافته است. به‌موجب ماده ۱۰۷۱ قانون مدنی «هر یک از زن و مرد می‌تواند برای عقد نکاح وکالت به غیر دهد». بر این اساس، وکالت مقید به مواردی نیست که شخص به عللی مانند جنگ و مسافرت و بیماری خود در مجلس عقد حضور ندارد، بلکه در صورت حضور و تمکن طرفین عقد از انشای نکاح با اراده خود نیز منعی در مورد توکیل غیر در این زمینه وجود ندارد. طبیعتاً هنگامی که قرارداد به وکالت منعقد می‌شود، وکیل باید در چارچوب اختیاراتی که به وی واگذار شده است اقدام نماید، زیرا خارج از چارچوب اختیارات، وی سمتی ندارد و مانند شخصی بیگانه به‌شمار می‌آید. از این رو تصرفات حقوقی خارج از حدود اختیار نیز ممکن است فضولی محسوب گردد. لیکن پرسش این است که آیا در نکاح، تخلف وکیل موجب فضولی شدن کل عقد می‌شود یا اینکه باید قرارداد را نسبت به میزانی که تخلف صورت گرفته است، فضولی دانست؟ به دیگر سخن، آیا می‌توان قرارداد نکاح را به اجزای مختلف تجزیه نمود و نسبت به برخی از آن فضولی بودن و در نتیجه حکم

عدم نفوذ را جاری دانست و نسبت به قسمتی که وکیل مطابق اختیارات عمل نموده است از صحت عمل حقوقی سخن گفت؟ قانون‌گذار مدنی ایران در ماده ۱۰۷۳ قانون مدنی به تخلف وکیل از اختیارات خویش پرداخته و بدون هیچ‌گونه تفکیکی این‌گونه مقرر نموده است: «اگر وکیل از آن چه که موکل راجع به شخص یا مهر یا خصوصیات دیگر معین کرده، تخلف کند صحت عقد متوقف بر تنفیذ موکل خواهد بود». همان‌گونه که ملاحظه می‌شود قانون‌گذار به تخلف وکیل راجع به شخص، مهر و خصوصیات مورد نظر موکل پرداخته و در مورد همه از عدم نفوذ قرارداد سخن گفته است. حال پرسش این است که آیا حکم ماده ناظر به موردی است که همه آنچه در قرارداد آمده است مطلوب واحد را تشکیل می‌دهد یا اینکه تفاوتی میان وحدت و تعدد مطلوب در این زمینه وجود ندارد؟ همچنین آیا رکن بودن یا نبودن مهریه تأثیری در حکم یادشده داشته است یا خیر؟ به‌علاوه آیا حکم ماده از مبانی فقهی معتبری برخوردار است یا خیر؟ برای پاسخگویی به پرسش‌های یادشده شایسته است ابتدا موضوع از جنبه فقه امامیه مورد بررسی استدلالی قرار گیرد، سپس حکم ماده از نظر دکتربین حقوقی ایران نیز مطالعه شود.

۱.۲. تحلیل فقهی تخلف از حدود وکالت در عقد نکاح

با جستجو در آرای فقیهان امامی، دو نظر مختلف در خصوص تخلف وکیل از اختیارات خود در زمینه مهریه دیده می‌شود. طبق یک نظر بدون تفکیک میان شرایطی که موکل برای وکیل تعیین نموده، تخلف وکیل موجب فصولی شدن قرارداد نکاح و توابع آن چون مهریه دانسته شده است. لیکن نظر دیگر این است که تخلف وکیل در زمینه مهریه صرفاً موجب فصولی شدن مهریه می‌شود و اصل قرارداد نکاح را فصولی نمی‌گرداند. در ادامه ضمن تبیین نظریات یادشده، به تبیین ادله و نقد آن پرداخته می‌شود.

۱.۱.۲. نظریه فصولی بودن نکاح در صورت تخلف وکیل در مورد مهریه

گروهی از فقیهان (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ۸۶۹؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴، ۴۸۵؛ خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۳، ۲۵۶؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ۲۲۶؛ اراکی، ۱۴۱۹ق، ۳۱۷؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۴، ۲۸۲) تعدی وکیل از اذنی را که به وی در تزویج شخص معین با مهریه معلوم و سایر خصوصیات داده شده است موجب فصولی شدن عقد

نکاح دانسته و تفاوتی میان تخلف نسبت به خصوصیات مربوط به شخص و مهریه قائل نشده‌اند. برای نمونه، آن‌گونه که برخی فقیهان (علامه حلی، ۱۳۸۸، ۶۰۲) در خصوص مهریه بیان داشته‌اند، اگر خانمی مهریه موردنظر خود را به وکیلش اعلام نمود، چنانچه وکیل عقد ازدواج را به کمتر از مهریه تعیین شده واقع سازد، عقد نکاح صحیح نخواهد بود و فضولی به‌شمار می‌آید. در مقام بیان دلیل بر این نظر گفته شده است (همان؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۴، ۲۸۲)، توکیل بر امر معین بوده، به غیر آن تسری پیدا نمی‌کند و اذنی که داده شده است، عقد واقع شده را دربر نمی‌گیرد؛ حتی در این زمینه ادعا شده است (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴، ۴۸۵) که هیچ اختلافی میان فقیهان وجود ندارد.

در موردی که مردی وکالت در تزویج می‌دهد و مهریه را مشخص می‌کند نیز گفته شده است (همان) چنانچه وکیل از میزان مهریه مقرر تجاوز نماید، عقد نکاح فضولی خواهد بود. در این مورد نیز به عدم شمول اذن استناد شده و با توجه به قاعده تسلیط، عقد بدون اجازه فاقد صحت دانسته شده است. شاید استناد به قاعده تسلیط از این نظر باشد که حق تصرف در اموال، فقط در اختیار مالک آن بوده، باقی حقی بر آن ندارند؛ مگر اینکه به آن‌ها اذنی داده شود که در آن صورت باید در حدود همان اذن عمل کنند. اینجا هم سلطه‌ای که به مال موکل پیدا کرده است در همان حد مجاز باید باشد و نمی‌تواند بیشتر از آن مقدار را مهریه قرار دهد.

حال پرسشی که در این قسمت مطرح می‌شود این است که آیا رویکرد پیش‌گفته و عدم تفکیک میان تخلف از مهر و تخلف مربوط به خود عقد نکاح این است که مهریه از ارکان عقد نکاح بوده است و نکاح نوعی معاوضه محسوب می‌شود که مهریه نقش عوض را در آن ایفا می‌نماید و به همین جهت تخلف از حدود اختیارات در مورد مهریه موجب فضولی شدن کل قرارداد نکاح می‌گردد؟ در پاسخ باید گفت، نگارندگان تصریحی نسبت به این مسئله در کلام طرف‌داران این نظریه نیافتند و در این زمینه اشاره‌ای به رکن بودن مهریه به‌عنوان دلیل نظریه یادشده ملاحظه نگردید. ولی همان‌گونه که در ابتدای مقاله آمد، در فقه امامیه مهر رکن قرارداد نکاح دائم محسوب نمی‌شود. بنابراین به‌نظر می‌رسد نمی‌توان فرضیه یادشده را به‌راحتی پذیرفت، زیرا برخی از طرف‌داران این نظریه به‌صراحت مهریه را در عقد نکاح دائم از امور فرعی می‌دانند و رکن نکاح به‌شمار نمی‌آورند (ر.ک. طباطبایی حکیم،

۱۴۱۶ق، ج ۱۴، ۱۰۸).

فرضیه دیگری که در خصوص عدم تفکیک میان انواع مختلف تخلف وکیل (و اینکه هرگونه تخلفی از حدود اختیارات، موجب فصولی شدن عقد نکاح دانسته شده است) قابل طرح به نظر می‌رسد این است که در نظر قائلان به فصولی بودن نکاح به دلیل تخلف از مهریه، مجموعه شرایط تعیین شده برای وکیل مطلوب واحد را تشکیل می‌دهد. در این زمینه و در مقام تحلیل نظر مورد بررسی، برخی اندیشمندان فقهی (محقق داماد، بی تا، ۲۰۴-۲۰۳؛ سند، ۱۴۲۹ق، ج ۲، ۹۳)، دلیل مسئله را بحث وحدت مطلوب دانسته‌اند. در این راستا بعضی (سند، ۱۴۲۹ق، ج ۲، ۹۳) ادعا کرده‌اند که در مورد شروط و قیود وکالت و موضوع آن، ظاهر بر وحدت مطلوب است؛ مگر اینکه قرینه‌ای برخلاف آن وجود داشته باشد. برخی فقیهان (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲، ۲۳؛ همچنین ر.ک. حائری، ۱۳۸۰، ۲۸) نیز به نحو مطلق معتقدند چه در وکالت و چه در غیر آن، شروط و قیود از باب وحدت مطلوب است. عبارات بعضی فقیهان در این زمینه مؤید این ادعا است. توضیح اینکه برخی فقیهان (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۳، ۲۵۶) در مقام تعلیل فصولی بودن نکاح در صورت تخلف وکیل از اختیارات راجع به شخص، وصف و مهریه و مانند آن، این‌گونه بیان داشته‌اند (همان) که فصولی بودن نکاح به این دلیل است که آنچه موکل در مورد آن، اقدام به توکیل نموده، در خارج واقع نشده و آنچه از جانب وکیل واقع شده، وی در آن وکیل نبوده است. طبیعی است هنگامی می‌توان ادعا کرد که در همه حالات مختلف، آنچه واقع شده، شخص در آن وکیل نبوده است که همه شرایط تعیین شده، مطلوب واحد را تشکیل دهد.

اشکال استدلال یادشده در ادعای مطلق است که در آن مطرح گردیده است. توضیح اینکه ظهور ادعاشده در این نظر بدون تفکیک میان امور فرعی و اصلی محل تأمل و اشکال است؛ ضمن اینکه دلیلی نیز بر این ظهور ارائه نشده است. طبیعتاً با تبیین نظریه تفکیک میان وحدت و تعدد مطلوب این اشکال بیشتر تقویت خواهد شد.

فرضیه دیگری که ممکن است مطرح شود این است که آیا ماهیت مهریه از این نظر که التزام زوج به تأدیه مهریه مبتنی بر حکم قانون است یا ناشی از تراضی و توافق اراده زوجین، در فصولی دانستن نکاح و مهریه تأثیر دارد یا خیر؟

هرچند در کلام قائلان به نظریه فصولی دانستن نکاح و مهریه، چنین تحلیلی به‌صراحت

مشاهده نمی‌شود، لیکن در تحلیل این موضوع می‌توان این‌گونه بیان داشت که از سویی نمی‌توان اصل لزوم مهریه را برای نکاح دائم صرفاً مبتنی بر توافق زوجین دانست. زیرا در صورتی که مبنای مهریه صرفاً توافق طرفین باشد، توافق بر عدم مهر باید صحیح به‌شمار آید و در صورت عدم ذکر مهر، مهریه‌ای به زوجه تعلق نگیرد. حال آنکه در فقه امامی و به تبع در قانون مدنی ایران چنین امری مورد پذیرش نیست. لیکن تردیدی هم نیست که مهرالمسمی و تعیین آن با طرفین قرارداد نکاح است؛ هرچند اگر در این زمینه توافقی وجود نداشته باشد، به حکم شرع تکلیف مهریه (مهرالمثل یا در مواردی مهرالمتعہ) مشخص می‌شود. حال پرسش این است که آیا می‌توان با توجه به این تحلیل از نظریه عدم نفوذ نکاح و مهر در صورت تخلف از اختیارات راجع به مهریه سخن گفت؟ به نظر نگارندگان، پاسخ منفی است، زیرا با توجه به فرعی بودن مهریه در نکاح، امکان تجزیه مهریه از نکاح دائم وجود دارد؛ چنان‌که بطلان مهریه موجب عدم نفوذ یا بطلان قرارداد نکاح نمی‌شود. در واقع وجود اشکال در فرعیات نمی‌تواند به امور اصلی لطمه وارد کند و اشکالی به‌نظر نمی‌رسد که نکاح و مهریه را از یکدیگر تجزیه نمود. حتی اگر برای مهریه ماهیت قراردادی در نظر گرفته شود، مهریه تابع و وابسته به قرارداد نکاح است، ولی نکاح تابع آن محسوب نمی‌شود و به همین دلیل نیز خلل در مهریه یا تخلف نسبت به آن نباید موجب خلل به عقد نکاح گردد.

۲.۱.۲. نظریه اختصاص فضولی بودن به مهریه و عدم تسری به عقد نکاح

نظریه دیگری که هرچند بسیار اندک میان فقیهان دیده می‌شود، این است که تخلف وکیل از اختیارات خویش نسبت به مهریه، موجب فضولی بودن اصل نکاح نمی‌گردد. در این راستا از عبارات برخی فقیهان (جوادی آملی، ۱۳۹۵) استنباط می‌شود که اگر وکیل نسبت به اختیارات مربوط به مهریه تخلف کند، نمی‌توان از فضولی بودن اصل عقد نکاح سخن گفت. دلیل ایشان این است که مهر رکن عقد شمرده نمی‌شود. توضیح اینکه به اعتقاد ایشان (همان) در مواردی که وکیل از مسائل اساسی که رکن محسوب می‌شود تخلف می‌کند، اصل قرارداد فضولی خواهد بود. برای نمونه چنانچه وکیل از اختیارات خویش در مورد ثمن در عقد بیع تخلف نماید، عقد بیع فضولی خواهد بود، زیرا ثمن از ارکان بیع به‌شمار می‌آید. لیکن در مواردی که تخلف ناظر به موارد اصلی و ارکان نیست، نباید از فضولی بودن اصل

قرارداد سخن گفت. به همین دلیل با توجه به اینکه در نظر ایشان مهریه نه در عقد دائم و نه در نکاح منقطع رکن عقد شمرده نمی‌شود، تخلف از آن موجب می‌گردد که فقط مهر فضولی باشد و کمبود یا زیادت آن نسبت به مهرالمثل، پس از عقد قابل اصلاح خواهد بود.

در این نظریه هر نوع تخلفی باعث فضولی شدن عقد نکاح نمی‌شود، بلکه فقط تخلف در ارکان عقد، باعث فضولی شدن اصل عقد می‌شود.

در تحلیل نظریه پیش‌گفته باید به سه نکته توجه داشت؛ نخست اینکه به نظر می‌رسد اصل تحلیل قابل دفاع است و تفکیک میان ارکان و موارد غیررکن صحیح است. درواقع تخلف از ارکان همیشه با ضمانت اجرای سنگین‌تری روبرو است و موجب می‌شود آنچه واقع شده با آنچه مورد نظر موکل بوده است کاملاً متفاوت باشد و از آنجا که ارکان قابل تفکیک از نکاح نیست، طبیعی است در این مورد باید از عدم نفوذ کل قرارداد سخن گفت. ولی در مواردی که مسائلی جزء ارکان تشکیل‌دهنده قرارداد شمرده نمی‌شود، تفکیک آن از اصل عقد و در نظر گرفتن حق فسخ برای موکل یا سایر ضمانت‌های اجرایی که خفیف‌تر از عدم نفوذ محسوب می‌شود مناسب‌تر به نظر می‌رسد.

نکته دوم این است که در نظریه یادشده مهر در هر دو نوع نکاح دائم و منقطع رکن دانسته نشده و این درحالی است که به نظر می‌رسد باید میان نکاح دائم و موقت تفکیک قائل شد. توضیح اینکه رکن نبودن مهر در نکاح دائم قابل تأیید است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ۱۵۵)، زیرا در صورت عدم تعیین مهر در نکاح دائم (تفویض بضع)، خللی به صحت عقد وارد نمی‌شود (صفایی و امامی، ۱۳۸۵، ج ۱، ۱۸۱؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ۱۷۳؛ ابن جنید، ۱۴۱۶ق، ۲۵۴؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ۲۹۴؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۲، ۲۱؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ۲۲۰) و علم اجمالی به مهر نیز صدمه‌ای به قرارداد راجع به مهر وارد نمی‌سازد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ۱۸؛ کاتوزیان، ۱۳۹۴، ۶۵۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ۱۲۶)؛ همچنان که تفویض مهر در عقد ازدواج دائم پذیرفته شده است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ۳۸۱؛ طباطبایی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ۳۸۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ۶۶؛ صفایی و امامی، ۱۳۸۵، ج ۱، ۱۸۴). این درحالی است که عدم تعیین مهر در نکاح منقطع موجب بطلان عقد نکاح است (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ۱۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ۱۴۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱، ۱۶۰). بنابراین نظریه پیش‌گفته از این جنبه که میان مهر در نکاح دائم و منقطع تفکیک

نکرده است، قابل انتقاد به نظر می‌رسد.

نکته سوم قابل بررسی در تحلیل این نظر این است که آیا ارتباطی میان تفکیک امور اساسی از امور غیراساسی و تفکیک وحدت و تعدد مطلوب وجود دارد؟ آیا می‌توان تفکیک میان امور اساسی و غیراساسی را مرتبط با تشخیص وحدت یا تعدد مطلوب دانست؟ در واقع آیا می‌توان گفت رابطه میان ارکان یک عقد، رابطه وحدت مطلوب است و خلل به هر رکن موجب می‌گردد مجموعه عقد دچار خلل شود، ولی امور غیررکنی نسبت به اصل عقد مطلوب دیگری را تشکیل می‌دهد که خلل به امور غیراساسی یادشده به اصل عقد لطمه‌ای وارد نمی‌کند؟

در پاسخ باید گفت، همان‌گونه که در ابتدای مقاله بیان گردید و نیز از عبارات برخی فقیهان (شبییری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۱، ۶۸۵۷-۶۷۵۸) استنباط می‌شود، رابطه میان ارکان شیء و آن شیء از باب وحدت مطلوب است. در خصوص امور غیراساسی از نظر ثبوتی ملاک تشخیص وحدت و تعدد، قصد اشخاص است، ولی از نظر عرفی به‌طور معمول امور فرعی از امور اصلی قابل تفکیک بوده، تعدد مطلوب را تشکیل می‌دهند. بر این اساس و با توجه به اینکه مهر نسبت به نکاح از امور رکنی محسوب نمی‌شود و مانند عوض در قراردادهای معاوضی نبوده و رکن قرارداد را تشکیل نمی‌دهد، می‌توان در تحلیل نظریه پیش‌گفته از این منظر نیز به موضوع نگاه کرد و در تحلیل تخلف نماینده از اختیارات خود از آن استفاده نمود.

۲.۲. تحلیل حقوقی تخلف از موارد مورد وکالت در عقد نکاح

از نظر حقوقی نیز دو نظریه فصولی بودن نکاح و نظریه اختصاص فصولی بودن به مهریه و عدم تسری آن به اصل نکاح به چشم می‌خورد که در ادامه ضمن تبیین نظریات، نقد و بررسی خواهند شد.

۱.۲.۲. نظریه فصولی بودن نکاح

برخی از حقوق‌دانان (امامی، ۱۳۷۷، ۴۱۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱، ۶۶-۶۵؛ مدنی، ۱۳۸۵، ۲۱۰-۲۰۹؛ شیروی، ۱۳۹۵، ۸۱؛ حائری شهاباغ، ۱۳۸۲، ج ۲، ۹۳۵-۹۳۳) به استناد ماده

۱۰۷۳ قانون مدنی و بدون تحلیل حکم مندرج در ماده، بر اساس آن از فضولی بودن و غیرنافذ بودن نکاح در فرضی که وکیل از اختیارات خویش تجاوز نموده باشد، سخن گفته‌اند. برخی دیگر از حقوق‌دانان (صفایی و امامی، ۱۳۸۶، ۵۶؛ همان، ۱۳۸۵، ج ۱، ۵۶-۵۵) ضمن ورود به تحلیل مسئله، با پیروی از نظریات برخی فقیهان امامی، در خصوص تخلف وکیل از اختیارات خود در مورد مهر، معتقدند نکاح از این نظر فضولی است که إذن داده شده به وکیل، این‌گونه نکاح را شامل نمی‌شود و در نتیجه قرارداد نکاح فضولی و غیر نافذ است. در واقع این دسته از حقوق‌دانان در مقام تحلیل حکم ماده ۱۰۷۳ قانون مدنی، اختیارات وکیل را در عقد نکاح از باب وحدت مطلوب دانسته، تفکیکی میان ارکان و غیر ارکان قائل نیستند (ر.ک. محقق داماد، بی‌تا، ۲۰۴). به همین دلیل ایشان تخلف از مواردی چون مهریه را نیز موجب فضولی شدن کل نکاح به‌شمار آورده‌اند و استدلال‌های مطرح از سوی این گروه نیز بیش از استدلال‌هایی که از جانب فقیهان امامی مطرح شده است، نیست.

۲.۲.۲. نظریه اختصاص فضولی بودن به مهریه

برخی حقوق‌دانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ۱۱۶-۱۱۵) در مقام تفسیر ماده ۱۰۷۳ قانون مدنی، معتقدند چنانچه وکیل از اختیارات مربوط به مهر تجاوز نماید، فقط قرارداد مهر غیر نافذ است و به قرارداد نکاح لطمه‌ای وارد نمی‌شود. به اعتقاد ایشان در مورد قرارداد مهر نیز چنانچه موکل قرارداد مهر را به دلیل تخلف وکیل رد کند، مانند حالتی خواهد بود که در قرارداد نکاح مهریه تعیین نشده است و در چنین فرضی حکم ماده ۱۰۸۷ قانون مدنی جاری خواهد بود. به موجب این ماده «اگر در نکاح دائم مهر ذکر نشده یا عدم مهر شرط شده باشد نکاح صحیح است و طرفین می‌توانند بعد از عقد مهر را به تراضی معین کنند و اگر قبل از تراضی بر مهر معین بین آنها نزدیکی واقع شود زوجه مستحق مهرالمثل خواهد بود». حال چنانچه مهرالمثل از میزان مهری که از سوی موکل تعیین شده است، کمتر باشد، با توجه به تخلف وکیل، وی بر اساس ماده ۶۶۶ قانون مدنی مسئول خسارتی است که از این رهگذر به موکل وارد آمده است (همان). البته ممکن است این اشکال مطرح شود که موجب استحقاق مهرالمثل فقط تخلف وکیل از حدود إذن نیست، بلکه عدم تنفیذ مهر از سوی موکل و وقوع نزدیکی با وجود رد مهر و عدم تعیین مهر موجب استحقاق مهرالمثل است. در

پاسخ به نظر می‌رسد در صورتی که موکل، زوجه باشد و مهریه که وکیل باید تعیین می‌نمود بیشتر از مهرالمثل باشد، محرومیت زوجه نسبت به مابه‌التفاوت دو مهریه یادشده، خسارتی است که عرف آن را منتسب به وکیل می‌داند و از این نظر باید وکیل را مسئول به‌شمار آورد. لیکن در نقد این نظر ممکن است گفته شود در اینجا موجبی برای ضمان وکیل وجود ندارد، زیرا سبب تحقق مهرالمثل، وقوع نزدیکی قبل از تعیین مهر بوده و وکیل در این مورد تقصیری نداشته است تا مسئولیتی هم متوجه او باشد. اصل برائت ذمه نیز می‌تواند مؤید عدم ضمان وکیل باشد. درهرحال به اعتقاد این حقوق‌دان (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ۱۱۶) در موردی که موکل، زوجه بوده و وکیل مهریه‌ای بیش از میزان مقرر از جانب موکل را برقرار نموده باشد، موکل می‌تواند مقدار زائد را رد نماید و دیگر مسئله مهرالمثل مطرح نمی‌شود.

به نظر می‌رسد تحلیل این حقوق‌دانان ناظر به مواردی است که میان اختیارات وکیل راجع به مهر و اصل نکاح تعدد مطلوب برقرار باشد و به‌ظاهر، قاعده اولیه در این باب نیز تعدد مطلوب است و به همین دلیل از غیرنافذ بودن مهر- و نه نکاح- سخن گفته‌اند.

در مقام جمع‌بندی نظریات و دیدگاه‌های یادشده، به نظر می‌رسد باید حل مسئله بر اساس تحلیل اراده وکیل و موکل در انعقاد قرارداد وکالت جستجو گردد. زیرا در فرض تجاوز از حدود اختیارات، ضمانت اجرایی که برقرار می‌شود برای حفظ حقوق موکل است و باید با تخلفی که رخ داده است متناسب باشد. در این راستا طبیعتاً در مواردی که مقصود موکل از تعیین چارچوب‌های مختلف در قرارداد وکالت، وحدت مطلوب بوده است، خارج شدن از چارچوب یادشده درهرحال موجب می‌شود میان آنچه وکیل منعقد نموده و آنچه خواست موکل بوده است، مغایرت کامل تحقق یابد. لیکن چنانچه مقصود موکل مطلوب‌های متعدد و قابل تجزیه بوده باشد، ضمانت اجرای تخلف متفاوت بوده و حداقل در مواردی که تخلف در امور فرعی و قابل تجزیه از اصل قرارداد نکاح است می‌توان فصولی بودن را محدود به همان موارد تخلف دانست و اصل قرارداد نکاح را صحیح و نافذ به‌شمار آورد. بنابراین به نظر می‌رسد از سویی باید میان وحدت و تعدد مطلوب تفکیک نمود و از سوی دیگر میان موارد اساسی و فرعی تمایز قائل شد. طبیعتاً در مواردی که احراز گردد حتی امور فرعی نیز از نظر

موکل دارای اهمیت اساسی بوده است در مورد تخلف از امور فرعی یادشده و با استناد به وحدت مطلوب می‌توان دیدگاه غالب فقیهان و حقوق‌دانان را که از غیرنافذ بودن کل قرارداد نکاح سخن گفته‌اند تأیید کرد. ولی در مواردی که با تحلیل ارادهٔ موکل، به تعدد مطلوب‌ها برخورد می‌کنیم، هنگامی می‌توان قرارداد نکاح را غیر نافذ تلقی نمود که تخلف در مورد امور اساسی رخ داده باشد. به دیگر سخن در مورد تخلف‌های غیراساسی باید به ضمانت اجراهای خفیف‌تر از عدم نفوذ کل قرارداد پناه برد. اگر قرار به بررسی مصداقی باشد، تخلف از اوصاف غیراساسی شخص طرف قرارداد نکاح یا تخلف از مهریه می‌تواند از مواردی باشد که ضمانت اجرایی خفیف‌تر از عدم نفوذ در مورد آن کارایی بیشتری دارد. در مورد تخلف از اوصاف فرعی که طرفین در قرارداد نکاح شرط می‌کنند، خود قانون‌گذار نیز با انعطاف برخورد نموده، به موجب مادهٔ ۱۱۲۸ قانون مدنی از قابلیت فسخ قرارداد- نه عدم نفوذ یا بطلان- سخن گفته است. به موجب مادهٔ یادشده: «هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده، برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود، خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد». حال وقتی که اوصافی از سوی خود طرفین قرارداد نکاح مورد توافق قرار می‌گیرد و پس از انعقاد قرارداد مشخص می‌شود که اوصاف یادشده وجود نداشته، قانون‌گذار از حق فسخ سخن گفته و در مورد تخلفات فرعی با انعطاف برخورد نموده است؛ پس چرا در مورد تخلف وکیل در مواردی که بحث تعدد مطلوب است و تخلف در مورد اوصاف فرعی رخ داده است، از ضمانت اجرای حق فسخ سخن به میان نیاید؟ در مورد مهریه نیز همان‌گونه که بیان شد، خالی بودن نکاح از مهریه در نکاح دائم خللی به صحت عقد نکاح وارد نمی‌کند، حال چرا در موارد تعدد مطلوب و تخلف وکیل از مهریهٔ مقرر، از عدم نفوذ خود نکاح سخن گفته شود و از عدم نفوذ مهر به تنهایی سخن به میان نیاید؟! طبیعی است اگر از تخلف وکیل ضرری نیز متوجه موکل گردد، می‌توان از ضمانت اجرای لزوم جبران خسارت بر اساس مبانی مختلف فقهی و حقوقی مانند قاعدهٔ نفی ضرر و سایر موجبات ضمان قهری و قراردادی نیز سخن گفت. درهرحال به نظر می‌رسد توجه به نکات یادشده در اصلاح مقررات مدنی بایسته است.

۳. ضمانت اجرای تخلف اولیای عقد نکاح از اختیارات مربوط به مهر

برای تبیین ضمانت اجرای تخلف نمایندگان قانونی و قضایی در خصوص مهریه در نکاح دائم، ابتدا مسئله از نظر فقهی بررسی می‌شود، سپس موضوع از بُعد حقوقی مطالعه خواهد شد.

۱.۳. ضمانت اجرای تخلف اولیای عقد از اختیارات از نظر فقهی

برخی فقیهان (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۳، ۲۰۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ۸۶۳؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ۹۲) در قسمت اولیای عقد در نکاح از پدر، جد پدری، مولی، وصی و حاکم سخن گفته‌اند و برخی دیگر از فقیهان (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۳، ۱۹۸) ادعا کرده‌اند که از نظر فقه امامی تردیدی وجود ندارد که اشخاص یادشده فی‌الجمله در مواردی دارای نمایندگی و ولایت در نکاح هستند. درعین‌حال با بررسی موضوع در میان فقیهان امامی این مسئله به‌نظر می‌رسد که برخی از آنان (خمینی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ۲۵۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹، ۱۸۹؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ۱۴۸) ولایت وصی در نکاح را در مواردی پذیرا نیستند. در مورد پدر و جد پدری نیز آنچه از نظر فقهی (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ۸۶۴؛ خمینی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ۲۵۴) مسلم است اینست که ولی قهری در مورد ازدواج پسر صغیر و نیز دختر صغیره و نیز مجنون (در صورت متصل بودن جنون به صغر) دارای ولایت است، ولی در مورد ولایت ولی قهری نسبت به دختر بالغ باکره اختلاف وجود دارد. برخی فقیهان (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ۲۲۲) اجازه ولی قهری را لازم نمی‌دانند اما برخی دیگر (خمینی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ۲۵۴؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ۸۶۴) اجازه را لازم می‌دانند.

طبیعتاً در مواردی که ولایت مورد پذیرش قرار نگیرد، مسئله تخلف از اختیار از سوی ولی نیز منتفی است. حال برای اینکه موضوع به صورت دقیق‌تر تبیین شود، در ادامه ابتدا به بررسی موضوع در خصوص نکاح منعقدشده از جانب صغیر و صغیره پرداخته می‌شود. سپس از ولایت در خصوص مجنون سخن به‌میان می‌آید و درنهایت از وضعیت ولایت در نکاح رشیده باکره سخن گفته خواهد شد.

۱.۱.۳. ولایت در نکاح صغیر و صغیره

حال یکی از پرسش‌های قابل مطرح این است که اگر اولیای عقد در مواردی که ولایت ایشان در نکاح پذیرفته شده است، در تعیین مهریه مصلحت را رعایت نکنند، چه ضمانت اجرایی دارد؟ آیا قرارداد نکاح و مهریه صحیح است یا اینکه باید هم قرارداد نکاح و هم مهر را باطل یا غیر نافذ دانست یا اینکه فقط باید از عدم نفوذ قرارداد مهر سخن گفت؟ با بررسی نگارندگان در کتب فقهی امامیه، فقیهان در مورد پدر و جدّ پدري متعرض مسئله شده و به بررسی آن پرداخته‌اند و بحث مستقلی که به بررسی تخلف سایر اولیا در این زمینه پرداخته باشد مشاهده نمی‌شود (برای نمونه، ر.ک. همان، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ۸۷۶-۸۶۳؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ۲۰۵-۱۰۷). البته به ندرت در لابه‌لای برخی کتب فقهی (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۱۷۲) در مقام تفکیک میان ولایت حاکم و ولایت ولیّ قهري از محدودتر بودن اختیارات حاکم سخن گفته شده و تخلف وی در زمینه مهریه موجب عدم نفوذ کل قرارداد به‌شمار آمده است. بنابراین در این قسمت نیز به بررسی مسئله در خصوص پدر و جدّ پدري پرداخته می‌شود و با توجه به نتیجه حاصله و مبانی فقهی در خصوص سایر اولیای عقد نیز اظهار نظر خواهد شد.

در این خصوص در موردی که ولیّ دختر، وی را به کمتر از مهرالمثل تزویج نموده باشد، برخی فقیهان (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ۳۹۲) اعتقاد به صحت قرارداد نکاح و مهر دارند و ادله‌ای را در این زمینه مطرح می‌نمایند از جمله اینکه قدر متیقن وجوب پرداخت مهریه، همان مهریه یادشده در عقد است و کسی که ادعا می‌کند باید در این حالت مهرالمثل پرداخت شود و آن را واجب می‌داند، باید برای نظر خود دلیل اقامه نماید. به علاوه به عموم آیه ۲۳۷ سوره مبارکه بقره استناد شده که بر اساس آن در صورت طلاق قبل از مباشرت باید نیمی از مهرالمسمی داده شود و میان اینکه مهرالمسمی پایین‌تر یا مساوی یا بیشتر از مهرالمثل باشد تفکیکی نشده است. همچنین به روایتی استناد شده (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ۳۹۲) که به موجب آن از لزوم پرداخت مهریه‌ای که با توافق اشخاص صلاحیت‌دار در تزویج تعیین گردیده، سخن به میان آمده است. به این نکته نیز استناد نموده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ۳۹۲) که پیامبر (ص) دختران خویش را با مهریه پانصد درهم به تزویج در آورده‌اند؛ حال آنکه مهرالمثل دختران ایشان بیشتر از این مقدار بوده است. فارغ از اینکه آیا ادله یادشده توان اثبات مدعا را دارد یا ندارد، برخی فقیهان (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۲،

۴۰) معتقدند که دلیل اصلی این نظر را باید در مسئله لزوم یا عدم لزوم رعایت مصلحت از جانب ولی جستجو نمود. به اعتقاد ایشان، اینکه شخصی مانند شیخ طوسی چنین نظری داده‌اند بر این مبنا استوار است که ایشان لزوم رعایت مصلحت را بر ولی صغیر شرط نمی‌دانند و ولایت پدر را مثل ولایت مولی بر عبد به‌شمار می‌آورند. بنابراین از آنجا که مسئله مورد بحث ناظر به مواردی است که مصلحت شرط باشد، ارتباطی به مسئله وحدت و تعدد مطلوب نخواهد داشت و باید به بررسی سایر نظریات پرداخت. زیرا هنگامی که مصلحت شرط دانسته نشود، اختیارات ولی فراوان بوده و مسئله تخلف وی مطرح نمی‌شود تا برای باطل دانستن مهر و عقد یا صحیح دانستن عقد و بطلان مهر به وحدت یا تعدد مطلوب استناد نمود یا بتوان وحدت و تعدد مطلوب را مبنای فتوا دانست.

گفتنی است در مواردی که ولی، دختر صغیر خویش را بنابر مصالحی به شخصی که هم‌کفو وی است به کمتر از مهرالمثل تزویج می‌نماید، برخی فقیهان (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۱۶۹؛ موسوی عاملی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ۸۹) عقد و مهر را صحیح به‌شمار می‌آورند و معتقدند چنانچه مصلحت مؤلفی علیه ایجاب نماید، در امور مالی ولی می‌تواند ذمه ثالث نسبت به مؤلفی علیه را ابراء نماید و از این رو در قراردادن مهرالمسمایی کمتر از مهرالمثل به طریق اولی دارای چنین اختیاری است.

۱.۱.۱.۳. عدم نفوذ یا حق فسخ قرارداد نکاح و مهر به‌عنوان ضمانت اجرا

برخی فقیهان (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ۴۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ۸۶۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹، ۱۹۹-۱۹۸؛ فرطوسی حویزی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ۲) عدم رعایت مصلحت در تعیین مهر از سوی ولی را موجب بطلان (عدم نفوذ)^۱ عقد و مهر دانسته و برخی دیگر

۱. در اینجا مقصود از بطلان عدم نفوذ دانسته شده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ۸۶۶). گفتنی است گاهی بطلان دارای معنایی عام است که اعم از بطلان به معنای خاص و عدم نفوذ به معنای خاص است. در واقع بطلان به معنای خاص وضعیتی است که عمل حقوقی به خاطر فقدان یا نقص در برخی شرایط اساسی بی‌اثر است و امکان تصحیح آن از راه لحوق رضا و رفع نقص نیست، ولی عدم نفوذ در موردی به کار می‌رود که عمل حقوقی فاقد اثر بوده، ولی امکان رفع نقص و تنفیذ آن وجود داشته باشد. در مورد عمل حقوقی که ولی برخلاف مصلحت انجام داده است، برخی فقیهان (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ۴۱۰؛ خمینی، ۱۴۰۴ق، ۱۹۸؛ خمینی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ۲۵۵؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ۱۰۷) ضمن باطل دانستن آن تصریح نموده‌اند که مقصود عدم نفوذ و توقف عمل بر اجازه (برای مثال، اجازه صغیر بعد از بلوغ) است. طبیعتاً در اینجا نیز مقصود از بطلان، معنای عام آن است.

(شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲، ۴۱۹۶-۴۱۹۷) از پیدایش حق فسخ نسبت به قرارداد نکاح و مهر سخن گفته‌اند.

مهم‌ترین دلایلی که برخی از پیروان این نظریات (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ۴۱؛ همان، ۱۴۲۵ق، ۳۰۹؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲، ۴۱۹۶) ارائه نموده‌اند، از سویی مسئله وحدت مطلوب میان عقد نکاح و مهر است و از سوی دیگر استناد به قاعده نفی ضرر که در ادامه به تبیین و نقد آن پرداخته می‌شود.

الف) وحدت مطلوب میان عقد و مهر

به اعتقاد برخی فقیهان (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ۴۱) چنانچه در معاملات و عبادات قید و مقیدی وجود داشته باشد، ظاهر این است که قید و مقید از باب وحدت مطلوب بوده و با یکدیگر مطلوب واحدی را تشکیل می‌دهند که قابل جدا شدن نیست. به اعتقاد ایشان تعدد مطلوب نیازمند دلیل است و در صورتی می‌توان از تعدد مطلوب سخن گفت که جدایی میان قید و مقید از قرائن استنباط گردد. حال با توجه به ادعای یادشده، این ادعا نیز مطرح می‌شود (همان) که در رابطه میان عقد نکاح و مهریه نیز رابطه وحدت مطلوب جاری است و چنانچه مهریه به دلیل تخلف ولی و عدم رعایت مصلحت باطل گردد، نکاح نیز باطل خواهد بود. به دیگر سخن، بطلان مهریه به نکاح نیز تسری می‌یابد. برخی دیگر از فقیهان (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۳، ۲۳۲) در این زمینه از تعبیر وحدت مطلوب استفاده نکرده، بلکه برای تبیین بطلان عقد و مهر این‌گونه استدلال نموده‌اند که «مُشأ «تزویج مطلق» نبوده، بلکه «تزویج مقید به مقدار معین از مهر» بوده است. درواقع با منتفی شدن قید (مهر تعیین شده)، مقید (تزویج) نیز منتفی می‌گردد و آن‌گونه که برخی دیگر (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ۲۱۴) بیان داشته‌اند، تفکیک میان عقد و مهر با توجه به اینکه مُشأ، یک امر بیشتر نبوده، نیاز به دلیل دارد و به تعبیر برخی فقیهان (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲، ۴۱۹۶) مقصود این است که عرف، نکاح و مهریه را دو انشا و جعل مختلف تلقی نمی‌نماید و آن را به مثابه مطلوبی واحد به‌شمار می‌آورد. به نظر نگارندگان اینکه قید و مقید امر واحدی را تشکیل می‌دهد می‌تواند تعبیر دیگری از وحدت مطلوب یا حداقل مفهومی نزدیک به آن باشد.

در نقد استدلال‌های یادشده به نظر می‌رسد با توجه به اینکه در نکاح دائم مهریه جنبه اصلی ندارد و همچون عوض در معاوضات شمرده نمی‌شود نمی‌توان گفت از نظر عرفی و ظاهر امر، این دو مطلوب واحدی را تشکیل می‌دهند، بلکه بر اساس ظاهر، عقد نکاح و مهریه دو جعل متفاوت محسوب شده، نمی‌توان آن دو را جعل و انشای واحد و غیرقابل تجزیه به‌شمار آورد (جوادی آملی، ۱۳۹۵). بنابراین می‌توان ادعا کرد که میان حالتی که ولی کودک به نمایندگی از وی کالایی را بدون رعایت مصلحت کودک با ثمن بیشتر خریداری می‌کند و موردی که ولی کودک (پسر) بدون رعایت مصلحت، وی را با مهریه‌ای گزاف تزویج می‌کند، تفاوت وجود دارد. توضیح اینکه در حالت نخست، ثمن رکن و از امور اصلی بیع است و امکان تفکیک وجود ندارد، اما در نکاح مهریه از امور فرعی عقد محسوب شده، امکان اصلاح آن به‌وسیله خود مولی علیه یا سرپرست او وجود دارد؛ پس برخلاف نظری که اصل را وحدت مطلوب قرار می‌داد، به نظر می‌رسد در امور فرعی چون به ارکان عقد ضربه وارد نمی‌شود و تغییر اساسی در آن ایجاد نمی‌کند باید ظاهر را بر تعدد مطلوب گذاشته، از آن باب به قضیه نگریست. پس به نظر می‌رسد تفسیر بطلان عقد به دلیل وحدت مطلوب مناسب نباشد.

شایان ذکر است که برخی فقیهان با اینکه انشای نکاح و مهر را امر واحدی می‌دانند، در مسئله اخیر معتقدند، تفکیک میان نکاح و مهریه از حکم شارع استنباط می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۱۷۳-۱۷۲). توضیح اینکه اصل نکاح بنا بر اطلاق ادله ویژه‌ای که در مورد ولایت بر صغیر وجود دارد صحیح است و قرارداد مهریه بنا بر ادله مربوط به نفی ضرر و نفی حرج غیر نافذ و قابل اعتراض به‌شمار می‌آید. یکی از فقیهان (همان) برای پاسخگویی به این اشکال که نکاح و مهر در قالب یک امر واحد انشا گردیده است پس چگونه می‌توان نکاح را صحیح و مهر را باطل دانست، به طرح دو مسئله (یکی در مورد بطلان قرارداد در فرضی که قبول ایجاب فقط ناظر به اجزایی از آن باشد و دیگری مسئله تبعض صفقه و صحت قسمتی از قرارداد و بطلان قسمتی دیگر از آن) می‌پردازد و صحت نکاح و مهر را به بحث تبعض صفقه شبیه می‌داند. توضیح کلام ایشان به این ترتیب است که در مسئله ایجاب و قبول، چنانچه انشای ایجاب قرارداد با موضوع مشخصی صورت گیرد و قبول ناظر به بخشی از

موضوع ایجاب باشد، قرارداد تشکیل نمی‌شود، زیرا ایجاب ناظر به امر واحدی بوده است که قبول‌کننده نمی‌تواند آن را تجزیه نماید. بنابراین چنانچه انشای فروش زمین معینی صورت گیرد و قبول ناظر به خرید نیمی از زمین یادشده باشد، قرارداد بیع محقق نمی‌شود. این درحالی است که اگر همان زمین فروخته شود و مخاطب ایجاب کل آن را قبول نماید، ولی پس از قرارداد مشخص شود که نیمی از زمین متعلق به غیر است، قرارداد نسبت به سهم متعلق به دیگری غیر نافذ می‌شود و با رد مالک آن قسمت، قرارداد نسبت به همان جزء باطل می‌گردد، ولی نسبت به قسمتی که متعلق به خود فروشنده بوده، قرارداد صحیح است و تبعض صفقه رخ می‌دهد. درواقع قانون‌گذار و شارع چنین تجزیه‌ای را پذیرفته است. حال در مسئله تخلف ولی صغیر نیز مسئله به همین ترتیب است و صحت خود عقد و بطلان مهریه از ادله مختلف شرعی استنباط می‌شود.

هرچند نظریه یادشده در مورد صحت عقد نکاح منعقدشده از سوی ولی و عدم نفوذ مهریه قابل دفاع است، ولی در مورد نمایندگی قراردادی و تخلف وی از اختیارات راجع به مهریه نیز می‌توان با فرعی قلمداد نکردن مهریه و جداسازی آن از اصل قرارداد، به نتیجه مشابهی دست یافت.

ب) قاعده لاضرر

طبیعتاً در مواردی که ولی در نکاح پسر بدون وجود مصلحت مهریه را بیش از مهرالمثل تعیین می‌نماید، به زیان پسر اقدام کرده است. در مورد دختر نیز چنانچه ولی او مهریه‌ای کمتر از مهرالمثل تعیین کند موجب زیان وی خواهد بود. در این راستا برخی فقیهان (همان، ۱۷۱-۱۷۰) برای تبیین ضرری بودن قراردادی که ولی دختر با مهریه‌ای کمتر از مهرالمثل و بدون رعایت مصلحت منعقد می‌نماید چنین توضیح داده‌اند که نکاح نوعی معاوضه است که در آن بضع (تمتع جنسی) در مقابل مهر قرار گرفته است و اینکه دختر، مهریه کمتر از مهرالمثل را تحمل نماید در بسیاری از موارد موجب دشواری فراوان و مشقت عظیم برای وی می‌شود؛ خصوصاً اینکه در مواردی که بدون مصلحت مهریه دختر کمتر از مهرالمثل قرار داده شود، در عرف زنان نوعی عار و ننگ تلقی می‌شود که زنان آن را تحمل نمی‌کنند؛ چه بسا زن حاضر باشد در قرارداد نکاح مهریه بالایی درج گردد، ولی خود به اختیار خود پس

از عقد، آن را ابراء نماید (همان). حال پرسش این است که آیا می‌توان به استناد قاعده لاضرر صحت یا لزوم قرارداد نکاح را نفی کرد یا خیر؟ در این راستا برخی فقیهان (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ۴۱) به استناد قاعده نفی ضرر از بطلان عقد و مهر (عدم نفوذ) دفاع کرده‌اند. به اعتقاد ایشان در صورتی که ولی دختر را به کمتر از مهرالمثل یا پسر را به بیشتر از مهرالمثل به تزویج دیگری درآورد، پای‌بندی به قرارداد نکاح و شمول لزوم وفای به عهد به آن، حکمی ضرری است. لیکن از آنجا که نفی لزوم به پذیرش خیار فسخ قرارداد می‌انجامد و موارد فسخ نکاح محدود بوده و این مورد به اجماع از موارد مصرح نبوده است و امکان فسخ قرارداد نکاح در این مورد پذیرفته نیست؛ لذا برای رفع ظلم و ضرر، چاره‌ای جز نفی صحت قرارداد نکاح باقی نمی‌ماند. در واقع طبق این نظر، صحت قرارداد حکمی ضرری است که به موجب قاعده لاضرر نفی می‌شود. طبیعی است نتیجه نفی حکم صحت، عدم نفوذ قرارداد خواهد بود.

برخی از فقیهان (شیرازی زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲، ۴۱۹۷؛ موسوی عاملی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ۸۹) به جای بطلان قرارداد نکاح از امکان فسخ نکاح به استناد قاعده لاضرر سخن گفته‌اند. دلیل این امر در تشخیص حکم ضرری نهفته است. در واقع بنا بر این نظر، لزوم قرارداد نکاح، حکمی ضرری است. در این راستا ادعا شده است (شیرازی زنجانی، همان) که در این مسئله اصل عقد نکاح ضرری نیست، بلکه لزوم آن ضرری است؛ در نتیجه قاعده لاضرر لزوم آن را برمی‌دارد. البته به اعتقاد این فقیه چنانچه بر اساس اوضاع و احوال اصل ازدواج مورد اختلاف و نزاع و محلّ مفسده باشد، می‌توان از راه لاضرر، صحت عقد را نفی کرد.

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود در هر دو نظر پیش گفته، عدم امکان جدایی قرارداد نکاح و مهر از یکدیگر امری روشن تلقی شده است. در مقام نقد نظریات یادشده می‌توان گفت، قاعده لاضرر تنها دلالت بر نفی لزوم قرارداد مهر دارد. به دیگر سخن، مهریه و نکاح می‌تواند دو امر جدا از یکدیگر به‌شمار آید و از آنجا که حکم ضرری پای‌بندی به مهرالمسمای تعیین شده است، در نتیجه قاعده لاضرر فقط همان حکم را نفی می‌کند.^۱ در

۱. برای دیدن نظریات فقیهان در خصوص مفاد هیئت ترکیبی قاعده لاضرر، رک. موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ۲۰۹؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ۳۸۰؛ اصفهانی، ۱۴۱۰ق، ۱۸؛ عراقی، ۱۴۱۸ق، ۱۷؛ همان، ۱۴۲۰ق، ۳۰۱؛ مروج جزائری، ۱۴۱۵، ج ۶، ۴۹۳؛ مشکینی اردبیلی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ۳۴۹؛ فیروزآبادی، ۱۴۰۰ق، ج ۴، ۳۰۰؛ نراقی، ۱۴۱۷ق، ۴۳؛ آشتیانی، ۱۴۰۳ق، ج ۲، ۲۲۲؛ خمینی، بی‌تا، ج ۱، ۶؛ همان، ۱۴۱۵ق، ۷۳؛ سیستانی، ۱۴۱۴ق، ۹.

همین راستا برخی فقیهان (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۱۷۱-۱۷۰) معتقدند، حکم ضرری و حرجی، لزوم پای‌بندی به مهریه است و از راه قواعد نفی ضرر و حرج می‌توان حکم نفوذ مهریه را نفی نمود و برای زوجه اختیار اعتراض به مهریه را پذیرفت. به دیگر سخن، ادله نفی ضرر و حرج فقط اعتراض نسبت به مهریه را به اثبات می‌رساند و بنابر اطلاق ادله مربوط به تزویج دختر صغیر از سوی ولی، اصل قرارداد پابرجا می‌ماند.

۲.۱.۱.۳. نظریه صحت عقد و بطلان مهر

برخی فقیهان (خمینی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ۲۵۵؛ اصفهانی، ۱۴۲۲ق، ۷۰۸؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ۳۱۸؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ۱۰۷؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ۴۱۰؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ۱۵۵) با اینکه رعایت مصلحت مولی علیه از سوی ولی را لازم می‌دانند، تخلف ولی در مسئله مهریه و تعیین مهریه بیشتر از مهرالمثل در مورد صغیر تحت ولایت (پسر) و مهریه کمتر از مهرالمثل در مورد صغیره (دختر تحت ولایت) را موجب عدم نفوذ مهریه دانسته، از صحت عقد نکاح سخن می‌گویند. برخی فقیهان (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ۲۲۲) نیز هرچند به صراحت از عدم نفوذ قرارداد مهر سخن نگفته‌اند، ولی در فرضی که ولی دختر صغیره میزان مهرالمسمی را کمتر از مهرالمثل قرار داده باشد، پذیرش حق اعتراض را برای دختر (پس از بلوغ و رشد) اظهر دانسته‌اند.

در مقام تبیین دلیل این نظریه (نظریه صحت نکاح و بطلان مهر) باید گفت، دلیل اصلی که در این خصوص ملاحظه می‌شود این است که قاعده نفی ضرر بر نفی نفوذ از کل قرارداد نکاح دلالت نمی‌کند، بلکه صرفاً از امکان اعتراض نسبت به مهریه دفاع شده است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۱۷۱). طبیعی است اگر پذیرفته شود که قرارداد نکاح صحیح است و صرفاً حق اعتراض نسبت به مهریه وجود دارد، این پرسش مطرح می‌شود که اعتراض به قرارداد مهر به چه ترتیبی است؟ در پاسخ می‌توان گفت اگر همچون برخی فقیهان (خمینی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ۲۵۵؛ اصفهانی، ۱۴۲۲ق، ۷۰۸؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ۳۱۸؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ۱۰۷؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ۴۱۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ۱۵۵) قرارداد مهریه غیر نافذ دانسته شود، اعتراض به مهریه به معنای رد مهرالمسمی خواهد بود. بدیهی است در صورت عدم تنفیذ قرارداد مهر و رد آن، مسئله مانند

حالتی خواهد شد که مهریه‌ای در قرارداد نکاح تعیین نشده است و می‌توان از لزوم مهرالمثل سخن گفت. لیکن احتمال دیگری نیز از جانب برخی فقیهان (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۱۷۵) مطرح گردیده است؛ به این ترتیب که احتمال دارد قرارداد مهریه صحیح باشد، لیکن اعتراض به مهریه به معنای پذیرش حق رجوع زوجه (در فرضی که ولی زوجه به کمتر از مهرالمثل قرارداد را منعقد نموده است) به زوج برای مابه‌التفاوت میان مهرالمسمی و مهرالمثل به‌شمار آید. فایده عملی مترتب بر احتمال اخیر این است که چنانچه مهرالمسمی عین معینی باشد، مالکیت زوجه بر آن محقق است و صرفاً برای تفاوت مهرالمسمی و مهرالمثل حق مراجعه به زوج دارد.

به نظر نگارندگان در دفاع از نظریه صحت قرارداد نکاح و عدم نفوذ مهریه می‌توان به رکن نبودن مهریه نسبت به نکاح و رابطه تعدد مطلوب میان نکاح و مهر نیز تمسک جست. درواقع اینکه به استناد قاعده لاضرر بتوان فقط مهریه را غیر نافذ دانست، در صورتی امکان‌پذیر است که بتوان میان عقد نکاح و مهریه تفکیک نمود. زمانی می‌توان مهریه را از نکاح جدا کرد که ماهیت نکاح را متفاوت با قراردادهای معاوضی مانند قرارداد بیع و مهریه را متفاوت با عوض در قراردادهای معاوضی به‌شمار آورد. شایان ذکر است از مواردی که دلالت بر رابطه تعدد مطلوب میان عقد نکاح و مهر دارد، عدم شرط ذکر مهر در نکاح است؛ به‌گونه‌ای که اگر مهر در نکاح ذکر نشود یا عدم مهر در عقد شرط گردد یا خللی به مهر وارد شود، عقد صحیح است.^۱ همچنین حکم مشهور فقیهان امامی به صحت شرط خیار در صداق و عدم صحت آن در عقد نکاح^۲ نیز از قرائن دیگری است که دال بر تعدد مطلوب میان عقد و مهر است. وجه استنباط به این ترتیب است که اگر مهریه و نکاح قابل تفکیک

۱. علامه حلی در این زمینه چنین می‌فرماید: «و لیس ذکره شرطاً، فلو أُخْلِ به أو شرط عدمه صحَّ العقد» (۱۴۱۳ق، ج ۳، ۷۳). برای مطالعه دیدگاه سایر اندیشمندان فقه، ر.ک. ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷ق، ۳۴۶؛ فخر المحققین حلی، ۱۳۸۷ق، ج ۳، ۱۹۶؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ۲۱۳؛ فیض کاشانی، بی‌تا، ج ۲، ۲۷۳؛ کیدری، ۱۴۱۶ق، ۴۲۲.

۲. عبارت محقق سبزواری در این زمینه چنین است: «و لو شرط الخیار فی النکاح فالأقوی بطلان النکاح، خلافاً لابن إدريس و لو شرط فی المهر فالمشهور صحه العقد و المهر و الشرط» (۱۴۲۳ق، ج ۲، ۲۴۱). برای دیدن دیدگاه‌های فقیهان امامی در این زمینه، ر.ک. ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷ق، ۳۵۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ۷۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ۱۲۰-۱۱۹؛ اراکی، ۱۴۱۹ق، ۶۶۸-۶۶۷.

از یکدیگر نبودند، فسخ مهریه از راه پیش‌بینی شرط خیار در مهر قابل پذیرش نبود؛ حال آنکه مشهور فقیهان این امکان را پذیرفته‌اند. در واقع یکی از تفاوت‌های مهم اموری که با یکدیگر مطلوب واحد را تشکیل می‌دهد در مقایسه با اموری که مطلوب‌های متعددی را تشکیل می‌دهد، این است که در مطلوب واحد، منتفی نمودن یکی از امور یادشده، کل مطلوب را منتفی می‌نماید ولی در تعدد مطلوب، چنین نیست.

با توجه به تحلیلی که در خصوص تخلف ولی نسبت به مهریه صورت گرفت این نتیجه حاصل گردید که از سویی نظر اقوی در زمینه رابطه میان اصل نکاح و مهر، فرعی بودن مهر و رابطه تعدد مطلوب میان نکاح و مهر است و دلیل اصلی آن، این است که امور فرعی مانع تشکیل و تحقق امور اصلی نیست و از آنجا که مهریه از امور فرعی است تخلف از شرایط مهریه یا اشکال در صحت آن نمی‌تواند قرارداد نکاح دائم را تحت تأثیر قرار دهد؛ چنان که در مواردی که مهریه به دلایلی چون مجهول بودن یا فقدان مالیت باطل از کار درمی‌آید، لطمه‌ای به اصل قرارداد نکاح وارد نمی‌شود. از سوی دیگر، جاری شدن قاعده لاضرر نیز در مواردی که تخلف از شرایط مهریه موجب تضرر منوب‌عنه می‌گردد، قدرت از بین بردن صحت یا لزوم قرارداد نکاح را ندارد و صرفاً باید آن را ناظر به قرارداد مهریه دانست.

در پایان این قسمت توجه به دو نکته شایسته است، از سویی همان‌گونه که پیش‌تر بیان شد، در خصوص ولایت وصی در مورد تزویج صغیر در فقه امامیه دیدگاه‌های گوناگون وجود دارد؛ به‌گونه‌ای که سه نظریه وجود ولایت به نحو مطلق، وجود ولایت در صورت تصریح موصی و عدم وجود ولایت به نحو مطلق (اعم از تصریح موصی یا عدم تصریح وی) مطرح است، لیکن نظر اخیر، نظر مشهورتر و مهم‌ترین دلیل آن نیز عدم احتیاج صغیر به ازدواج و نیز مبتنی بودن ولایت در نکاح بر خویشاوندی ولی قهری با صغیر است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ۱۴۹-۱۴۸). البته چنانچه صغیر در حال جنون بالغ گردد و ازدواج نیز برای وی ضروری باشد، ولایت وصی پذیرفته شده است. به نظر می‌رسد قانون‌گذار ایران نیز ولایت وصی را نپذیرفته باشد، زیرا در ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی از وصی نام نبرده و ماده ۱۱۸۸ قانون مدنی ایران حدود اختیارات وصی را نگاهداری، تربیت و اداره اموال مولی‌علیه معرفی

کرده است. بنابراین در حقوق فعلی ایران بحث تخلف نسبت به مهریه در خصوص وصی کاربرد عملی ندارد. البته برای اختیار وصی در خصوص تزویج صغیری که در حال جنون بالغ شده باشد، به ملاک ماده ۸۸ قانون امور حسبی (برای قییم امکان تزویج مجنون را در صورتی که پزشک لازم دانسته باشد، اعطا نموده) استناد شده است (صفایی، ۱۳۸۶، ۸۷-۸۶). در خصوص ولایت حاکم نسبت به تزویج صغیر نیز باید گفت، در فقه امامیه ولایت وی مطلقاً نفی شده و مهم‌ترین دلیل آن عدم نیاز صغیر به ازدواج و نیز اصل عدم ولایت دانسته شده است. البته ولایت حاکم در مورد سفیه و مجنون در صورت وجود مصلحت پذیرفته شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ۱۴۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹، ۱۸۹-۱۸۸). حال در خصوص حاکم در مواردی که ولایت در نکاح دارد و مصلحت را رعایت نکرده است، از عبارات برخی فقیهان استنباط می‌شود که در صورت عدم رعایت مصلحت در تعیین مهر، عقد نکاح و مهر هر دو باطل است و نباید این دو را از یکدیگر تفکیک کرد. دلیلی که ایشان مطرح نموده‌اند، این است که نوع ولایت ولی قهری با نوع ولایت حاکم متفاوت است. درواقع ولایت ولی قهری همانند ولایت مولی بر عبد است، حال آنکه ولایت حاکم ولایت غبطه و حسب محسوب می‌شود و از این نظر باید ضمانت اجرای تخلف نیز متفاوت باشد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۱۷۲). اشکالی که به این نظر وارد شده این است که دلیل روشنی بر تفکیک ولایت ولی قهری و ولایت حاکم ارائه نشده است. بنابراین به نظر می‌رسد با توجه به همان مبانی و ادله‌ای که تخلف ولی قهری بر اساس آن بررسی شد، می‌توان این مسئله را تحلیل نمود. درهرحال پردازش دقیق مسائل مربوط به سایر اولیای عقد با توجه به وجود ابهامات فراوان، مستلزم پژوهشی جداگانه است.

۲.۱.۳. ولایت در خصوص نکاح مجنون

در خصوص شخص بالغی که دچار جنون ادواری است، هیچ‌یک از ولی قهری، قییم و حاکم دارای ولایت نیستند، زیرا این دسته از مجانین در دوران افاقه دارای اهلیت لازم برای نکاح هستند و شاید به همین دلیل برخی فقیهان (حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۵، ۲۷۳) تصریح نموده‌اند که تزویج چنین مجنونی فقط در حال افاقه و با إذن وی امکان‌پذیر است. در مورد نکاح مجنون دائمی، در خصوص اینکه آیا ولی قهری (پدر و جد پدری) فقط در صورتی که

جنون متصل به صغر باشد دارای ولایت است یا اینکه علاوه بر آن در صورتی که جنون متصل به صغر نباشد و پس از بلوغ عارض گردد نیز ولایت وجود دارد، میان فقیهان امامیه اختلاف نظر دیده می‌شود. لیکن نظر غالب که ادعای وجود شهرت بسیار قوی و حتی اجماع میان قدا در مورد آن مطرح است، پذیرش ولایت در هر دو حالت است (شیرازی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۱، ۳۸۳۴ و ۳۸۵۷-۳۸۵۶). در عین حال برخی فقیهان (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴، ۴۳۸؛ همان، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ۲۷۷) نظر مخالف داشته، معتقدند در صورتی که جنون متصل به صغر نباشد، حاکم در صورت ضرورت برای تزویج دارای ولایت است. برخی فقیهان (خوئی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ۲۶۱؛ سیستانی، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ۲۵) نیز راه احتیاط را پیموده و احتیاط را در جلب موافقت حاکم دانسته‌اند. در خصوص ولایت وصی منصوب از جانب پدر و جد پدری، برخی فقیهان (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ۸۶۹) ولایت وی بر تزویج مجنون دائمی را در صورت نیاز مجنون به ازدواج و تصریح موصی بر اختیار وصی در خصوص ازدواج پذیرفته‌اند. برخی (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ۲۲۱) نیز آن را منحصر به جنون متصل به صغر دانسته و برخی دیگر (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹، ۱۹۱) نیز ادعای عدم اختلاف و اجماع را در زمینه ولایت وصی در مورد مجنونی که جنونش متصل به صغر بوده و ازدواج برای وی ضرورت داشته باشد نقل نموده‌اند و وصی را به رعایت مصلحت در این زمینه ملزم دانسته‌اند. در هر حال اگر مجنون ولی قهری و وصی منصوب از جانب پدر و جد پدری نداشته باشد، حاکم ولی او خواهد بود و فقط در صورت ضروری بودن ازدواج می‌تواند مبادرت به تزویج وی نماید (خوئی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ۲۶۲-۲۶۱).

گفتنی است در خصوص ولایت ولی قهری در مورد مجنون، برخی فقیهان (حسینی عاملی، بی تا، ج ۵، ۲۷۳) میان اینکه مجنون بالغ، مذکر باشد یا مؤنث تفکیک کرده‌اند. به اعتقاد ایشان در مورد مجنون مذکر ولی قهری نیز فقط در صورت ضرورت و نیاز می‌تواند مبادرت به اختیار زوجه برای وی نماید. ایشان دلیل این امر را تعهدات مالی از قبیل مهر و نفقه دانسته‌اند که برعهده زوج قرار می‌گیرد. لیکن در مورد مجنون مؤنث، با توجه به اینکه ازدواج، حقوق مالی مانند مهر و نفقه برای وی به دنبال دارد، ازدواج وی را مقید به وجود ضرورت ندانسته، بلکه وجود مصلحت را در این زمینه کافی می‌دانند (حسینی عاملی، بی تا، ج ۵، ۲۷۳).

حال پرسش این است که اگر اولیای عقد در مورد مجنون مبادرت به انعقاد قرارداد ازدواج برای مولی علیه خود نمایند و در تعیین مهریه رعایت مصلحت را نکنند، وضعیت به چه ترتیبی خواهد بود؟

در حدی که نگارندگان در کتب فقهی جستجو کرده‌اند، پاسخ صریحی در این زمینه وجود ندارد، لیکن به نظر می‌رسد پاسخ این پرسش بسته به اینکه محدوده ولایت چه اندازه دانسته شود، متفاوت است. در این راستا و برای نمونه در خصوص ولایت پدر و جد پدری، اگر همچون ظاهر عبارات برخی فقیهان (علامه حلی، ۱۳۸۸ق، ۵۸۷-۵۸۶) ولایت ایشان در نکاح مجنون (مؤنث و مذکر) ولایتی مطلق دانسته شود، نتیجه این خواهد بود که نکاح و مهریه هر دو صحیح بوده، حتی در صورت زوال جنون نیز حق اعتراض وجود نخواهد داشت. لیکن اگر در مورد ولی قهری نیز رعایت مصلحت (همان‌گونه که وصی و حاکم باید آن را رعایت نمایند) لازم دانسته شود، به نظر می‌رسد آنچه در مورد نکاح صغیر و صغیره مطرح گردید، در اینجا نیز قابلیت طرح داشته باشد. به این ترتیب اگر میان نکاح و مهر رابطه وحدت مطلوب پذیرفته شود یا اصل قرارداد نکاح بدون تفکیک آن از مهر مشمول قاعده نفی ضرر دانسته شود، نتیجه آن بطلان قرارداد نکاح و مهر خواهد بود. لیکن اگر نظریه مختار در خصوص تفکیک قرارداد نکاح و مهر و اختصاص ضرری بودن به قرارداد مهر پذیرفته شود، در اینجا نیز در صورتی که اصل نکاح به مصلحت باشد، اما مهریه تعیین شده خلاف مصلحت به‌شمار آید، می‌توان از صحت نکاح و بطلان مهر سخن گفت. البته در اینجا امکان تنفیذ مهر جز در صورت افاقه مجنون وجود ندارد و با توجه به آنکه عملاً ممکن است هیچ‌گاه مجنون بهبود نیابد، وضعیت مهر به بطلان مطلق نزدیک می‌شود. زیرا وضعیت عدم نفوذ مربوط به مواردی است که امکان تنفیذ وجود داشته باشد؛ حال آنکه در این مورد، خود مجنون جز در فرض افاقه صلاحیت تنفیذ ندارد و مستندی برای امکان تنفیذ از سوی سایر اشخاص نیز وجود ندارد. بنابراین با پذیرش بطلان قرارداد مهر، وضعیت مانند حالتی خواهد بود که مهریه‌ای در قرارداد تعیین نشده است؛ به همین دلیل در صورت وقوع نزدیکی، مسئله مهرالمثل مطرح می‌شود.

۳.۱.۳. ولایت در نکاح رشیده باکره

در مورد ولایت پدر و جد پدری در خصوص نکاح دختر بالغه رشیده باکره در میان فقیهان امامیه اختلاف نظر وجود دارد. مشهورترین اقوالی که وجود دارد یا ناظر به استقلال رشیده باکره در ازدواج و عدم ولایت پدر و جد پدری و دیگران در این خصوص است و یا در نهایت تشریح پدر و جد پدری با دختر در امر ازدواج است. در حال در متون فقهی در خصوص این مسئله اختلافات فراوانی وجود دارد، لیکن بیشتر همین دو نظر مطرح است (ر.ک. شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۱، ۳۸۷۲-۳۸۵۹).^۱ حال اگر هر یک از این دو نظر مورد پذیرش قرار گیرد، مسئله عدم رعایت مصلحت از سوی ولی دختر در تعیین مهر منتفی است، زیرا اگر ولایت پذیرفته نشده باشد، ولی هیچ اختیاری در خصوص نکاح ندارد و اگر اقدامی انجام دهد مانند اقدام اشخاص بیگانه، فضولی خواهد بود. اگر ولایت استقلالی پدر (بدون نیاز به إذن دختر) نیز پذیرفته نشود، باز هم مسئله تخلف نسبت به مهریه منتفی خواهد بود، زیرا بدون رضایت دختر نکاح قابل تحقق نخواهد بود. لیکن اگر نظری که ولایت پدر و جد پدری در نکاح رشیده باکره را می پذیرد، مطرح شود و ولایت ناظر به نکاح و مهریه (هر دو) به شمار آید، در این مورد این مسئله قابل طرح است که عدم رعایت مصلحت در تعیین مهر چه ضمانت اجرایی دارد؟ در پاسخ باید گفت، با وجود جستجو در این زمینه در متون فقهی، متنی که به صورت مستقل متعرض این مسئله شده باشد، ملاحظه نگردید. لیکن به نظر می رسد بر فرض پذیرش ولایت استقلالی پدر در این خصوص، همان نظریاتی که در بررسی نکاح دختر صغیره مطرح شد در اینجا نیز قابل طرح است و طبق نظر مختار نگارندگان در آن قسمت، صحت قرارداد نکاح و عدم نفوذ قرارداد مهر اقوی به نظر می رسد. در حال با توجه به اینکه ولایت استقلالی پدر و جد پدری بر بالغه رشیده باکره با توجه به ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی ایران در حقوق فعلی ایران پذیرفته نیست، این مسئله در عمل منتفی خواهد بود.

۱. گفتنی است، با توجه به اینکه استقلال پدر و جد پدری در حقوق ایران برای نکاح دختر باکره رشیده پذیرفته نشده است، در عمل مسئله از نظر حقوق فعلی ایران منتفی است.

۲.۳. بررسی تخلف اولیای عقد در مورد مهر از منظر حقوقی

از نظر حقوقی این مسلم است که ولایت در نکاح به تبع فقه در مورد پدر و جد پدری نسبت به صغیر پذیرفته شده است. لیکن اینکه سایر اشخاص (وصی و حاکم) نسبت به صغیر ولایتی داشته باشند، محل تردید جدی بوده و اصل بر عدم چنین ولایتی است (ر.ک. صفایی و امامی، ۱۳۸۵، ج ۱، ۷۵؛ کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱، ۷۹-۷۸). در مورد مجنون نیز می‌توان از ولایت پدر و جد پدری (در فرض اتصال جنون به صغر) و نیز ولایت وصی، قیم و حاکم سخن گفت؛ هرچند حدود اختیارات و شرایط نمایندگی اشخاص یادشده با یکدیگر تفاوت‌هایی دارد (ر.ک. صفایی و امامی، ۱۳۸۵، ج ۱، ۸۸).

درهرحال، آنچه مسلم است از نظر حقوقی اولیای عقد باید مصلحت مولی‌علیه را در نکاح رعایت نمایند و در موارد وجود ولایت این پرسش جدی وجود دارد که تخلف از مصلحت در خصوص مهریه چه ضمانت اجرایی خواهد داشت؟ در این زمینه نوشته‌های حقوقی در مورد اختیارات ولایت پدر، جد پدری، وصی، قیم و حاکم بر مولی‌علیه بسیار مختصر بوده و در اغلب نوشته‌های حقوقی (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱، ۷۶-۷۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ۲۱-۱۷؛ شیروی، ۱۳۹۵، ۷۳-۶۶) به این مسئله اشاره نشده است و برخی حقوق‌دانان (صفایی و امامی، ۱۳۸۵، ج ۱، ۷۴) با اقتباس از بعضی فقهای امامیه، در صورت عدم رعایت مصلحت از سوی ولی و تزویج صغیره به کمتر از مهرالمثل، نکاح را به قولی باطل و به قولی غیر نافذ می‌دانند. درهرحال، قانون مدنی در این خصوص ساکت است. به اعتقاد نگارندگان همان‌گونه که در قسمت بررسی فقهی موضوع بیان گردید، نظر اقوی از بعد حقوقی نیز این است که قائل به تعدد مطلوب میان نکاح و مهریه در قرارداد نکاح دائم گردید. چراکه از نظر قانون مدنی مهریه رکن قرارداد نکاح دائم محسوب نمی‌شود و در مواردی که مهریه ذکر نشده باشد یا قرارداد مهر به دلایلی باطل از کار درآید، از بطلان نکاح سخن گفته نشده است. برای نمونه بر اساس ماده ۱۰۸۷ قانون مدنی: «اگر در نکاح دائم مهر ذکر نشده یا عدم مهر شرط شده باشد نکاح صحیح است و طرفین می‌توانند بعد از عقد مهر را به تراضی معین کنند و اگر قبل از تراضی بر مهر معین بین آنها نزدیکی واقع شود زوجه مستحق مهرالمثل خواهد بود». چنان‌که بر اساس ماده ۱۱۰۰ قانون مدنی: «در صورتی

که مهرالمسمی مجهول باشد یا مالیت نداشته باشد یا ملک غیر باشد در صورت اول و دوم زن مستحق مهرالمثل خواهد بود و در صورت سوم مستحق مثل یا قیمت آن خواهد بود مگر اینکه صاحب مال اجازه نماید».

به علاوه صحیح دانستن قرارداد نکاح در مواردی که در مورد مهریه خللی وجود دارد، با مصالح اجتماعی سازگارتر است؛ زیرا نهاد خانواده یکی از مهم‌ترین نهادهای جامعه می‌باشد که لازم است قوانینی در پی حفظ و اعتلای آن باشد. حال چگونه می‌توان فقط برای تخلف ناچیزی در تعیین مهریه که ممکن است سال‌ها بعد به زوج یا زوجه اجازه برهم زدن نکاح را بدهد، اصل عقد نکاح را غیر نافذ دانست. در هر حال، به نظر می‌رسد در مواردی که تخلف اولیای عقد صرفاً ناظر به مهریه باشد، صحیح دانستن قرارداد نکاح و غیرنافذ دانستن قرارداد مهر همسو با مصلحت‌های اجتماعی و حفظ بنیان خانواده است.

نتیجه

با بررسی‌های به عمل آمده در این جستار، این نتیجه حاصل شده است که در مورد ضمانت اجرای تخلف نماینده از حدود اختیارات خویش در مورد مهریه، از نظر فقهی اختلاف وجود دارد. در خصوص تخلف نماینده قراردادی (وکیل) اغلب فقیهان تخلف وکیل در مورد مهریه را موجب عدم نفوذ قرارداد نکاح دانسته و به ادله‌ای چون لزوم تبعیت عقد از قصد و عدم شمول إذن نسبت به اصل نکاح استناد نموده‌اند. قانون‌گذار ایران نیز از همین نظر پیروی نموده و در ماده ۱۰۷۳ قانون مدنی تخلف وکیل از مهریه را موجب عدم نفوذ اصل قرارداد نکاح دانسته است. بیشتر حقوق‌دانان نیز به تبع نظر غالب در فقه امامیه، در تحلیل این ماده از رابطه وحدت مطلوب میان قرارداد نکاح و مهریه سخن گفته‌اند. این در حالی است که برخی فقیهان امور فرعی مانند مهریه را مطلوبی متفاوت با اصل نکاح می‌دانند و تخلف نسبت به مهریه را موجب عدم نفوذ کل قرارداد محسوب نمی‌دارند. در این زمینه آنچه اقوی به نظر می‌رسد، نظر دوم است. در واقع از لحاظ منطق حقوقی از آنجا که عدم ذکر مهریه در قرارداد نکاح دائم خللی به آن وارد نمی‌سازد، نمی‌توان تخلف نسبت به مهریه را موجب تخلف نسبت به اصل نکاح دانست و از عدم تبعیت عقد از قصد و عدم شمول إذن نسبت به نکاح انعقاد یافته سخن گفت. در مورد تخلف نمایندگان غیر قراردادی و به تعبیری

اولیای عقد نیز در متون فقهی وحدت نظر وجود ندارد. گفتنی است آنچه اغلب در میان فقیهان مورد بررسی قرار گرفته مربوط به پدر و جدّ پدری است. در این راستا برخی فقیهان، عدم رعایت مصلحت در تعیین مهر را فاقد ضمانت اجرا معرفی نموده و قرارداد نکاح و مهر را نافذ به‌شمار آورده‌اند. درهرحال مهم این است که ایشان قرارداد نکاح را صحیح دانسته‌اند. لیکن برخی فقیهان که رعایت مصلحت محجور را از سوی ولی در تعیین مهر شرط می‌دانند، در صورت عدم رعایت مصلحت یادشده، از عدم نفوذ کل قرارداد ازدواج یا امکان فسخ کل آن سخن گفته‌اند و مجموعه عقد و مهر را مطلوب واحد در نظر گرفته و به استناد قاعده لا ضرر از نفی حکم ضرری نفوذ یا لزوم نکاح دفاع کرده‌اند. این درحالی است که برخی فقیهان در مورد تخلف پدر و جدّ پدری، به استناد اطلاق روایاتی که ولایت پدر و جدّ پدری را مقرر نموده است، تأثیر تخلف ولی نسبت به مهریه را به عدم نفوذ مهریه یا امکان اعتراض نسبت به آن محدود دانسته‌اند. جالب توجه است که در حقوق ایران، قانون مدنی در زمینه مسئله مورد بررسی سکوت اختیار کرده است و فقط برخی از حقوق‌دانان به نظریات فقهی اشاره مختصری داشته‌اند. آنچه از دیدگاه نگارندگان در این زمینه اقوی به نظر می‌رسد این است که با توجه به فرعی بودن مهریه در نکاح دائم، میان اصل قرارداد نکاح و قرارداد مهریه رابطه تعدد مطلوب برقرار است و تخلف نسبت به مهریه نباید به صحت یا لزوم قرارداد نکاح لطمه وارد آورد. این نگرش با مصلحت لزوم حفظ نهاد خانواده نیز سازگار است. با توجه به مطالب پیش‌گفته به نظر می‌رسد می‌توان به‌طور کلی در فرض تخلف نمایندگان در زمینه مهریه، از صحت قرارداد نکاح دائم سخن گفت. بنابراین پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار ایران با اصلاح ماده ۱۰۷۳ قانون مدنی، تخلف وکیل از مهریه را موجب عدم نفوذ قرارداد نکاح نداند و برای رفع هرگونه ابهام در زمینه اولیای عقد نیز حکم مسئله را به‌صراحت بیان دارد.

منابع و مأخذ

۱. ابن جنید، محمد (۱۴۱۶ق)، *مجموعه فتاوی ابن جنید*، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲. ابن زهره حلبی، حمزه (۱۴۱۷ق)، *غنیة النزوع*، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۳. آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۹ق)، *کفایة الأصول*، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۴. اراکی، محمدعلی (۱۴۱۹ق)، *کتاب النکاح*، چاپ اول، قم: نور نگار.
۵. آشتیانی، میرزا محمدحسن (۱۴۰۳ق)، *بحر الفوائد*، چاپ اول، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
۶. اصفهانی، سید ابوالحسن (۱۴۲۲ق)، *وسيلة النجاة*، چاپ اول، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
۷. اصفهانی، فتح الله (۱۴۱۰ق)، *قاعده لاضرر*، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۸. امامی، سید حسن (۱۳۷۷)، *حقوق مدنی*، جلد چهارم، تهران: اسلامیة.
۹. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق)، *کتاب النکاح*، چاپ اول، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۱۰. انصاری، مسعود و طاهری، علی محمد (۱۳۸۸)، *مجموعه دانشنامه حقوق، دانشنامه حقوق خصوصی*، جلد دوم، چاپ سوم، تهران: انتشارات جنگل، جاودانه.
۱۱. بحرانی، یوسف (۱۴۰۵ق)، *الحدائق الناضرة*، جلد ۲۳ و ۲۴، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۶)، *حقوق خانواده*، تهران: گنج دانش.
۱۳. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۹۵)، *مباحث فقه - نکاح - جلسه ۱۱۱*، ۲۶ اردیبهشت ۱۳۹۵، قابل دستیابی در <http://javadi.esra.ir>، بازدید در تاریخ ۱۷ شهریور ۱۳۹۸.
۱۴. جمعی از پژوهشگران (۱۴۲۶ق)، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت عليهم السلام*، زیر نظر سید محمود هاشمی، جلد دوم، چاپ اول، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت عليهم السلام.
۱۵. حائری، سید کاظم (۱۳۸۰)، «مکان ذبح در حج»، *مجله فقه اهل بیت (ع)*، شماره ۲۷.
۱۶. حائری شهاباغ، سید علی (۱۳۸۲)، *شرح قانون مدنی*، جلد دوم، تهران: گنج دانش.
۱۷. حسینی عاملی، سید جوادین محمد (بی تا)، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، جلد پنجم، چاپ اول، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

۱۸. حرّ عاملی، محمد (۱۴۱۲ق)، *هدایة الأمة*، جلد هفتم، چاپ اول، مشهد: مجمع البحوث الإسلامية.
۱۹. خمینی، سید روح الله (۱۴۲۵ق)، *تحریر الوسیله*، جلد دوم، چاپ اول، قم: مطبوعات دارالعلم.
۲۰. خمینی، سید روح الله (بی تا)، *الرسائل*، جلد اول، چاپ اول، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۲۱. خمینی، سید روح الله (۱۴۱۵ق)، *بدائع الدرر*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۲۲. خمینی، سید روح الله (۱۴۰۴ق)، *زبده الاحکام*، چاپ اول، تهران: سازمان تبلیغات اسلامی.
۲۳. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰ق)، *منهاج الصالحین*، جلد دوم، چاپ بیست و هشتم، قم: نشر مدینه العلم.
۲۴. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ق)، *موسوعه*، جلد ۳۳، چاپ اول، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی.
۲۵. سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۶ق)، *نظام النکاح*، جلد اول، چاپ اول، قم: مؤسسه امام الصادق (ع).
۲۶. سبزواری، سید عبدالأعلى (۱۴۱۳ق)، *مهذب الأحکام*، جلد ۲۴، چاپ چهارم، قم: مؤسسه المنار.
۲۷. سند، محمد (۱۴۲۹ق)، *سند العروة الوثقی - کتاب النکاح*، جلد دوم، چاپ اول، تقریرات به قلم قیصر تمیمی و علی محمود عبادی، قم: مکتبه فدک.
۲۸. سیستانی، سید علی (۱۴۱۴ق)، *قاعده لا ضرر ولا ضرار*، چاپ اول، قم: دفتر آیة الله سیستانی.
۲۹. سیستانی، سید علی (۱۴۱۷ق)، *منهاج الصالحین*، جلد سوم، چاپ پنجم، قم: دفتر آیة الله سیستانی.
۳۰. سیوری حلی، مقداد (۱۴۰۴ق)، *التنقیح الرائع*، جلد سوم، قم: انتشارات کتابخانه آیة الله مرعشی نجفی.
۳۱. شبیری زنجانی، سید موسی (۱۴۱۹ق)، *کتاب نکاح*، جلد ۱۱، ۱۲، ۲۱ و ۲۲، چاپ اول، قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز.
۳۲. شهید ثانی، زین الدین (۱۴۱۰ق)، *الروضه البهیة*، جلد پنجم، چاپ اول، قم: کتابفروشی داوری.
۳۳. شهید ثانی، زین الدین (۱۴۱۳ق)، *مسالك الأفهام*، جلد ۷ و ۸، چاپ اول، قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.
۳۴. شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۵)، *حقوق خانواده*، چاپ اول، تهران: سمت.

۳۵. صافی گلپایگانی، لطف‌الله (۱۴۱۶ق)، *هدایة العباد*، جلد دوم، چاپ اول، قم: دار القرآن الکریم.
۳۶. صفایی، سید حسین و امامی، اسدالله (۱۳۸۶)، *مختصر حقوق خانواده*، تهران: دانشگاه تهران.
۳۷. صفایی، سید حسین و امامی، اسدالله (۱۳۸۵)، *حقوق خانواده*، جلد اول، تهران: دانشگاه تهران.
۳۸. طباطبایی، سید علی (۱۴۰۹ق)، *الشرح الصغير*، جلد دوم، چاپ اول، قم: انتشارات کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی.
۳۹. طباطبایی، سید علی (۱۴۱۸ق)، *ریاض المسائل*، جلد دوازدهم، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۴۰. طباطبایی حکیم، سید محسن (۱۴۱۶ق)، *مستمسک العروة الوثقی*، جلد ۱۲ و ۱۴، چاپ اول، قم: مؤسسه دارالتفسیر.
۴۱. طباطبایی حکیم، سید محسن (۱۴۱۰ق)، *منهاج الصالحین*، جلد دوم، چاپ اول، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.
۴۲. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۰۹ق)، *العروه الوثقی*، جلد دوم، چاپ دوم، بیروت: الاعلمی للمطبوعات.
۴۳. (۱۳۸۷ق)، *المبسوط*، جلد چهارم، چاپ سوم، تهران: المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه.
۴۴. طوسی، محمد (۱۴۰۷ق)، *الخلاص*، جلد چهارم، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۵. عراقی، آقا ضیاء‌الدین (۱۴۱۸ق)، *قاعده لاضرر*، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.
۴۶. عراقی، آقا ضیاء‌الدین (۱۴۲۰ق)، *مقالات الأصول*، قم: مجمع فکر الإسلامی.
۴۷. علامه حلّی، حسن (۱۴۱۳ق)، *قواعد الأحکام*، جلد سوم، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۸. علامه حلّی، حسن (۱۳۸۸ق)، *تذکره الفقهاء*، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۴۹. فاضل لنکرانی، محمدجواد (۱۴۲۱ق)، *تفصیل الشریعه*، چاپ اول، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام.
۵۰. فخرالمحققین حلّی، محمد (۱۳۸۷ق)، *ایضاح الفوائد*، جلد سوم، چاپ اول، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

۵۱. فرطوسی حویزی، حسین (۱۴۱۶ق)، *التوضیح النافع*، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵۲. فیروزآبادی، سید مرتضی (۱۴۰۰ق)، *عناية الأصول*، قم: کتابفروشی فیروزآبادی.
۵۳. فیض کاشانی، محمدمحسن (بی‌تا)، *مفاتیح الشرائع*، جلد دوم، چاپ اول، قم: انتشارات کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی.
۵۴. قبولی درافشان، سید محمدمهدی و قبولی درافشان، سید محمدهادی (۱۳۹۱)، «بررسی لزوم یا عدم لزوم شرایط اساسی صحت قراردادها در مورد شروط ضمن عقد»، *دانش حقوق مدنی*، دوره اول، شماره ۱.
۵۵. کاشف الغطاء، حسن (۱۴۲۲ق)، *أنوار الفقاهة*، چاپ اول، نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء.
۵۶. کیدری، قطب‌الدین محمد (۱۴۱۶ق)، *إصباح الشیعة*، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق علیه‌السلام.
۵۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، *دوره حقوق مدنی خانواده*، جلد اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۵۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴)، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران: میزان.
۵۹. گلپایگانی، سید محمدرضا (۱۴۱۳ق)، *هدایة العباد*، جلد دوم، چاپ اول، قم: دارالقرآن الکریم.
۶۰. محقق حلّی، جعفر (۱۴۰۸ق)، *شرائع الإسلام*، جلد دوم، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان.
۶۱. محقق داماد، سید مصطفی (بی‌تا)، *بررسی فقهی حقوقی خانواده*، چاپ اول، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۶۲. محقق داماد، سید مصطفی؛ قنواتی، جلیل؛ وحدتی شبیری، سید حسن؛ عبدی‌پور فرد، ابراهیم (۱۳۸۹)، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، جلد دوم، چاپ اول، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه با همکاری سمت.
۶۳. محقق سبزواری، محمدباقر (۱۴۲۳ق)، *کفایة الأحکام*، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶۴. محقق کرکی، علی (۱۴۱۴ق)، *جامع المقاصد*، جلد ۱۲ و ۱۳، چاپ دوم، قم: مؤسسه آل‌البتیت.
۶۵. مدنی، سیدجلال‌الدین (۱۳۸۵)، *حقوق مدنی*، تهران: پایدار.
۶۶. مرعشی نجفی، سید شهاب‌الدین (۱۴۰۶ق)، *منهاج المؤمنین*، جلد دوم، چاپ اول، قم: انتشارات کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی.
۶۷. مروج جزائری، سید محمدجعفر (۱۴۱۵ق)، *منتهی الدراییه*، جلد ششم، چاپ سوم، قم: مؤسسه دارالکتاب.
۶۸. مشکینی اردبیلی، میرزاعلی (۱۴۱۳ق)، *قاعده المیسور و نفی الضرر و الاجتهاد و التقليد*، قم: کتابفروشی لقمان.

۶۹. مغنیه، محمدجواد (۱۴۲۱ق)، *فقه الإمام الصادق علیه السلام*، جلد پنجم، چاپ دوم، قم: مؤسسه انصاریان.
۷۰. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵ق)، *أنوار الفقاهة*، چاپ اول، قم: انتشارات مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۷۱. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق)، *کتاب النکاح*، جلد ۱، ۲ و ۳، چاپ اول، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۷۲. موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹ق)، *القواعد الفقهیه*، جلد اول، چاپ اول، قم: نشر الیهادی.
۷۳. موسوی عاملی، محمد (۱۴۱۱ق)، *نهایة المرام*، جلد اول، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۷۴. میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۴۲۷ق)، *رسائل المیرزا القمی*، جلد دوم، چاپ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۷۵. نجفی، شیخ محمدحسن (۱۴۰۴ق)، *جواهر الکلام*، جلد ۲۶، ۲۹ و ۳۱، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۷۶. نراقی، مولی احمد (۱۴۱۷ق)، *عوائد الایام*، چاپ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.