

واکاوی فقهی و حقوقی جایگاه جریان قاعده‌ی نفی غرر در نکاح و شروط معروف آن^۱

جواد سرخوش*

افسانه نورنمکی**

علمی - مروری

چکیده

قاعده غرر یکی از قواعد فقهی پرکاربرد می‌باشد که درباره آن بحث و بررسی بسیار به عمل آمده است. می‌دانیم که برای ایجاد یک رابطه‌ی حقوقی بی‌خطر، اجتناب از غرر لازم است. نکاح نیز به‌عنوان یک عقد با ماهیت ویژه نیازمند این است که فراتر از مرزهای حقوقی جایگاه خود را در قلمروی این قاعده بیابد. برخی از متون فقهی، درباره‌ی احکام نکاح و لزوم نفی غرر در نکاح مباحثی را مطرح نموده‌اند، علمای فقه دیدگاه‌های متفاوتی درباره‌ی قرائت قاعده‌ی نفی غرر و قلمروی جریان این قاعده بیان کرده‌اند، همین امر سبب شده است که در پی این اختلاف‌نظرات درباره‌ی مسئله‌ی مذکور، سه رویکرد متفاوت در قبول یا رد جریان قاعده‌ی نفی غرر در نکاح به وجود بیاید. ما در این پژوهش که از نوع «توصیفی-تحلیلی» است به بررسی دلایل هر کدام از این رویکردهای فقهی در قاعده‌ی مذکور و تطبیق این رویکردها با اندیشه و آرای علمای حقوق و قانون مدنی پرداخته‌ایم. همچنین مسئله‌ی جریان و عدم‌جریان قاعده‌ی نفی غرر را علاوه بر اینکه در نکاح دائم و نکاح منقطع بررسی نموده‌ایم، جریان قاعده را در دو شرط معروف نکاح یعنی شرط خیار در مهر و شرط عندالاستطاعه نیز واکاوی کرده‌ایم. هر سه رویکرد فقهی، درباره‌ی جایگاه قاعده‌ی نفی غرر در نکاح دائم قائل به معاوضه‌انگاری و یا مطلق‌انگاری و یا تحدیر قاعده بودند، ثمرآفرین و تأمل‌انگیز می‌باشند. در تبیین شرط خیار در مهریه و شرط عندالاستطاعه در عقد نکاح نیز باید بگوییم که در عقد نکاح موقت با عقد نکاح دائم در اثرپذیری از قاعده تفاوت‌های زیادی به چشم نمی‌خورد چون باید همان مقدار که مهر را در نکاح دائم توصیف و تعیین می‌نماییم، مهر را در نکاح منقطع نیز تعیین نماییم. نتیجه آنکه رکن بودن مهریه، تأثیری در جایگاه قاعده نفی غرر، در عقد نکاح ندارد. بدین‌صورت که مهر باید خواه هنگام وضع عقد و یا پس از عقد تعیین شود.

کلیدواژه‌ها: شروط ضمن عقد، قاعده نفی غرر، مطلق‌انگاران، معاوضه‌انگاران، نکاح، مهریه.

۱- تاریخ وصول: (۱۴۰۰/۱۰/۰۵) تاریخ پذیرش: (۱۴۰۱/۰۸/۰۷)

* گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه الزهراء، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)
j.sarkhosh@alzahra.ac.ir

** کارشناس ارشد، فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران، دانشگاه دولتی الزهراء، تهران، ایران.
asmagh1082@yahoo.com

۱- مقدمه

۱-۱- طرح مسئله

در حوزه‌ی معاملات به‌ویژه عقد بیع و اجاره، قاعده‌ی نفی غرر از جمله قواعد شناخته‌شده می‌باشد. علمای فقه به این قاعده به‌عنوان یک زیربنا، برای یک رابطه‌ی حقوقی بی‌خطر تمسک داشته‌اند. استناد روایی این قاعده، روایتی با دو قرائت می‌باشد. قرائت خاص آنکه در برخی از متون و نسخه‌های فقهی بیان شده است عبارتست از: «نهی النبی(ع) عن بیع الغرر» که طبق این روایت کاربرد قاعده‌ی نفی غرر تنها در حوزه‌ی عقد بیع می‌باشد. فقها استفاده از این قاعده را در عقود دیگر به سختی می‌پذیرند. اما روایت دیگر که حکایت از قرائت عام و اطلاق قاعده را دربر دارد عبارتست از «نهی النبی(ع) عن الغرر». برخی از علمای فقه تنها قرائت خاص این قاعده را پذیرفته‌اند و برخی دیگر با تمسک به قرائت عام و سیره‌ی عقلا در اجتناب از غرر به این قاعده تمسک نموده‌اند و جریان این قاعده را در تمامی عقود پذیرفته‌اند. زیرا این گروه از فقها کاربرد این قاعده را در تمامی قراردادهای قابل جریان می‌دانند. هرچند برخی از فقها نیز بر این نظرند که قاعده‌ی نفی غرر را باید با توجه به مکان و زمان تفسیر نمود، به خاطر اینکه این قاعده در فقه غنی اسلامی با فرازها و فرودهای زیادی روبه‌رو بوده است و سیر تکاملی آن را می‌توان در طول زمان مشاهده کرد (وحدتی‌شیری، ۱۳۷۹، ۴۴). بنابراین عقد نکاح به‌خاطر داشتن ماهیت خاص، نیازمند این می‌باشد که ما فراتر از مرزهای حقوقی جایگاه قاعده‌ی نفی غرر را در عقد نکاح تبیین نماییم. همان‌گونه که در متون فقهی، فقهای امامیه، مبنای بعضی از احکام را که مرتبط با عقد نکاح است نفی غرر اعلام نموده‌اند و از غرری شدن نکاح نهی کرده‌اند.

پژوهش پیش‌رو درصدد پاسخگویی به این پرسش می‌باشد؛ آیا قاعده‌ی نفی غرر، می‌تواند رابطه‌ای بدون‌مخاطره در نکاح ایجاد نماید؟ باید بدانیم این پژوهش در مقام اثبات یا رد جریان قاعده‌ی مذکور نمی‌باشد بلکه درصدد کشف این مطلب است که علت امکان اجراء قاعده نفی غرر یا عدم امکان اجرای آن درحوزه نکاح چیست؟ اگر می‌توانیم قاعده‌ی نفی غرر را در حوزه‌ی نکاح جاری سازیم از چه رو می‌باشد اگر چنین چیزی امکان ندارد، عدم این جریان به چه دلیلی است؟

حاصل کلام اینکه، اولاً هر دو قرائت عام و خاص قاعده‌ی نفی غرر، در این پژوهش مدنظر می‌باشد؛ از آن رو که در استدلال‌هایی که برای جایگاه قاعده‌ی نفی غرر در نکاح اقامه کردیم، ما به هر دو

قرائت استناد ورزیده‌ایم. بنابراین در ابتدا باید مشخص نماییم که آیا قلمروی قاعده‌ی نفی غرر دارای چنان گستردگی است که نکاح را در آن بتوانیم جاری سازیم؟ یا از طرف دیگر آیا نکاح با داشتن ماهیتی خاص دارای چنان قابلیت‌ی است که محل اجرای قاعده‌ی نفی غرر شود؟ لذا راه‌حل این مسئله در پاسخگویی به این پرسش نهفته است که آیا جریان قاعده‌ی نفی غرر در نکاح پذیرفته است یا خیر؟ بنابراین با قبول یا رد دلایل ارائه‌شده، راه‌حل‌های متفاوتی وجود دارد که بر جریان قاعده‌ی نفی غرر در مسائل حوزه‌ی نکاح تأثیر می‌گذارد که با کاوش و واکاوی به بررسی آن‌ها می‌پردازیم.

۱-۲- اهمیت موضوع

از آنجاکه قاعده نفی غرر دارای جایگاه ویژه‌ای در نکاح است، باید به‌صورت دقیقی موردبررسی و تحلیل قرار بگیرد. از آن رو که این قاعده به‌دنبال نفی متعلق خود می‌باشد پس هر کجا غرری را مشاهده نماید، حکم به ابطال آن غرر می‌دهد، تا زمینه‌های غرر را از پیکره توافقات دوطرفه پاک سازد. حال اینکه این توافقات، عقد بیع باشد و یا عقد نکاح که دارای آثار متعدد در جنبه‌های اقتصادی، اجتماعی، فردی، تربیتی و یا حتی حقوقی می‌باشد. از سویی نکاح مانند، دیگر نهادهای حقوقی نمی‌باشد که گسستن و یا تشکیل آن‌ها بدون تباهی و یا مفسده است. بلکه استحکام و روابط عقد نکاح، آنچنان حائز اهمیت است که حتی قانون اساسی کشورمان در اصل دهم، تلاش نموده است که تمامی قوانین و مقررات را به پاسداری از صیانت و استواری بنیان خانواده و تحکم آن امر نماید. بنابراین برای حل مسائل نکاح می‌توان بااستناد به این قاعده شرایطی صحیح و مناسبی را ایجاد نمود.

۱-۳- اهداف تحقیق

همان‌طور که قبلاً ذکر نمودیم، شناخت جایگاه قاعده نفی غرر در نکاح به‌منظور ایجاد زمینه‌های مناسب و صحیح برای استناد به قاعده در حل مسائل و مشکلات عقد نکاح می‌باشد. هدف از تحقیق درباره جایگاه قاعده در نکاح ایجاد یک رابطه حقوقی بدون‌ریسک و خطر می‌باشد و پاسخ به این پرسش که آیا می‌توان با استناد به این قاعده برای ایجاد یک رابطه حقوقی بی‌خطر کاربردی یافت و از آن بهره جست؟ حال اگر می‌توان از این قاعده چنین بهره‌ای جست تا چه میزان و گستره این امکان وجود دارد؟ اگر چنین امکانی وجود ندارد به چه دلیل، بر چه اساسی و چه مبنایی این گونه می‌باشد؟

۱-۴- پرسش‌های تحقیق

پرسش‌هایی که در این پژوهش به دنبال پاسخگویی آن‌ها هستیم به شرح ذیل می‌باشد:

- ۱- جریان قاعده نفی غرر در اعمال حقوقی دارای چه گستره و جایگاهی است؟
- ۲- این قاعده براساس نظرات فقها و آرای قضایی و حقوقی چه تأثیری بر نکاح دارد؟
- ۳- تأثیرگذاری این قاعده بر شروط مهم ضمن عقد نکاح تا چه اندازه‌ای است؟

۱-۵- فرضیات تحقیق

- ۱- با توجه به اینکه در قاعده نفی غرر دو قرائت مختلف وجود دارد، پس طبیعی است که درباره این قاعده اختلاف دیدگاه به وجود آید. گروهی قاعده را فقط در بیع و اجاره گروهی دیگر آن را در تمام معاوضات و برخی صرفاً در اعمال حقوقی دارای جریان می‌دانند.
- ۲- اگر بگوییم در نکاح عنصر معاوضه یافت می‌شود پس طبق دیدگاه مشهور لازم است که غرر در نکاح نفی گردد. البته به شرط اینکه قلمروی قاعده مطلق دانسته شود.

۱-۶- روش تحقیق

در این پژوهش همان‌طور که در چکیده ذکر نمودیم براساس روش «توصیفی-تحلیلی» می‌باشد. برای شناخت جایگاه و جریان قاعده نفی غرر در نکاح بر حجم گسترده‌ای از نظرات فقها و متون فقهی و حقوقی، همچنین مطالعات کتابخانه‌ای و بررسی آرای قضایی تمسک نموده‌ایم.

۲- مفهوم‌شناسی

۲-۱- تعریف لغوی غرر

لغت‌شناسان معنای لغوی غرر را این‌گونه بیان کرده‌اند که به برخی از این معانی در ذیل اشاره می‌کنیم: در قاموس فقهی و اصطلاحات «غرر» را در لغت به معنای «خطر و به هلاکت افتادن» آورده‌اند (القاموس الفقهی و اصطلاحات: ۲۷۲). در فرهنگ لغت دهخدا غرر در لغت به معنای «هلاک» و «در هلاکت قرار گرفتن» می‌باشد (دهخدا، ۱۳۷۲). در فرهنگ معین غرر را به معنای «فرب خوردن» معنا کرده‌اند (معین، ۱۳۸۴) در فرهنگ لغت عمید غرر را به معنای «خرید و فروش بدون تعهد» بیان کرده‌اند (عمید، ۱۳۷۲). عبدالرحمن در «معجم» غرر را به معنای «آنچه که بین سلامت و هلاکتش تردید باشد و نامعلوم بودن عاقبت چیزی» آورده‌اند (عبدالرحمن، بی‌تا). شهید اول غرر را این‌گونه معنی کرده‌اند: «غرر در معنای لغوی عبارت است از چیزی که ظاهر آن چیز بسیار

محبوب و پسندیده است و باطنی ناپسند دارد.» (شهید اول، بی تا). غرر در اصطلاح حقوق دانان «جهل و احتمال ضرر، از ناحیه جهل» معنا شده است (جعفرلنگرودی، ۱۳۸۶).

۲-۲- تعریف اصطلاحی غرر

در اصطلاح فقها غرر «آنچه که عاقبت و سرانجام کار پوشیده و پنهان» باشد. ابن القیم: غرر را در معنای اصطلاحی این گونه معنا کرده اند: «غرر آنچه که بین وجود و عدمش مردد است که از این گونه معاملات نهی شده است. برای اینکه این گونه معاملات از جنس قمار است. به دلیل اینکه یکی از دو طرف معامله مالی را به دست می آورد و دیگری امکان دارد چیزی به دست آورد و یا اصلاً مالی به دست نیابد.» ابن عرفه (رحمه الله) و المارزی بیان می کند: «غرر آن چیزی که مردد است بین ایمنی و آسیب.» بیع غرری: مراد بیعی است که در این بیع یا خود معامله مجهول است، یا جهل به ثمن در آن معامله وجود دارد، و یا مدت بیع نامعلوم است (معجم المصطلحات و الالفاظ الفقهیه، ج ۳، الغرر: ۸).

۳- تبیین جایگاه قاعدهی نفی غرر در عقد نکاح دائم و منقطع

در این پژوهش ما اول به بررسی و ارزیابی جایگاه قاعدهی نفی غرر در عقد نکاح دائم از منظر فقه و حقوق پرداخته ایم و بعد در نکاح منقطع آن را مورد بررسی قرار دادیم. برای تبیین هرچه بیشتر این جایگاه مسئلهی مذکور را در دو گفتار با ذیل دو عنوان «جایگاه قاعدهی نفی غرر در عقد نکاح دائم از منظر فقه» و «جایگاه قاعدهی نفی غرر در عقد نکاح دائم از منظر حقوقی» ارزیابی نموده ایم.

۳-۱- جایگاه قاعدهی نفی غرر در عقد نکاح دائم از منظر فقه

برای تعیین نقش قاعدهی نفی غرر در رویارویی با نکاح، سه موضع گیری فقهی می توانیم، برشماریم. از آنجایی که هر کدام از این مواضع قائل به چه گستره ای برای قاعدهی مذکور در میان عقود می باشند، موقعیت های متغیری را برای این قاعده در عقد نکاح دائم ایجاد می کنند.

موضع اول: قاعدهی نفی غرر تنها قرائت خاص آن پذیرفته شده است: (بیع و اجاره) براساس این موضع رأی بر عدم جریان قاعدهی نفی غرر در عقد نکاح دائم می باشد.

موضع دوم: براساس این موضع، محل جریان قاعدهی نفی غرر، عقود معاوضه ای می باشد. حالا آن گروه از فقهای که قائل اند عقد نکاح دائم، عقدی معاوضه ای است، قائل به جریان قاعدهی نفی غرر در عقد نکاح دائم هستند، اما برخی دیگر از فقها در این مسئله حکمی ارائه نکرده اند؛ چون عقد نکاح را عقدی معاوضی نمی دانند.

موضع سوم: قاعده‌ی نفی غرر، قرائت عام آن را پذیرفته‌اند، مطابق این موضع‌گیری، احکام قاعده‌ی غرر در عقد نکاح دائم جریان دارد. چون قرائت عام، قاعده‌ی نفی غرر را پذیرفته‌اند و عقد نکاح دائم را از عقود می‌دانند که اطلاق قاعده مشمول آن می‌شود. اکنون با توجه به بررسی موضع‌گیری‌های مذکور، جایگاه قاعده‌ی نفی غرر در عقد نکاح دائم را باید در سه عنوان ذیل واکاوی نماییم:

- عدم جریان قاعده‌ی نفی غرر نسبت به عقد نکاح دائم.
- جریان قاعده‌ی نفی غرر در جهت معاوضه‌انگاری عقد نکاح دائم.
- جریان قاعده‌ی نفی غرر به جهت اطلاق قاعده‌ی نفی غرر در عقد نکاح دائم.

۳-۱-۱- عدم جریان قاعده‌ی نفی غرر نسبت به عقد نکاح دائم

آیت‌ا... شبیری‌زنجانی از معدود فقهای می‌باشد که نقش این قاعده را در سایر عقود به‌خصوص در عقد نکاح مورد واکاوی قرار داده است که ما با مطالعه و بررسی نظرات ایشان به جریان و یا عدم جریان قاعده‌ی نفی غرر نسبت به عقد نکاح پرداخته‌ایم. ایشان در زمینه‌ی نکاح مباحثی که مشتمل بر دو کتاب عروۃ‌الوثنی سیدیزدی و شرایع‌الاسلام محقق حلّی مبتنی شده است را بررسی نموده و این‌گونه اظهارنظر کرده‌اند. در کتب مذکور، جریان قاعده‌ی نفی غرر را تنها در معدودی از عقود مانند بیع و اجاره پذیرفته‌اند و جریان این قاعده را در دیگر عقود بدون دلیل معتبر دانسته‌اند. با توجه به موضع‌گیری‌هایی که قبلاً بیان کرده بودیم، اگر عقد نکاح دائم را معاوضی بدانیم این قاعده در نکاح دارای جریان می‌باشد و همچنین با اثبات نمودن اطلاق قاعده‌ی نفی غرر، می‌توانیم احکام قاعده‌ی مذکور را در عقد نکاح جاری بدانیم، اما اگر عقد نکاح را معاوضه‌ای ندانیم و معتقد به اطلاق قاعده نباشیم، نمی‌توان عقد نکاح را مشمول احکام، قاعده غرر دانست. آیت‌ا... شبیری‌زنجانی با نقض هر دو موضع‌گیری، اندیشه‌ی خود را نسبت به مسئله‌ی مذکور، ذیل دو عنوان بیان می‌نماید. عنوان اول «معاوضه‌انگاران عقد نکاح دائم» و عنوان دوم «مطلق‌انگاران قاعده‌ی نفی غرر» که ما به بررسی هر دو عنوان می‌پردازیم.

۳-۱-۱-۱- معاوضه‌انگاران عقد نکاح دائم

ایشان با رد جریان قاعده‌ی نفی غرر در نکاح دائم با استدلالی که معاوضه‌انگاران از عقد نکاح دائم بیان کرده‌اند، این‌گونه نظر و دیدگاه خود را مطرح می‌نمایند. ایشان معتقدند هرچند هنگامی که در

عقود معاوضی، غرر راه یابد موجب بطلان آن عقود می‌شود، اما این مسئله نباید در نکاح نیز جریان یابد، زیرا ماهیت نکاح با معاوضات بسیار متفاوت است. همچنین آن گروه از فقها که با بهره گرفتن از عموم تعلیلی که در برخی روایات، همچون «روایت بیع ماهی در نی‌زار» قائل به جریان این قاعده در نکاح دائم شده‌اند، کمکی به حل مسئله نمی‌کند. چون ارجاع مرجع ضمیر به مبیع با یقین و اطمینان صورت نمی‌گیرد تا با اثبات آن به واسطه‌ی، عموم تعلیلی، آن را به سایر معاوضات نیز تعدی دهیم (شیرازی زنجانی، ۱۴۱۹ هـ.ق، ج ۲: ۶۸۷۹ و ۶۸۸۰). علاوه بر اینکه، ایشان معتقدند عقد نکاح، یک عقد معاوضی محسوب نمی‌شود. حتی طبق نظر ایشان نمی‌توان عقد نکاح را مانند بیع یا اجاره بشناسیم به‌خاطر اینکه، دلیل معتبری در دست نداریم، پس به همین دلیل سرایت هر نوع حکمی که در عقود معاوضی معتبر است، آن حکم نمی‌تواند به عقد نکاح نیز سرایت کند و این را صحیح نمی‌دانند. حتی اگر عقد نکاح دائم را یک عقد شبه‌معاوضی نیز بدانیم باز هم چنین اقتضایی ایجاب نمی‌شود. (همان: ۶۹۵۰ و ۶۹۵۱). ایشان در ادامه بیان می‌نمایند که حتی اگر بخواهیم به این مسئله به‌صورتی دیگر توجه کنیم و بگوییم هدف از ازدواج بهره‌مندی از یکدیگر است و مهر را تبدیل به عوض نماییم، باز هم معاوضی دانستن عقد نکاح به قرینه و دلیل بیشتری نیازمند است که ما چنین قرینه‌ای در دست نداریم (همان: ۷۰۳۹). ایشان همچنین درباره‌ی آن گروه از فقها که عقد نکاح را شبه‌معاوضه‌ای می‌دانند، این‌گونه پاسخ می‌دهند که هرچند اگر این فرض را نیز بپذیریم، باز هم تفاوتی به وجود نمی‌آید، به خاطر اینکه لزوماً داشتن مشابهت، نمی‌تواند به این معنا باشد که هر امر معتبر در معاوضات، قابل تعمیم به عقد نکاح می‌باشد (همان: ۶۹۵۰ و ۶۹۵۱). ایشان معتقدند در این مسئله هم کبرای قضیه و هم صغرای آن و هر اندیشه‌ی فقهی در آن مردود است و بهره‌گیری از این تفکر فقهی برای راه یافتن عقد نکاح در قلمروی قاعده‌ی نفی غرر کافی نمی‌باشد. از جمله فقه‌های دیگری که با ایشان هم‌عقیده‌اند می‌توان مرحوم آیت‌... فاضل لنکرانی را نام برد. ایشان نیز معتقدند که برای جریان این قاعده در غیربیع، دلیلی در دست نیست یا لااقل در غیر معاوضات دیده نشده است (لنکرانی، ۱۴۰۳ هـ.ق: ۷۴). ایشان نیز معتقدند که به فرض پذیرش جریان این قاعده در عقود معاوضی، جریان آن را در عقد نکاح نمی‌توان پذیرفت و استدلال ایشان این است که عقد نکاح، معاوضی محسوب نمی‌شود که بگوییم مشمول این قاعده می‌شود (همان: ۴۲۳).

۳-۱-۱-۲- مطلق‌انگاران قاعده‌ی نفی غرر

آیت‌الله شبیری‌زنجانی همان‌گونه که جریان قاعده‌ی نفی غرر را در نکاح دائم از دیدگاه معاوضه‌انگاران رد نمودند، این‌بار نیز دیدگاه مطلق‌انگاران قاعده‌ی نفی غرر را مردود اعلام می‌نمایند. ایشان این‌گونه استدلال خود را در مسئله‌ی مذکور بیان می‌نمایند که قاعده‌ی نفی غرر، به نحو اطلاق سندیت آن قابل قبول نمی‌باشد و «نهی‌النبی(ص) عن الغرر» به‌عنوان ادله‌ی روایی مطلق قاعده‌ی نفی غرر قابل قبول نمی‌باشد. ایشان تنها روایتی منقول از امام رضا(ع)^۱ که به‌صراحت از غرر سخن گفته‌اند را معتبر می‌دانند که در این روایت پیامبر(ص) نهی از عقد بیع مضطر و عقد بیع غرری فرموده‌اند (ابن‌بابویه، ۱۳۷۸، ج ۲: ۴۶).

ایشان علت اعتبار این روایت را این‌گونه استدلال کرده‌اند که روایت مذکور به سه طریق مختلف از اشخاص متعددی در عیون‌الرضا(ع) نقل شده است. مرسوم است در بین علمای فقه که اگر راجع به یک موضوعی، سه نفر مختلف به یک نحو حدیثی را نقل کنند، برای متعارف‌اشخاص این اطمینان ایجاد می‌شود که حدیث مذکور صدورش از یک معصومین(ع) است. پس بر این اساس این روایت در نزد ایشان دارای حجیت و اعتبار می‌باشد، چون حدیث حاضر نیز از سه طریق و به یک نحو نقل شده است، دلالت بر اعتبار و حجیت دارد و به خاطر اینکه این حدیث بر نهی از بیع غرری دلالت دارد، پس همین مقدار قلمرو را برای قاعده‌ی نفی غرر ایجاب می‌نماید (شبیری‌زنجانی، ۱۴۱۹ هـ.ق، ج ۲۲: ۶۸۷۹). برخی از فقها برای اثبات اطلاق قلمروی قاعده‌ی نفی غرر، دلیل دیگری را نیز بیان کرده‌اند که آن روایت «نهی از فروش ماهی در نی‌زار» می‌باشد که طبق عموم تعلیلی که در عبارت «فانه من الغرر» آمده است، نهی از غرر امکان سرایت به معاملات غیر از بیع را نیز می‌تواند دربر بگیرد که در این مورد نیز آیت‌الله شبیری‌زنجانی تمسک به عموم تعلیلی را برای اطلاق عقود فاقد اعتبار دانسته‌اند به جهت ابهامی که در دلالت مرجع ضمیر آن وجود دارد و باز هم ایشان سرایت این قاعده را در غیر بیع نپذیرفته‌اند (همان: ۶۸۸۰).

۳-۱-۲- جریان قاعده‌ی نفی غرر به جهت معاوضه‌انگاری عقد نکاح دائم

در این بخش به سرایت قاعده‌ی نفی غرر به جهت معاوضه‌انگاری نکاح دائم می‌پردازیم و جایگاه قاعده را در عقد نکاح تشریح می‌نماییم. قائلان به جریان قاعده‌ی نفی غرر در نکاح، برای بیان این جریان در عقد نکاح دائم نیاز به اثبات این دو مقدمه دارند. مقدمه‌ی اول: قاعده‌ی نفی غرر نه‌تنها، بیع

^۱ - نهی رسول‌الله(ص) عن بیع المضطر و عن بیع الغرر

را بلکه هر عقد معاوضه‌ای دیگر را باید دربر گیرد. مقدمه‌ی دوم: معاوضی دانستن عقد نکاح دائم برای جریان یافتن قاعده‌ی نفی غرر در نکاح. مقدمه‌ی اول را در مباحث پیشین بررسی کرده‌ایم، و اکنون باید مقدمه‌ی دوم را واکاوی نماییم. لذا به تحلیل و تجزیه‌ی مفاد قاعده‌ی نفی غرر در عقد نکاح دائم، از آن جهت که نکاح را عقدی معاوضه‌ای بدانیم، می‌پردازیم. پس مقدمه‌ی دوم را تحت‌عنوان «بررسی عقد نکاح دائم به جهت معاوضی بودن آن» تحلیل می‌نماییم و ماحصل این دو مقدمه‌ی مذکور را ذیل عنوان «اقوال فقها در سرایت قاعده‌ی نفی غرر به جهت معاوضه‌انگاری عقد نکاح دائم» بازخوانی می‌نماییم.

۳-۱-۲-۱- بررسی عقد نکاح دائم به جهت معاوضی بودن آن

در مباحث پیشین برای شناخت جایگاه قاعده‌ی نفی غرر در نکاح دائم با سه موضع‌گیری روبه‌رو بودیم. در مقدمه‌ی اول به این پرسش که آیا می‌توان جریان قاعده‌ی نفی غرر را در عقود معاوضی جاری ساخت یا خیر؟ برخی از فقها این‌گونه پاسخ داده بودند که این قلمرو مختص به عقود معاوضی می‌باشد و قاعده‌ی نفی غرر در عقود معاوضی جاری است. اما در مقدمه‌ی دوم، تمرکز ما بر این پرسش می‌باشد که آیا می‌توان عقد نکاح را معاوضه‌ای دانست؟

در این بخش ما پاسخگو به این پرسش می‌باشیم و اهمیت پاسخ به این پرسش از آن جهت است که اگر عقد نکاح دائم، عقدی معاوضی محسوب شود، طبق دیدگاه معاوضه‌انگاران این عقد مشمول قاعده‌ی نفی غرر می‌شود، پس برای پاسخ دقیق به این مسئله بعد از فحص و جستجو در متون فقهی و اقوال علمای فقه و بررسی اندیشه‌ی فقها در خصوص ویژگی معاوضه‌ای بودن برای عقد نکاح با سه رویکرد روبه‌رو هستیم.

۱- رویکرد اول: (معاوضه‌انگاران نکاح) فقهایی که به صراحت نکاح را معاوضی دانسته‌اند.

۲- رویکرد دوم: (غیرمعاوضه‌انگاران نکاح) فقهایی که معاوضه‌انگاری، نکاح را ناصواب می‌دانستند.

۳- رویکرد سوم: (شبیه معاوضی‌انگاران نکاح) فقهایی که نکاح را دارای ماهیتی شبهه‌معاوضی می‌دانستند و شواهدی نیز برای دیدگاه خود و اثبات نظرات خود ارائه داده بودند. حالا هر سه رویکرد و نظرات فقها را در این مسئله ارزیابی و بررسی می‌نماییم.

رویکرد اول: معاوضه‌انگاران نکاح

اولین گروه از فقهایی که به تبیین و بررسی ویژگی معاوضه‌ای بودن در عقد نکاح پرداخته‌اند. از

جمله‌ی این فقها، مرحوم محقق حلی می‌باشند که ایشان عقد نکاح را یک عقد معاوضی عنوان کرده‌اند و برای نظر خودشان در این مسئله، ضمن حکمی که برای زوجی که به‌خاطر حلال نبودن مال مورد مهر، نمی‌تواند آن مهر را به زوجه‌اش تسلیم نماید، آورده‌اند و ایشان این‌گونه اظهارنظر کرده‌اند: «و از آن دانسته می‌شود که عقد نکاح معاوضه است، هرچند عقدش خالی از عوض باشد. پس در این هنگام، حکم به معاوضه از مطالبه با تعیین عوض جاری می‌شود و معوض حبس می‌شود تا عوض تسلیم گردد و سایر احکام معاوضات در آن جریان دارد.» (صاحب‌جواهر، ۱۴۰۴ هـ ق، ج ۳۱: ۶۲). در واقع ایشان معتقد بودند که ذکر مهریه یکی از صفات معاوضات محسوب می‌شود و عدم شرطیت آن، به‌معنای نبودن معاوضه‌ای آن نمی‌باشد. به‌خصوص که صفات دیگری مانند حق بر حبس عوض و مطالبه‌ی عوض در عقد نکاح نیز وجود دارد.

رویکرد دوم: غیرمعاوضی‌انگاران نکاح دائم

دومین گروه فقها در این مسئله آن دسته از علمای فقه می‌باشند که معتقدند عقد نکاح عقدی معاوضی است. از جمله‌ی این فقها، مرحوم سیدمحسن حکیم می‌باشد که ایشان عقد نکاح را عقدی معاوضی نمی‌دانستند (حکیم طباطبائی، ۱۴۱۶ هـ ق، ج ۱۴: ۳۰۰). مرحوم نراقی در باب عدم شرطیت تزویج مولی‌علیه با مهرالمثل نکاح اعتقادی به معاوضی بودن نداشتند. ایشان شرطیتی برای مهر قائل نبودند و نکاح را دارای هدفی والا تر می‌دانستند و مقصود اصلی نکاح را بقای نسل می‌پنداشتند (نراقی، ۱۴۱۵ هـ ق، ج ۱۶: ۱۶۹). مرحوم بجنوردی نیز با مرحوم حکیم و مرحوم نراقی هم‌عقیده‌اند. ایشان نیز عقد نکاح دائم، را یک عقد معاوضه‌ای نمی‌دانستند و معتقد بودند که نکاح معاوضه‌ی مهریه و زوجیت نمی‌باشد و نمی‌توان بر این تصور بود که تعهد زوج مبتنی بر پرداخت مهریه، در برابر زوجیت و یا بضع قرار بگیرد.

و نباید این باور را داشت که همسران زوجیت و مهریه را باهم مبادله می‌نمایند (بجنوردی، ۱۴۱۹ هـ ق، ج ۴: ۳۸۷). اما آیت‌... حلی، نفقه‌ی زوجه را به نفقه‌ی ارقام زوج مقدم دانسته است، به‌خاطر اینکه نفقه جزئی از عوض عقد نکاح محسوب می‌شود. پس ایشان عقد نکاح را یک عقد معاوضی می‌پنداشتند (مقدادحلی، ۱۴۰۴ هـ ق، ج ۲، ۲۸۲). محقق کرکی نیز در موارد متعددی به معاوضی بودن

^۱ - «و منه يعلم كون النكاح معاوضه فی الواقع و ان خلا عقده عن ذكر العوض، مجزی علیه حیثند حکمها من المطالبه تعیین العوض، و حبس المعوض حتی تسلیم العوض، و غیر ذلك من أحكامها»

عقد نکاح متذکر شده بودند. ایشان از معاوضی بودن عقد نکاح در حکمی که برای عقد اهل ذمه، مسلمان و کافر بیان نموده‌اند، حقوق زوجیت را مساوی دانسته‌اند (محقق‌ثانی، ۱۴۱۴ هـ.ق، ج ۱۲: ۳۹۲). و در حکمی دیگر ایشان حق را به زوجه‌ای داده است که اعتراض به ولی خود برای ایجاد زوجیت بدون مهرالمثل داشتند (همان: ۱۴۷). علامه‌ی حلی نیز معاوضی بودن عقد نکاح را در ذیل استحباب عقد نکاح به صراحت اشاره می‌نماید (علامه‌ی حلی، ۱۳۸۷ هـ.ق، ج ۵۶۵). یا اینکه صاحب ریاض در مسئله‌ی حق حبس زوجه، در پرسشی که چرا زوجه پس از تمکین دیگر نمی‌تواند از حق حبس بهره گیرد، این‌گونه پاسخ می‌دهند^۱ زمانی که یکی از متعاضین به اختیار خود عوضش را تسلیم نماید، دیگر بعد از تسلیم، حق حبس ندارد، تا عوض دیگر تسلیم شود، به خاطر همین امر عقد نکاح، عقدی معاوضه‌ای می‌باشد (طباطبایی‌حائری، ۱۴۱۸ هـ.ق، ج ۱۲: ۷۵).

رویکرد سوم: شبه معاوضی‌انگاران عقد نکاح دائم

برخی دیگر از فقها معتقدند که به خاطر شباهت وجود یکسری از صفات و ویژگی‌هایی که هم در عقود معاوضه‌ای و هم در عقد نکاح وجود دارد، می‌توان عقد نکاح دائم را شبهه‌معاوضه‌ای دانست و برای اثبات دیدگاه‌شان شواهدی را نیز ارائه کرده‌اند.

این شواهد عبارت‌اند از وجود عوضین در عقد نکاح، باء معاوضه و مقابله، عدم مالیت بضع، عدم شرطیت ذکر مهریه در حین عقد، غایت اصلی نبودن مهریه و امکان بخشش مهریه که تمامی این موارد از جمله شواهدی است که قائلین این رویکرد بیان نموده‌اند. مرحوم آیت‌الله بهجت در مسئله‌ی تصرفات سفیه، بر این نظرند که سفها فاقد اهلیت برای انعقاد عقد نکاح هستند، به خاطر اینکه عقد نکاح دائم، معاوضه‌ی مهر با بضع می‌باشد (بهجت، ۴۲۶ هـ.ق، ج ۶: ۸۹). محقق ثانی نیز با بیان کلام خداوند متعال از دو آیه‌ی شریفه‌ی سوره‌ی نساء، ۲۴ و ۳۵^۲ معنای معاوضی بودن عقد نکاح را بیان می‌نماید، ایشان عقد نکاح را یک عقد معاوضی می‌شناسد. ایشان معتقدند که «باء» اضافه‌شده در آیه، به «معروف» که به آن «باء»، باء معاوضه‌ای می‌گویند، نشانه معاوضی بودن عقد نکاح است (محقق‌ثانی، ۱۴۰۹ هـ.ق، ج ۲: ۳۱۲).

^۱ - و لأن النکاح معاوضه، و حتی سلم أحد المتعاضین العوض الذی من قبله باختیاره لم یکن له بعد ذلک حبسه لیتسلم العوض الآخر.

^۲ - (فَاتُوهنَّ أَجُورَهُنَّ فَرِيضَةً) (آیه‌ی ۲۴ سوره‌ی نساء).

^۳ - (وَ الْأُوهنَّ أَجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) (آیه‌ی ۲۵ سوره‌ی نساء).

و یا در آیه‌ی ۲۵ سوره‌ی نساء که استفاده از لفظ «آجر» شده است، می‌تواند دلیل دیگری بر این باشد که عقد نکاح، یک عقد معاوضی است (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ هـ.ق، الف: ۲۰۲). اما صاحب حدائق، نکاح را معاوضه‌ی محض نمی‌داند و معتقدند در مسئله‌ی حق اعتراض زوجه بر ازدواجی که ولی او بدون مهر در زمان صغارت او ایجاد کرده است که او دارای چنین حقی است، اشاره بر این امر دارد که نکاح نمی‌تواند معاوضه‌ی محض باشد، به دلیل اینکه بضع جزء اموال نمی‌تواند محسوب شود و درباره‌ی نکاح خلع معتقدند که از عوضی که مالیت داشته باشد، خالی است. چون در معاوضات محض، عوضین مالی، در آن جریان دارد (آل‌عصفور، ۱۴۰۵ هـ.ق، ج ۲۳: ۲۵۳) و درباره‌ی عدم شرطیت ذکر مهر در حین عقد معتقدند این خود شاهی برای اثبات این امر است که نکاح معاوضی محض نیست. مرحوم فخرالمحققین معتقدند که حق اعتراض را برای زوجه‌ای که ولی او، تزویجی بدون مهر برایش انجام داده است، چنین حقی را برای زوجه قائل نیست؛ چون نکاح را معاوضی محض نمی‌داند که زوجه حق اعتراض برایش ایجاد شود و این‌گونه استدلال می‌نمایند که عقد نکاح بدون مهریه هم ایجاد می‌شود؛ بنابراین نمی‌توان عقد نکاح را معاوضه‌ی محض دانست (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ هـ.ق، ج ۳: ۲۷). آیت‌... مکارم‌شیرازی نیز در این مسئله بر این عقیده‌اند که عقد نکاح، معاوضه‌ی حقیقی نمی‌باشد و عقد نکاح را شبیه عقود معاوضی می‌دانند (مکارم‌شیرازی، ۱۴۲۴ هـ.ق، ج ۶: ۶۸) و برای اثبات این استدلال به اجماع و آیات قرآنی که عقد نکاح را بدون ذکر مهر صحیح دانسته‌اند تمسک کرده‌اند. اینکه غایت اصلی در عقد نکاح دائم مهر نیست خود دلیلی دیگر بر این امر است که عقد نکاح معاوضی محض نمی‌باشد، چنانکه فاضل‌هندی مقصود اصلی نکاح را احسان و فرزندآوری می‌داند (فاضل‌هندی، ۱۴۱۶ هـ.ق: ۱۰۱) و صاحب حدائق، نیز هدف اصلی نکاح را محفوظ ماندن از گناه و ادامه‌ی نسل می‌شناسد (آل‌عصفور، ۱۴۰۵ هـ.ق، ج ۲۳: ۲۵۳). یکی از دلایل دیگری که فقها برای معاوضی محض نبودن عقد نکاح دائم بیان نموده‌اند، امکان بخشیدن مهریه توسط زوجه می‌باشد. این بخشیدن مهر هیچ خدشه‌ای در عقد نکاح ایجاد نمی‌کند و این امر خود اثبات می‌کند که عقد نکاح، معاوضه‌ی محض نمی‌باشد (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ هـ.ق، ج ۳: ۲۷). همان‌گونه که در سوره‌ی بقره نیز بیان شده است «که مگر اینکه آن‌ها ببخشند یا آن کس که گره ازدواج به دست اوست آن را ببخشد.» (سوره‌ی بقره، آیه‌ی ۲۳۷). تمامی این مطالب مذکور دلایلی است که فقها بیان نمودند که

بیان کنند که عقد نکاح یک عقد معاوضی محض نمی‌باشد.^۱

۳-۱-۲-۲- اقوال فقها درباره‌ی سرایت قاعده به جهت معاوضه‌انگاری نکاح دائم

آنچه که قبلاً متذکر شده‌ایم، دومین موضع‌گیری در شناخت جایگاه قاعده‌ی نفی غرر در عقد نکاح دائم بود که معاوضه‌انگاران سرایت این قاعده را به نکاح دائم مبتنی بر اثبات دو مقدمه می‌دانستند که یکی اثبات اختصاص داشتن قاعده‌ی نفی غرر به عقود معاوضی و دیگری اثبات ماهیت معاوضی برای عقد نکاح دائم بود. برخی از فقها با اثبات این دو مقدمه، عقد نکاح دائم را مشمول احکام قاعده‌ی نفی غرر دانستند و آنان معتقد بودند که عقد نکاح دائم را می‌توان معاوضه‌ای یا شبه‌معاوضی دانست؛ اما از طرفی برخی فقها نکاح را معاوضه‌ای و یا شبه‌معاوضی نمی‌دانستند. با این وجود، در نهایت بر این باور بودند که به‌خاطر پاره‌ای از مشابهات که میان نکاح با معاوضات است، احکام قاعده‌ی نفی غرر در عقد نکاح دارای جریان می‌باشد، هرچند لزوم نفی غرر در عقد نکاح دائم، مانند لزوم نفی غرر در بیع نمی‌باشد. همان‌طوری که محقق ثانی افزون بر قبول سرایت احکام قاعده‌ی نفی غرر به عقد نکاح دائم، صرف مشاهده‌ی مهریه را برای نفی غرر در عقد نکاح کافی دانسته‌اند. هرچند که عقد نکاح را به‌عنوان یک عقد معاوضی واقعی نمی‌دانستند (محقق‌ثانی، ۱۴۱۴ هـ.ق، ج ۱۳: ۳۰). شهیدثانی نیز همانند مرحوم محقق‌ثانی پذیرفته بودند که معظم غرر را با مشاهده‌ی مهریه می‌توان رفع نمود (شهیدثانی، ۱۴۱۰ هـ.ق، ج ۵: ۳۴۵). برخی دیگر از فقها در مواردی که مهر عین معین نیست و نیاز به توصیف دارد، ذکر وصف مهر را به میزانی که رفع جهالتی که منجر به غرر می‌شود را کافی دانسته‌اند (فاضل‌هندی، ۱۴۱۶ هـ.ق، ج ۷: ۲۷۶). ایشان برای استدلال خود در این امر مذکور این‌گونه دلیل آورده‌اند که عقد نکاح دارای وجه دوگانه‌ای می‌باشد و برخلاف سایر معاوضات، جهالت را می‌توان از آن برداشت و فقیه دیگری بیان کرده‌اند، می‌توان گفت به این خاطر که مهریه از ارکان عقد نکاح نمی‌باشد. (فیض‌کاشانی، ۱۴۰۱ هـ.ق، ج ۲: ۲۷۲). برخی نیز با استناد به روایتی که پیامبر(ص) نقل کرده‌اند، مثالی را به‌عنوان شاهد بیان می‌نمایند که پیامبر(ص) ازدواج با مهریه‌ی قرائت میزانی از قرآن را اجازه داده‌اند، درحالی‌که آن میزان معلوم نبوده است و یاروایتی دیگر از رسول‌الله(ص) را بیان می‌کنند که ایشان مهریه‌ی زنان را مثنی گندم قرار داده‌اند (طباطبایی‌حائری، ۱۴۱۸ هـ.ق، ج ۱۲: ۱۰). تمامی این اقوال علمای فقه حاکمی از دلالت بر پذیرش سرایت احکام قاعده‌ی نفی غرر در عقد

^۱ - (إلا أن يعفون أو يعفوا الذي يبدي عقد النكاح)

نکاح دائم می‌باشد و پذیرش ماهیت معاوضی رابرای عقد نکاح دائم مکان‌پذیر می‌کند.

۳-۱-۳- جریان قاعده‌ی نفی غرر به جهت اطلاق قاعده‌ی نفی در عقد نکاح دائم

برخی از فقها با این موضع‌گیری که قاعده‌ی نفی غرر اطلاق دارد، و جریان مفاد این قاعده نه تنها در تمامی عقود بلکه در ایقاع نیز جاری است. وجود این اطلاق را به خاطر «نهی رسول‌الله(ص) عن الغرر» یا الغای خصوصیت از «نهی رسول‌الله(ص) عن بیع الغرر» و شهرت و اجماع در بین فقها و علمای عظام فقه می‌دانند که این امر باعث اثبات اطلاق قاعده می‌باشد از جمله کسانی که طرفدار این اندیشه می‌باشند، آیت‌... مکارم‌شیرازی است که ایشان در بحث لزوم تعیین و توصیف زوج و زوجه در عقد نکاح با بیان روایت نهی پیامبر از بیع غرری، این گونه اظهارنظر می‌نمایند که هرچند این روایت مربوط به بیع می‌باشد، ولی ما آن را الغاء خصوصیت می‌نماییم. به خاطر اینکه بیع خصوصیتی ندارد و تمامی قراردادهای این گونه می‌باشند. (مکارم‌شیرازی، ۱۴۲۴ هـ.ق، ج ۱: ۱۲۰). ایشان همچنین در بحث تعیین مهریه معتقدند: «آیا این حدیث به صورت «نهی النبی(ص) بیع الغرر» است و یا اینکه «نهی النبی(ص) عن الغرر» است، حالا اگر «عن بیع الغرر» باشد. همان طوری که در روایات متعددی آمده است، نمی‌توان از آن روایت مذکور در باب نکاح بهره جست. اما روایتی نیز ما داریم که پیامبر(ص) فرموده‌اند: «نهی نبی(ص) عن الغرر» که این حدیث به صورت مطلق می‌باشد، همچنان که مرحوم شیخ در مکاسب، در بحث معلومیت ثمن بیان کرده‌اند: «والأصل فی ذلک حدیث نفی الغرر المشهور بین المسلمین» که اصل در آن معلومیت ثمن است که طبق حدیث مذکور، نفی غرر مشهور بین فقها می‌باشد. پس اگر حدیث درباره‌ی نفی بیع غرری باشد، به کار ما نمی‌آید، اما اگر حدیث درباره‌ی نفی غرر مطلق باشد به درد بحث ما می‌خورد، زیرا غرر به معنای جهلی است که آن جهل، موجب فریب، خدعه و نیرنگ می‌باشد (مکارم‌شیرازی، ۱۴۲۴ هـ.ق، ج ۱: ۲۹). نتیجه اینکه طبق آرای فقها در این مسئله‌ی مذکور داده‌اند، عقد نکاح دائم به دلیل اطلاق روایت مشمول نهی قاعده می‌شود. حالا این اطلاق یا با تمسک به روایت «نهی النبی(ص) عن الغرر» است و یا با الغای خصوصیت از «نهی النبی(ص) عن بیع الغرر» می‌باشد. یا حتی می‌تواند به خاطر اجماع و شهرت آن باشد. اما برخی دیگر از فقها معتقدند عقد نکاح نمی‌تواند از جمله‌ی عقود معاوضی محسوب شود. پس نمی‌توان از این طریق احکام قاعده‌ی نفی غرر را در عقد نکاح جاری سازیم.

۳-۲- جایگاه قاعده‌ی نفی غرر در نکاح دائم از منظر حقوق

در مبحث پیشین با طرح پرسشی که آیا عقد نکاح دارای ظرفیتی برای پذیرش احکام قاعده‌ی نفی غرر هست یا خیر؟ مسئله را تبیین نموده و با پاسخ فقهی به صراحت به این پرسش، جواب دادیم. اکنون بار دیگر این پرسش را از منظر حقوق، آراء و اندیشه‌ی علمای حقوق واکاوی می‌نماییم. برای پاسخ به این پرسش در حقوق ما با چالشی روبه‌رو هستیم. چون قانون از همه‌ی دلایل احکام و مبانی عبور کرده است و فقط در مقام فرمان‌ها می‌باشد، پس تنها با رجوع به نص قانون، نمی‌توان پاسخی برای این پرسش بیان کنیم. بلکه راه شناخت جایگاه قاعده‌ی نفی غرر در قانون از طریق تطبیق دادن آثار ناشی از قاعده‌ی نفی غرر با مواد قانون مدنی و احکام قانونی میسر می‌شود. بنابراین ما تنها با مواد قانونی و احکام و تفاسیری که علمای حقوق بیان نموده‌اند پاسخگوی این پرسش می‌باشیم.

حالا با مراجعه به تفاسیری که حقوق‌دانان و قانون مدنی در این باره بیان کرده‌اند و تطابق دادن اندیشه‌ی حقوقی با سه رویکرد فقهی که قبلاً بررسی نمودیم با آنچه که مدنظر قانون‌گذار مدنی است، می‌توانیم به این پرسش در حقوق پاسخ دهیم. ماده‌ی قانونی متعددی از قانون مدنی، به صراحت از لزوم تعیین و رفع جهالت در عقد نکاح دائم سخن به میان آورده است. در این مبحث مواد قانونی را بیان می‌نماییم و نظرات علمای حقوق را مورد بررسی قرار می‌دهیم. از جمله مواد قانونی ماده‌ی ۱۰۶۹^۱ قانون مدنی است که درباره‌ی لزوم معین بودن مدت شرط خیار مهریه می‌باشد و یا در ماده‌ی ۱۰۷۹^۲ قانون مدنی که شرط صحت عقد نکاح را در رفع جهالت مهریه اعلام می‌دارد و در ماده‌ی ۱۱۰۰^۳ قانون مدنی که باطل شدن مهریه‌ی مجهول را بیان کرده است. از تمامی این مواد قانونی، به صراحت یک چیز را می‌توان دریافت نمود که عقد نکاح یک عقد بسیار دقیقی است که دارای ارکان و عناصر خاصی می‌باشد که باید کاملاً شناخته شود. هرچند که قانون مبنای این احکام را تصریح نکرده باشد و هرچند که مشخص نباشد تا چه حدی قاعده‌ی نفی غرر در شکل‌گیری این احکام ایفای نقش می‌نماید. از طرفی به‌خاطر اینکه قانون مدنی ایران برگرفته شده از فقه امامیه به‌خصوص نظر مشهور فقها است؛ مطابق نظر مشهور، می‌توان از قاعده‌ی نفی غرر برای گرفتن چنین احکامی

^۱ - ماده‌ی ۱۰۶۹. شرط خیار فسخ به عقد نکاح باطل است، ولی در نکاح دائم شرط خیار نسبت به صدق جایز است. مشروط بر اینکه مدت آن معین باشد و بعد از فسخ مثل آن است که اصلاً مهر نشده باشد.

^۲ - ماده‌ی ۱۰۷۹. مهر باید بین طرفین تا حدی که رفع جهالت آن‌ها بشود، معلوم باشد.

^۳ - ماده‌ی ۱۱۰۰. 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.

بهره‌مند شد؛ یعنی به صورت غیرمستقیم برای قاعده‌ی نفی غرر، نقش و تأثیری در این دسته از احکام قانون مدنی برای آن قائل باشیم. اکنون با ارزیابی و بررسی آرا و اندیشه‌ی حقوقی، حقوق‌دانان و رجوع به آثار و تألیف‌شان و مراجعه به مفسران حقوق مدنی در این زمینه، می‌توانیم از میان سه رویکرد، فقهی درباره‌ی جریان قاعده‌ی نفی غرر در عقد نکاح دائم، مشاهده نماییم که کدام یک از این رویکردها با استقبال بیشتری در بین علمای حقوق روبه‌رو هست و چه تأثیری در آرا و اندیشه‌ی حقوق‌دانان گذاشته است. مرحوم دکتر امامی معتقدند که در باب «لزوم تعیین مهر» که در ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی، یکی از شرایط تحت‌معامله، معین بودن مورد معامله است و این شرط مذکور در این ماده از نظر تنقیح مناط در تمامی عقود، هرچند که معاملات حقیقی نباشند، باید رعایت شود. افزون بر آنکه مهر تا آنجایی که با جنبه‌ی عمومی نکاح منافاتی نداشته باشد باید تابع احکام معاملات باشد و قانون مدنی ایران که برگرفته شده از فقه امامیه و نظر مشهور است، مردد بودن مورد معامله را موجب غرر می‌داند و معاملاتی که این‌چنینی هستند را باطل می‌شمارد. پس به همین خاطر است که نمی‌توان دو بنا را که مورد تردید است ولو اینکه از تمام جهات یکسان باشند، مهر قرار داد (امامی، ۱۳۷۰ هـ.ق، ج ۴: ۳۸۱). نظر ایشان تا حدود زیادی نزدیک به اندیشه‌ی مطلق‌انگاران می‌باشد، چراکه مطلق‌انگاران بر این باورند که رفع تردید موجب غرر در تمامی عقود لازم است. اما وقتی که به مبحث مهریه می‌رسند، اندیشه‌ی علمای حقوقی بیشتر به اندیشه‌ی معاوضه‌انگاران شباهت پیدا می‌نماید. باید یادآور شویم طبق آنچه که در مواد ۱۰۷۹^۲ و ۲۱۶^۳ قانون مدنی درباره مهر بیان شده؛ مهر باید معلوم باشد بین طرفین تا حدی که رفع جهالت شود و باید بدانیم معلوم بودن مورد معامله نیز جزء یکی از شرایط صحت عقد است و همچنین مورد معامله هم نباید مبهم باشد، مگر در موارد خاص، وگرنه علم اجمالی نسبت به مورد معامله کفایت می‌کند. مواد قانونی مذکور اگرچه راجع به معامله می‌باشد، اما حکم آن از نظر وحدت ملاک در تمامی عقود و همچنین معاملات و غیرمعاملات جریان دارد. افزون بر اینکه مهر تابع احکام معاملات می‌باشد. به طوری که معلوم بودن مهر، بستگی به معلوم بودن مقدار و جنس و وصف است و این معلوم شدن گاهی به وسیله‌ی مشاهده می‌باشد که این مشاهده مربوط به

^۱ ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی: برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است:

الف) قصد طرفین در رضای آن‌ها؛ ب) اهلیت طرفین؛ ج) موضوع معین که مورد معامله باشد و د) مشروعیت جهت معامله.

^۲ ماده‌ی قانونی ۱۰۷۹. مهر باید بین طرفین تا حدی که رفع جهالت آن‌ها بشود، معلوم باشد.

^۳ ماده‌ی قانونی ۲۱۶. مورد معامله باید مبهم نباشد، مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.

عینی است که آن عین در خارج نیز موجود می‌باشد و با مشاهده از آن جهالت رفع می‌گردد؛ مانند باغ، جواهر، خانه، ماشین و امثال آن. گاهی هم پیش می‌آید که با مشاهده‌ی تنها، جهالت رفع نمی‌شود و کافی نیست، پس تعیین کیل و وزن یا مقدار و زرع و یا عدد و مساحت نیز ضروری می‌باشد؛ مانند آهن، زمین، پارچه، گندم و امثال آن. دکتر امامی بارها به این نکته اشاره می‌نماید که عقد نکاح از منظر مشهور فقها یک عقد با احکام معاوضی می‌باشد (همان: ۳۷۸ تا ۳۸۸ و ۳۹۴ و ۴۱۳). ایشان نیز معتقدند که عقد نکاح این ظرفیت را دارد که مقررات عقود معاوضی در آن جریان داشته باشد (همان: ۴۲۵) و از میان اندیشه‌ی مطلق‌انگاران و معاوضه‌انگاران، ایشان بیشترین تمایل پذیرش اندیشه‌ی معاوضه‌انگاران را در حل مسئله‌ی مذکور دارند. ایشان به پرسشی که آیا امکان دارد یک مهر را برای دو همسر تعیین نمود این‌گونه پاسخ داده‌اند: «به نظر می‌رسد که بتوان از ماده‌ی ۱۰۷۹^۱ قانون مدنی که مقرر در آن شده است که باید مهر بین طرفین تا حدی که رفع جهالت آن‌ها بشود معلوم باشد.» می‌توان استفاده نمود و همچنین درباره‌ی صحت مهر در عقد در مورد مسئله‌ی بالا این‌گونه استدلال کرده‌اند که هرکدام از دو زوج به مقدار نسبت مهرالمثل خود از مهرالمسمی سهم خواهند بود، چون نکاح از اقسام معاوضه به شمار می‌آید و یا در حکم آن است و در نکاح مهر، نقش عوض را پیدا می‌کند (همان). با بررسی نظرات دکتر محقق‌داماد درمی‌یابیم که ایشان معتقدند به دلیل اینکه مهر در تقابل بضع قرار نمی‌گیرد، نمی‌توان نکاح را معاوضه‌ی عادی دانست (محقق‌داماد، ۱۳۹۰ هـ.ق: ۲۲۷)؛ یعنی ایشان معتقدند که نکاح دارای ماهیتی شبه‌معاوضی است، پس دکتر محقق‌داماد نیز تمایل بیشتر بر اندیشه‌ی معاوضه‌انگاران دارند. با توجه به مطلب ذکرشده‌ی ایشان در ماده‌ی ۱۰۷۹^۲ این‌گونه این ماده را تفسیر کرده‌اند که تعیین دقیق مهر براساس کیل و وزن، مساحت، الزامی نمی‌باشد و تنها مشاهده‌ی مهر کفایت دارد (همان: ۲۲۵). وی معتقد است که غرر در نکاح با رفع جهالت مطلق نفی می‌شود (همان). پس ایشان در این مطلب نیز با اندیشه‌ی معاوضه‌انگاران هم‌عقیده‌اند. دکتر لنگرودی نیز در این مسئله‌ی مذکور معتقدند که نکاح دارای ماهیتی مانند عقد مسامحه‌ای از جهت شخصیت همسران و مهریه است (لنگرودی، ۱۳۷۶: ۱۰۲). ایشان عقد نکاح را عقد معوض عادی ندانسته‌اند و بیان می‌دارند که معیارهای عقود معوض را به عینه در عقد نکاح می‌توان جاری ساخت (همان: ۱۵۶).

^۱ ماده‌ی قانونی ۱۰۷۹. مهر باید بین طرفین تا حدی که رفع جهالت آن‌ها بشود، معلوم باشد.

^۲ ماده‌ی قانونی ۱۰۷۹. مهر باید بین طرفین تا حدی که رفع جهالت آن‌ها بشود، معلوم باشد.

ایشان با استفاده از ماده‌ی ۱۰۸۵ الی ۱۰۹۵ قانون مدنی، معاوضه را عنصر عقد نکاح دانسته، هرچند که این معاوضه خالص نباشد (همان، ۱۳۷۶: ۱۰۱). با توجه به اظهارنظرات دکتر لنگرودی می‌توان فهمید که ایشان نیز همانند دکتر امامی، با اندیشه و رویکرد معاوضه‌انگاران نظراتشان مشابهت زیادی دارد. به‌خصوص با تفسیری که از قانون مدنی ۱۰۷۹^۱ بیان داشتند که تنها با مشاهده کردن مهریه، از جهالت در آن کفایت می‌نماید (همان: ۱۲۶). مرحوم دکتر کاتوزیان نکاح را از عقود معاوضی نمی‌داند ایشان معتقدند که الزام مربوط به تملیک مهر ناشی از حکم قانون می‌باشد. بر همین مبنا الزام قانونی بر مرد تحمیل می‌شود و همسران فقط می‌توانند به مقدار آن با یکدیگر تراضی کنند؛ بنابراین نباید مشابهتی که در الزامات زن و شوهر به تعهدات که متقابل عقود معوض، موجب این شود که بر تنظیم این رابطه سایر قواعد معاملات حکم‌فرما شود (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۳۹). با این حال، ایشان در باب مهریه معتقدند که توافق بر مهریه قرارداد دیگری در کنار عقد نکاح می‌باشد که تابع قواعد عمومی سایر معاملات است. از این جهت در باب مهر، قدرت بر تسلیم آن و کسب علم اجمالی لازم می‌باشد (همان، ۱۳۷۸: ۱۴۰ و ۱۳۹). ایشان در حقیقت از هیچ‌کدام از سه رویکرد، جریان قاعده‌ی نفی غرر، پیروی نمی‌نمایند؛ بلکه ایشان از رویکرد دیگری تبعیت می‌نمایند. طبق نظر ایشان توافق کردن بر مهریه، عقدی تبعی است. این عقد احکام معاملات را شامل می‌شود؛ یعنی در واقع طبق نظر دکتر کاتوزیان، به‌جای اینکه عقد نکاح را یک عقد غیرمالی با احکام معاوضی بدانند، ایشان توافق بر مهریه را دارای ماهیتی جداگانه از عقد نکاح دانسته‌اند. پس بر این مبنا مهریه جنبه‌ی معاملاتی پیدا می‌کند و می‌توان مهریه را مشمول احکام قراردادها دانست.

دکتر صفایی نیز با نظر دکتر کاتوزیان هم‌عقیده‌اند. ایشان هم قرارداد در مورد مهریه را قراردادی تبعی که دارای جنبه‌ی مالی است، می‌داند. بنابراین در آن لازم است که شرایط عمومی مورد معامله جریان داشته باشد که از جمله‌ی این شرایط می‌توان معلوم بودن مهر را نام برد، به نحوی که وصف، مقدار، جنس آن مشخص باشد. این‌گونه به نظر می‌آید که تعیین مهر به مقدار، جنس و وصف، تفسیری فراتر از ماده‌ی ۱۰۷۹^۲ است (صفایی، ۱۳۹۲ هـ.ق: ۱۱۴). به خاطر اینکه هنگامی که وصف و جنس و قدر مشخص باشد، دیگر ابهامی بر مهر باقی نمی‌ماند. بر این اساس تعیین در حد رفع جهالت، دیگر

^۱ ماده‌ی قانونی ۱۰۷۹. مهر باید بین طرفین تا حدی که رفع جهالت آن‌ها بشود، معلوم باشد.

^۲ ماده‌ی قانونی ۱۰۷۹. مهر باید بین طرفین تا حدی که رفع جهالت آن‌ها بشود، معلوم باشد.

معنایی ندارد. افزون بر اینکه ایشان از ماده‌ی ۳۴۸ که ماده‌ای در باب مبیع می‌باشد، این‌گونه استنباط کرده‌اند که قدرت بر تسلیم را شرط در مهریه می‌دانند. نتیجه این‌که از جمیع تعبیر دکتر کاتوزیان و دکتر صفایی مشابهت تفکر و عقیده‌ی این دو حقوق‌دان با مطلق‌انگاران را می‌توان به‌صراحت مشاهده نمود، به این‌که طریقه‌ی جدیدی را برای چنین التزامی ارائه داده‌اند. و در نهایت باید این نکته را متذکر شویم که هرچند حقوق‌دانان مذکور راهی نوین را پیموده‌اند، اما بیشترین تمرکز در این بحث را بر روی مهریه نهاده بودند؛ یعنی چالش اصلی در شناخت ماهیت نکاح دائم را در مبحث مهریه دانسته‌اند. بر این اساس تعیین در حد رفع جهالت دیگر معیاری ندارد. افزون بر اینکه ایشان از ماده ۳۴۸^۱ که ماده‌ای در باب مبیع می‌باشد این‌گونه استنباط کرده‌اند که قدرت بر تسلیم را شرط در مهریه می‌دانند. نتیجه این‌که، از جمیع تعبیر دکتر کاتوزیان و دکتر صفایی مشابهت تفکر و عقیده این دو حقوق‌دان با مطلق‌انگاران را می‌توان به‌صراحت مشاهده نمود، با این‌که طریقه جدیدی را برای چنین التزامی ارائه داده‌اند و در نهایت باید این نکته را متذکر شویم که هرچند حقوق‌دانان مذکور راهی نوین را پیموده‌اند، اما بیشترین تمرکز در این بحث را بر روی مهریه نهاده بودند؛ یعنی چالش اصلی در شناخت ماهیت نکاح دائم را در مبحث مهریه دانسته‌اند.

۴- جریان قاعده در نکاح منقطع

۴-۱- جایگاه قاعده نفی غرر در نکاح منقطع از منظر فقهی

برای واکاوی و بررسی جایگاه قاعده نفی غرر در نکاح، لازم است جایگاه قاعده نفی غرر را یک بار در نکاح دائم و بار دیگر در نکاح منقطع مورد مطالعه قرار دهیم. لزوم این امر به‌دلیل تمایزاتی است که میان عقد نکاح دائم با نکاح منقطع وجود دارد. حائز اهمیت بودن این امر هنگامی روشن می‌گردد که به اختلاف‌نظری توجه شود که در باب اشتراک و یا تفاوت ماهیت عقد نکاح دائم و منقطع وجود دارد. به‌دنبال این اختلاف‌نظرها پرسش‌هایی پیش می‌آید از قبیل این‌که:

- آیا جایگاه قاعده نفی غرر در نکاح دائم بانکاح منقطع متفاوت است؟
- آیا جایگاه متفاوتی را رکن بودن مهریه و اجل در نکاح منقطع برای قاعده نفی غرر به وجود می‌آورد؟
- آیا نسبتی متفاوت بین قاعده نفی غرر در نکاح منقطع براساس رویکردهای سه‌گانه ایجاد می‌شود؟

^۱ ماده ۳۴۸. بیع چیزی است که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت یا منفعت عقلایی ندارد یا چیزی که بایع قدرت تسلیم آن را ندارد، باطل است مگر چیزی که مشتری خود قادر بر تسلیم باشد.

– آیا می‌توان گفت که یک نوع اندیشه و تفکر برای عقد نکاح محفوظ است و جایگاه قاعده‌ی نفی غرر در هر دو نکاح دائم و منقطع یکسان است؟

برای پاسخ به پرسش‌های مذکور همان سیاق مباحث پیشین را باید دنبال نماییم، پس با بررسی سه گفتار ذیل سوالات را پاسخگو هستیم.

– گفتار اول: عدم جریان قاعده‌ی نفی غرر در نکاح منقطع.

– گفتار دوم: جریان قاعده‌ی نفی غرر در نکاح منقطع به جهت معاوضه‌انگاری.

– گفتار سوم: جریان قاعده‌ی نفی غرر در نکاح منقطع به جهت اطلاق قاعده.

۴-۱-۱- عدم جریان قاعده‌ی نفی غرر در نکاح منقطع

اکنون برای شناخت جایگاه قاعده‌ی نفی غرر در نکاح متعه ما عدم جریان قاعده را بررسی می‌نماییم. قابل ذکر است که تلقی این اندیشه عدم حجیت قرائت عام قاعده می‌باشد، لذا قاعده‌ی نفی غرر در عقد متعه جریان ندارد. علمای فقه که قائل به اندیشه عدم جریان قاعده‌ی نفی غرر هستند، جریان این قاعده را جزء ادله‌ی رکنیت مهر در نکاح منقطع نمی‌دانند. به عقیده این بزرگواران دلیل مطلق در غرر وجود ندارد، لذا نمی‌توان از یگانه عقد مسلم قاعده‌ی نفی غرر، یعنی بیع عبور نمود و احکام قاعده‌ی نفی غرر را در دیگر ابواب تعدی داد، به خاطر اینکه اطلاق لفظی قاعده‌ی نفی غرر شامل نکاح دائم و منقطع نمی‌گردد. همچنین، در بطلان مهر مجهول نیز سیره‌ای یافت نمی‌شود که بتوانیم مانند عقد اجاره به نفی غرر در مهر حکم دهیم. لذا اگر باغی را بدون تعیین مساحت آن باغ به عنوان مهر قرار دهیم، بدون هیچ خدشه‌ای صحیح می‌باشد (شیرازی زنجانی، ۱۴۱۹ ه. ق، ج ۱۹، ۶۰۳۸).

اما تعیین اجل برای صحت متعه لازم است مطابق روایات و فتاوای مسلم که درباره‌ی رکن بودن اجل در متعه بیان شده است. این لزومیت تا حدی است که در اجل برای متعه احتمال کمی یا زیادی نباید باشد. هرچند باید بدانیم که این لزوم تعیین اجل به واسطه‌ی قاعده‌ی نفی غرر نمی‌باشد (همان، ۱۴۱۹ ه. ق، ۶۱۷۵). چنانکه فایده رکن بودن مهریه در نکاح منقطع نیز لزوم ذکر مقدار مهریه می‌باشد. این لزوم از چنان اهمیتی برخوردار است که نکاح منقطع بدون تعیین مهر باطل می‌گردد. درحالی که تعیین مهریه در نکاح دائم رکن نیست و ضروری هم نمی‌باشد و ضرورت این امر را نه هیچ دلیلی و نه قاعده‌ی نفی غرر ثابت نمی‌کند (همان، ۱۴۱۹ ه. ق، ۶۰۳۰).

در نتیجه‌ی این اندیشه، پرسشی در ذهن ایجاد می‌کند و آن این است که به هر حال اینکه مهر

به عنوان ارکان نکاح منقطع است، پس قبول یا رد جریان قاعده نفی غرر برای متعه چه تفاوتی را به وجود می آورد؟ در پاسخ به این پرسش باید بگوییم که قاعده نفی غرر برای از بین بردن هر نوع ریسک یا جهلی که منتهی به غرر گردد، دقت فراوانی را مطالبه می کند، درحالی که رکن بودن مهریه تنها چیزی را که ایجاد می کند، لزوم علم به جنس می باشد و تعیین مقدار آن نیز تا آنجایی می باشد که عقل قد دهد؛ بنابراین همین که مقدار مهر معلوم شود آن را از غیر عقلایی بودن خارج می سازد و به صحیح بودن عقد پیوند می زند (همان، ۱۴۱۸، ۶۰۳۸).

۴-۱-۲- جریان قاعدهی نفی غرر در نکاح منقطع به جهت معاوضه انگاری

در ابتدای بررسی جریان قاعدهی نفی غرر در نکاح منقطع باید به این پرسش پاسخ داد که آیا عقد متعه در زمره عقود معاوضه ای قرار می گیرد یا خیر؟ مطابق آنچه که در اندیشه ی برخی فقها وجود دارد (معاوضه انگاران) جریان قاعده نفی غرر را در عقد متعه لازم می دانند؛ بنابراین لازم است که اول قسمتی را تحت عنوان «ارزیابی و واکاوی معاوضه در نکاح منقطع» بررسی نماییم و بعد به تبیین آرا و فتاوی فقها راجع به خصوصیات و ویژگی های معاوضه در نکاح منقطع را بررسی نماییم و در قسمتی دیگر ذیل عنوان «اقوال جریان قاعدهی نفی غرر با معاوضه انگاری نکاح متعه» اندیشه ی علمای فقه را در این جریان از جهت معاوضه انگاری در نکاح متعه بیان نماییم.

۴-۱-۲-۱- ارزیابی و واکاوی معاوضه در نکاح منقطع

در نکاح منقطع درست برخلاف نکاح دائم که فقط در برخی از موارد می توانستیم احکام معاوضی عقود را در آن جاری نماییم و بیشتر این نکاح جنبه عبادی دارد، در نکاح منقطع این گونه نمی باشد. چنان که شهید ثانی در تفاوت عقد نکاح دائم با نکاح متعه در باب شرطیت مهریه توجه خاصی کرده اند و ایشان در این مورد معتقدند که افزون بر تمایزاتی که این دو نکاح از جهت اغراض و اهداف با یکدیگر دارند، نکاح متعه نسبت به عقد نکاح دائم در عنصر معاوضه، به عقود معاوضات شباهت بیشتری دارد (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۷، ۴۳۹).

در تأکید این نکته روایات متعدد و مختلفی وجود دارد که از جمله می توان «فَإِنَّهُنَّ مُسْتَأْجَرَاتٌ» (طوسی، ۱۳۹۰، ج ۳، ۱۴۷، حدیث ۵۳۸) و یا در روایتی از حر عاملی که بیان می نماید: «نکاح متعه

محقق نمی‌شود مگر به دو امر اجرت و اجل که مشخص شده باشد.^۱ (حرعاملی، ۱۴۰۹ ه. ق، ج ۲۱، ۴۲) و یا اینکه مهر معلوم باید باشد و از اجل آن نیز معلوم باید باشد (همان، ۴۳) که محقق‌ثانی بر این باورند که تمام این روایت حاکی از مشابَهت بسیار زیاد نکاح متعه به معاوضات می‌باشد (محقق‌ثانی، ۱۴۱۴ ه. ق، ج ۱۳، ۱۹) و نیز برخی از فقهای عظام معتقدند که نکاح منقطع رایحه‌ای از عقد اجاره گرفته‌است (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۴ ه. ق، ج ۲، ۶۶).

نتیجه اینکه بسیاری از فقهای عظام امامیه نکاح منقطع را با اوصاف بسیار شبیه و نزدیک به معاوضه می‌دانند. بنابراین جریان احکام معاوضات را در این نکاح پذیرفته‌اند. اگر بخواهیم برخی از این فقهای نامدار را نام ببریم باید بگوییم در فقهای معاصر آیت‌الله سبحانی تبریزی (۱۴۱۴ ه. ق، ج ۲، ۶۶) و یا دیگر فقهای مشهور مانند محقق کرکی (۱۴۱۴ ه. ق، ج ۱۳، ۲۱)، مرحوم بحرانی (آل‌عصفور، ۱۴۰۵ ه. ق، ج ۲۴، ۱۵۶)، شهیدثانی (۱۴۱۳ ه. ق، ج ۷، ۴۴۰) و مرحوم کاشف‌الغطاء (۱۳۵۹ ه. ق، ج ۲، ۳۶) می‌باشند.

۴-۱-۲-۲- اقوال جریان قاعده‌ی نفی غرر با معاوضه‌انگاری نکاح متعه

معاوضه‌انگاران بر این باورند که جریان قاعده‌ی نفی غرر در عقد نکاح متعه می‌تواند نتیجه دو مقدمه باشد. مقدمه اول اینکه قاعده‌ی نفی غرر در عقود معاوضی دارای جریان می‌باشد، مقدمه دوم اینکه نکاح متعه از عقود معاوضه محسوب می‌شود. بر همین مبنا عده‌ی کثیری از فقهای عظام امامیه نکاح منقطع را از جهت برخورداری از مفاد قاعده‌ی نفی غرر همانند سایر عقود معاوضه‌ای شناخته‌اند. ازجمله این فقها شهیدثانی با اینکه معتقدند، هرچند نکاح متعه را نمی‌توان معاوضه واقعی که مبتنی بر مخاطره و اکتساب دانست، اما با این حال، دفع غرر برای نکاح لازم می‌باشد (شهیدثانی، ۱۴۱۳ ه. ق، ج ۷، ۴۴۰). مرحوم صاحب‌جواهر نیز همین رأی را بر این مسئله داده‌اند (صاحب‌جواهر، ۱۴۰۴ ه. ق، ج ۳۱، ۱۹). همچنین میرزای قمی نیز نکاح متعه را مشمول مفاد «نهی النبی عن الغرر» می‌داند چراکه ایشان عوضین نکاح منقطع را مهر و بضع دانسته‌اند. بنابر مفاد قاعده، ایشان معتقدند که نباید جهالت و غرر بر عرصه معاوضات داخل شود (میرزای قمی گیلانی، ۱۴۲۷ ه. ق، ج ۲، ۹۳۴). نتیجه اینکه برخی از فقها که می‌توان گفت به احتمال قوی اکثریت فقهای امامیه نکاح منقطع را عقد معاوضه شناخته‌اند.

۴-۱-۳- جریان قاعده‌ی نفی غرر در نکاح منقطع به جهت اطلاق قاعده (مطلق‌انگاران)

^۱ لا یكون متعه إلا بأبدین بأجل مسمى و أجر مسمى

مطلق‌انگاران که سومین رویکرد به‌شمار می‌آیند به‌طور کلی در تمامی عقود، قاعده نفی غرر را نافذ می‌دانند هرچند که صفت معاوضه‌ای نیز نداشته باشند. ایشان خود را بی‌نیاز از اثبات این مدعا می‌دانند که نکاح منقطع را نوعی عقد معاوضه بدانند. همین که اطلاق قاعده را ایشان اثبات نمایند از هر نوع دلیل دیگری بی‌نیاز می‌سازد. البته این نکته حائز اهمیت است که به‌خاطر ویژگی که در نکاح منقطع از جهت رکن بودن اجل و مهریه وجود دارد، این ظرفیت را در پذیرش مفاد قاعده‌ی نفی غرر بیشتر نسبت به عقد نکاح دائم دارد. هرچند که مطلق‌انگاران از این طریق برای جریان داشتن قاعده‌ی نفی غرر در نکاح متعه استفاده ننموده‌اند؛ بلکه ایشان با در نظر گرفتن اطلاق قاعده در «نهی النبی عن الغرر» نفی غرر را در کلیه‌ی عقود مجهول سرایت داده‌اند و یا با ارجاع دادن به نسخه «نهی النبی (ص) عن بیع الغرر»، الغای خصوصیت نموده‌اند و ظهور قاعده نفی غرر را در تمامی عقود که امکان جریان در آن عقود را دارد جاری ساخته‌اند (مکارم‌شیرازی، ۱۴۲۴ ه. ق، ج ۵، ۳۵ و ۴۸)؛ بنابراین میان عقد منقطع و نکاح عقد دائم از نظر این رویکرد تفاوتی وجود ندارد.

۴-۲- جایگاه قاعده‌ی نفی غرر در نکاح متعه از منظر حقوقی

اکنون پس از شناخت جایگاه قاعده‌ی نفی غرر در نکاح متعه از منظر فقه و علمای فقهی مطابق سیاق مباحث پیشین، نوبت به بررسی و ارزیابی آرا و اندیشه‌های علمای حقوق در این مسئله می‌رسد؛ بنابراین باید اکنون به این پرسش پاسخگو باشیم که مطابق اندیشه‌ی حقوق‌دانان و از منظر فقه کدام یک از سه رویکرد مذکور در جریان قاعده‌ی نفی غرر بیشترین تأثیر را در مفاد قوانین موضوعه مربوط به نکاح متعه دارا می‌باشد؟

در قانون مدنی، قانون‌گذار قانون فصل ششم آن، از کتاب هفتم را به عقد نکاح متعه اختصاص داده است. در این فصل، در دو ماده قانونی آن بدون آنکه تصریحی در باب مهریه بیان کرده باشد به لزوم تعیین دقیق مدت عقد نکاح بحث شده است و احکام مهریه به فصل بعدی آن ارجاع داده شده است. در فصل هفتم در ماده قانونی ۱۰۷۹^۱ قانون مدنی درباره معلومیت مهر که در حد رفع جهالت سخنی به میان آورده است، همین تفاوت بین مدت و مهر بیانگر این امر می‌باشد که از منظر قانون‌گذار تعیین اجل در تعیین مهر بسیار اهمیت دارد.

در فصل سوم آن فقها برای کیفیت تعیین مهر نظرات متعددی را بیان کرده‌اند، درحالی‌که تقریباً

^۱ در نکاح منقطع، عدم‌مهر در عقد موجب بطلان است.

عباراتی که فقها در باب تعیین اجل بیان نموده‌اند، یکسان می‌باشد. همین مطلب در قانون مدنی نیز به صراحت مشاهده می‌شود؛ بنابراین تفاوتی در باب معین و معلوم بودن مهریه میان نکاح دائم و نکاح متعه نمی‌باشد و تنها تفاوت آن در ضمانت اجرای این دو نوع نکاح می‌باشد. به گونه‌ای که در عقد نکاح دائم اگر مهریه مجهول باشد، مشمول حکم ماده قانونی ۱۱۰۰^۱ می‌شود که در آن مقرر شده است که مهرالمسمی تبدیل به مهرالمثل شود؛ اما در نکاح متعه، مهریه مجهول موجب می‌شود که عقد باطل گردد و مشمول حکم ماده قانونی ۱۰۹۵^۲ می‌گردد. پس تفاوتی میان عقد نکاح دائم با نکاح منقطع در شرایط صحت مهر وجود ندارد. قانون‌گذار همان میزان غرری را در مهریه‌ی نکاح دائم نهی می‌نماید که در مهریه‌ی نکاح منقطع نیز نهی کرده است؛ اما در خصوص اجل بسیار سخت‌گیری کرده‌اند، بنابراین این‌گونه به نظر می‌رسد که رأی قانون مدنی بیشتر به اندیشه‌ی معاوضه‌انگاران نزدیک می‌باشد.

از میان علمای حقوق، مرحوم امامی بیشتر به جنبه معاوضی نکاح منقطع توجه داشته‌اند و ایشان معتقد بودند که این امر به دلیل جنبه اجتماعی نکاح دائم است. به خاطر اینکه این جنبه به حدی قوی می‌باشد که آن را از معاملات دور ساخته است و آن را به عنوان یک عقد اجتماعی به طور کامل و مستقل معرفی کرده است؛ اما جنبه اجتماعی نکاح منقطع آنچنان پررنگ نمی‌باشد که می‌توان آن را در قالب عقد معوض درآورد. همان‌طور که در عقد معوض هرگاه یکی از عوضین دارای شرایط اساسی نباشند این امر باعث ابطال عقد می‌شود. در نکاح منقطع نیز اگر یکی از شرایط صحت مهر رعایت نشده باشد آن نکاح باطل می‌شود و ایشان معتقدند که از نظر حقوقی، این نکاح از حیث ساختمانی، مشابهت بسیار زیادی با اجاره اشخاص دارد. همان‌گونه که در اجاره، مدت و عوض باید معلوم و معین باشد در نکاح منقطع نیز عوض و مدت، مبهم نبوده و معین باشد. هرچند که در شرایط صحت مهر در عقد نکاح دائم با نکاح متعه تفاوتی وجود ندارد و هر دو مشمول حکم ماده قانونی ۱۰۷۹ می‌شوند، به دلیل اینکه از نظر حقوقی کثیری از قواعد عقد معاوضه‌ای در حل مسائلی که مربوط به عقد نکاح دائم است هم باید اعمال شود (امامی، ۱۳۷۰، ۱۰۴).

^۱ 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 مالک مال اجازه نماید.

^۲ در نکاح منقطع عدم مهر در عقد موجب بطلان است.

دکتر لنگرودی نیز معتقد است که در تعیین مدت، نیاز به علم تفصیلی می‌باشد (لنگرودی، ۱۳۷۶، ۱۲۰). برخلاف مهریه که برای آن علم اجمالی کافی است (همان، ۱۳۷۶، ۱۲۶). دکتر کاتوزیان نیز با مرحوم امامی هم‌عقیده است و ایشان با توجه به مواد قانون مدنی، ماهیتی را که برای نکاح منقطع در نظر می‌گیرند، مانند ماهیت اجاره می‌باشد. هرچند ایشان آن را مخالف مقام انسانی بودن و آزادی‌های زوج و حقوق او می‌داند (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ۱۷۴). دکتر صفایی به‌نحو اختصاصی در باب ماهیت نکاح منقطع اظهارنظری نکرده‌اند.

درنهایت این‌گونه به‌نظر می‌رسد که اگر شارعان قانون مدنی در ضمانت اجرای تعیین مهر و اجل نکاح متعه بیشتر سخت‌گیری اعمال کرده‌اند، به‌خاطر این نبوده است که نکاح متعه را عقدی معاوضی و مخالف شأن انسانی زوج تنظیم بنماید، لذا این سخت‌گیری از آن جهت است که نکاح منقطع به‌جهت موقتی بودن دارای ماهیتی متزلزل است. پس استحکام بیشتری را برای نکاح منقطع فراهم ساخته‌اند که از تزلزل آن بکاهند؛ بنابراین با مشخص و معین کردن ارکانی برای نکاح منقطع این امر را میسر نموده‌اند و گرنه شارعان قانون مدنی اگر قصد ایجاد یک ماهیت مانند ماهیت اجاره برای مهریه نکاح منقطع قائل بودند، به ماده ۱۰۷۹^۱ نباید اکتفا می‌نمودند. همان‌طوری که اغلب فقها، نکاح منقطع را یک عقد با اوصاف نزدیک با عقود معاوضی می‌دانند اما آن را عقدی با حقیقت معاوضه ندانسته‌اند. به‌رحال اندیشه شارعان قانون مدنی، مشابهت بسیار زیادی به اندیشه‌ی معاوضه‌انگاران دارد، زیرا ایشان برای ماهیت نکاح منقطع، احکامی مثل لزوم تعیین مهریه و معلوم بودن آن و قدرت بر تسلیم را به‌جهت وجود اوصاف معاوضی مقرر کرده‌اند.

۵- جریان قاعده در شروط

۵-۱- جایگاه قاعده در شروط معروف نکاح

جایگاه قاعده را در نکاح دائم و منقطع مورد تحلیل و بررسی قرار دادیم اکنون جایگاه و گستره‌ی این قاعده را در دو شروط خیار مهر و عندالاستطاعه واکوی می‌نماییم.

شرطی خیار در مهریه موردتوجه قانون‌گذار مدنی بوده تا به اندازه‌ای که در نکاح دائم به‌نحو تصریح و در نکاح منقطع به‌صورت ضمنی حکم داده است. مانند آن زمانی که زوج در سفر هست و به‌صورت غیابی با زنی ازدواج می‌نماید و خانه‌اش را نیز مهریه آن زن قرار می‌دهد؛ اما او برای خود این خیار را

^۱ مهر باید بین طرفین تا حدی که رفع جهالت آن‌ها شود، معلوم باشد.

قرار می‌دهد که هروقت از مسافرت برگشت مهریه را بتوانند، فسخ نمایند. درحالی که زمان بازگشت زوج از مسافرت نامعلوم است. حالا می‌خواهیم بررسی نماییم آیا می‌توان گفت چنین شرطی برای مهریه غرری است؟ آیا قاعده غرور در این شرط دارای جریان است؟ حکم چنین شرط و مهریه‌ای چه خواهد بود؟

شرط دیگر شرط عندالاستطاعه می‌باشد که جدیداً به قباله‌های ازدواج یا همان سند ازدواج راه پیدا نموده است. در این شرط این گونه بر زوج شرط می‌شود که حق او در مطالبه مهریه‌اش زمانی است که زوج استطاعت پرداخت آن را بیابد. در این شرط چون بازه زمانی آن در هنگام عقد نامعلوم است؛ بنابراین شرط مذکور مشکوک به غرر می‌باشد. در این بخش ما به بررسی جایگاه قاعده نفی غرر در دو شرط معروف ضمن عقد نکاح می‌پردازیم و هرکدام را جداگانه واکاوی می‌نماییم.

۵-۱-۱- شرط خیار مهریه

خیار مهریه به شرطی گفته می‌شود که هنگام عقد نکاح گاهی شرط می‌شود که زوج و زوجه و یا یکی از آن دو یا حتی شخص ثالثی حق فسخ مهریه را دارا شود. برای بررسی جریان و یا عدم جریان قاعده در شرط مذکور ما با دو پرسش روبه‌رو هستیم. پرسش اول اینکه آیا به موجب قاعده نفی غرر تعیین مدت خیار مهر الزامی است یا خیر؟ پرسش دوم اینکه در فرض غرری بودن چنین شرطی غرر اگر به مهریه راهی بیاید موجب بطلان مهریه می‌شود؟ یا اینکه این قدرت را نیز دارد که عقد را نیز باطل نماید.

در پاسخ به پرسش اول باید بگوییم معاوضه‌نگاران و مطلق‌انگاران هم‌نظرند و هر دو رویکرد معتقدند که تعیین نشدن مدت خیار، موجب راه یافتن غرر می‌شود. آیت‌الله مکارم‌شیرازی نیز معتقدند که تعیین مدت خیار موجب راه یافتن غرر در آن می‌شود، چون هرگونه ابهامی در شرط باشد آن شرط غرری می‌شود. ایشان در خصوص نکاح متعه عدم‌جواز چنین شرطی را می‌دهند و معتقدند که چنین شرطی در کل جایز نمی‌باشد و این نظر را اقوی می‌دانند (مکارم‌شیرازی، ۱۴۲۵ه.ق: ۲۲۹). محقق‌ثانی الزام داشتن تعیین مدت را از کتاب مبسوط استنباط نموده‌اند. ایشان چون عقد نکاح را یک عقد معاوضی می‌دانند این گونه اظهارنظر نموده‌اند که عقد نکاح نیز مانند عقد بیع انتفاء‌غرر در آن باید موردتوجه و دقت قرار گیرد (محقق‌ثانی، ۱۴۱۴ه.ق، ج ۱۳، ۱۹۵). آیت‌الله شبیری‌زنجانی همان گونه که در مباحث پیشین بیان نموده بودیم به دلیل اینکه جریان قاعده را در عقد نکاح نپذیرفته بودند، تعیین مدت را

الزامی نمی‌دانند و این امر را ضروری ندانسته‌اند و معتقدند اگر جهالت مطلق در تعیین مدت باشد این جهالت ممنوع است (شیرازی‌نجان، ۱۴۱۹ه.ق، ج ۲۳، ۷۳۵۰).

برای پاسخ به پرسش دوم در فرض غرری بودن چنین شرطی این غرر توانایی راه یافتن به مهریه را اگر پیدا کند آیا موجب بطلان مهریه می‌شود و یا بر روی عقد نیز تأثیر می‌گذارد و عقد را نیز باطل می‌کند جای تأمل است. در این مورد نظرات متفاوتی بین فقها و صاحبان فقه و حقوق وجود دارد. مسئله‌ای که در این پرسش بسیار حائز اهمیت است این می‌باشد که باید بین عقد نکاح دائم و متعه تفاوت قائل شویم. چون هر کدام از این عقود از جهت رکن بودن، مهریه با یکدیگر متفاوت‌اند. اگر عقد ما عقد نکاح دائم باشد، بطلان مهریه بر صحت عقد نکاح دائم ما لطمه‌ای را وارد نمی‌کند. بر همین مبنا خیار در مهر نکاح دائم زمانی که غرری شود، فقط شرط را باطل می‌کند و تأثیری در خود عقد ندارد. مطلب بیان شده، نظر معاوضه‌انگاران و مطلق‌انگاران نیز می‌باشد. در حالی که قائلان به عدم جریان قاعده نفی غرر در نکاح دائم چنین شرطی را به واسطه غرر باطل نمی‌دانند. پس به تبع آن نیز چنین شرطی تأثیری بر عقد نکاح دائم نمی‌گذارد و عقد را صحیح می‌دانند؛ اما در مورد عقد نکاح موقت چنین شرطی جای دقت و تأمل دارد. از نظر اکثر فقها چنین خیار شرطی راهی در مهر نکاح منقطع ندارد، پس دیگر جایی برای تحقیق و جستجو باقی نمی‌گذارد. چون شرط خیار برای نکاح موقت با احتمال موقت بودن مهر همراه می‌باشد و نظر مشهور این است که چنین شرطی برای نکاح موقت از اساس با اشکال روبه‌رو است. امام خمینی (ره) معتقدند که چنین شرطی در عقد نکاح دائم در صورت تعیین مدت قابل قبول می‌باشد؛ اما در نکاح موقت در هر دو حالت صحیح نیست (سیدروح‌الله، خمینی، ۱۳۸۲، ج دوم: ۲۵۱). علمای حقوق نیز از جمله مرحوم کاتوزیان معتقدند که چنین شرطی در مهر برای عقد نکاح موقت صحیح نیست. چون نفوذ چنین شرطی موجب فسخ مهریه می‌شود و به تبع آن سبب بطلان عقد نکاح متعه می‌گردد. پس شرط خیار در مهر مانند این است که شرط خیار در خود عقد نکاح موقت نموده‌ایم (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۱۷۷). دکتر محقق‌داماد نیز چنین شرط خیار نمودن در مهر را برای عقد موقت باطل دانسته‌اند. ایشان معتقد بوده‌اند که چون مهر در عقد موقت در حدوث و بقا لازم می‌باشد، پس شرط خیار برای مهر چنین عقدی بازگشت این شرط به اصل عقد خواهد بود و لذا چنین شرطی باطل است (محقق‌داماد، ۱۳۹۰، ۱۹۱). اما اندیشه قائلان به عدم جریان قاعده و مطلق‌انگاران درباره چنین شرطی در مهر نکاح موقت به صورت دیگر می‌باشد. همان‌طور که قبلاً بیان

نموده بودیم آیت‌الله شبیری زنجانی شرط خیار مهریه در نکاح متعه راصحیح نمی‌دانستند؛ زیرا معتقدند که اگر اعمال خیار شود مهریه فسخ می‌شود و عقد منفسخ می‌گردد (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ ه. ق، ج ۲۳، ۷۳۵۰ و ۷۳۴۹). آیت‌الله مکارم شیرازی نیز به این احتمال اشاره نموده بودند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ ه. ق، ۲۲۹-۲۳۰). اما اندیشه مطلق‌انگاران این است که شرط خیار گذاشتن برای نکاح موقت با هیچ اشکالی روبه‌رو نمی‌باشد؛ اما اگر غرری شود مهر باطل می‌گردد و نکاح موقت منفسخ می‌شود. قائلان به عدم جریان قاعده نفی غرر در نکاح معتقدند که خیار شرط در مهر نکاح موقت قابل قبول است، چون این قاعده در عقد نکاح و مهر جریان ندارد پس خیار حتی با مجهول بودن تعیین مدت در نکاح موقت اشکالی وارد نمی‌کند.

۵-۱-۲- شرط عندالاستطاعه

یکی از مواردی که محل بحث و مناقشه از دیرباز بوده است شرط عندالاستطاعه می‌باشد. دستورالعملی را در تاریخ ۱۳۸۵/۱۱/۰۷ سازمان ثبت اسناد و املاک صادر می‌نماید که به موجب آن این شرط چهره رسمی پیدا می‌کند. قبل از صدور چنین دستورالعملی اصل بر این بود که زوج در مهریه عندالمطالبه و عندالاستطاعه مدیون محسوب می‌شود. بر همین اساس اگر زوجه مهریه عندالاستطاعه خود را مطالبه می‌کرد، زوج مدیون محسوب می‌شد و باید مهریه را می‌پرداخت و اگر عدم توانایی در پرداخت آن را داشت باید ادعای خود را مبنی بر اعسارش در پرداخت مهریه به صورت نقدی برای دادگاه مربوطه اثبات می‌نمود؛ اما بعد از صدور دستورالعملی که سازمان ثبت اسناد و املاک در تاریخ مذکور صادر نمود، شرط عندالاستطاعه در برابر عندالمطالبه قرار گرفت و هرکدام از این دو شرط مذکور طرق متفاوتی را در بازپرداخت مهریه نشان دادند که این امر موجب شد گفتگو و تحلیل و بررسی‌هایی درباره ماهیت این شرط فراهم آید. گروهی وجود چنین شرطی را مطابق قواعد و اصول فقهی و قانونی ندانسته‌اند و گروهی نیز چنین شرطی را برای مهریه ضروری دانستند. یکی از چالش‌هایی که چنین شرطی با آن روبه‌رو است، ایجاد جهالت در زمان بازپرداخت مهریه می‌باشد که برخی از فقها و علمای حقوق چنین شرطی را به همین سبب مستلزم غرر می‌دانستند. ایشان معتقد بودند چنین شرطی برای مهریه طبق قاعده نفی غرر باطل است. حتی برخی مهرالمسمی تعیینی را به واسطه چنین شرطی غرری، مجهول و باطل می‌دانستند (آقای گرجستانی و روحانی مقدم، ۱۳۹۶، ۳۳۲).

اکنون آنچه هدف پژوهش ما در این بحث است مطالعه اعتبار این شرط در مهریه از جهت جهالت و غرر می‌باشد و نقشی که قاعده در اعتبار شرط فراهم می‌سازد. در تحلیل و بررسی این شرط دو دیدگاه وجود دارد:

- دیدگاه اول. چنین شرطی برای مهریه قرار دادن منجر می‌شود که مهریه موجد شود.
- دیدگاه دوم. شرط عندالاستطاعه را فقط نوعی مهلت‌دهی به زوج می‌دانند که برای بازپرداخت مهریه به زوجه فراهم می‌سازد.

۵-۱-۲-۱- استطاعه در معنای تعجیل مهریه

طبق این دیدگاه منظور از شرط عندالاستطاعه موجد کردن مهریه می‌باشد. پس مطالبه مهریه با تأخیر همراه می‌شود تا زمانی که زوج توانایی بازپرداخت مهریه را داشته باشد. چنین تفکری به دو صورت مورد بررسی قرار می‌گیرد:

- صورت اول. مهریه را با ثمن موجد می‌سجند که در این حالت شرط عندالاستطاعه مخالف لزوم تعیین مدت اجل می‌باشد.
- صورت دوم. این شرط را با مهریه موجد مقایسه می‌نمایند که آن را منافی با لزوم تعیین مدت اجل در محر.

۵-۲-۲-۱- شرط عندالاستطاعه در معنای مهلت‌دهی به زوج

در این دیدگاه معتقدند که اعطا کردن مهلتی عرفی برای باز پرداخت مهر به معنای تأکید دوباره برای قدرت بر ادای دین نیست. چون قدرت بر ادای دین یک شرط عامی است که این شرط برای هر مطالبه‌ای می‌باشد نه اینکه زوجه از حق مطالبه خود باید چشم‌پوشی کند و یا این حق از او اسقاط شود؛ یعنی زوجه قصد گرفتن مهریه را از زوج دارد.

در صورتی که زوج با پرداخت مهریه به تنگدستی نیافتد که در عرف وجود چنین شروطی متداول است. مانند زمانی که به علت اعتمادی که بین دو طرف وجود دارد، یک طرف به طرف مقابل می‌گوید: «هر زمانی توانایی مالی پیدا کردی این خود را وفا کن». پس در این حالت زوجه خود را در برابر زوج به صبر کردن و مهلت‌دهی تا زمانی که زوجش استطاعت مالی در پرداخت مهریه را پیدا نماید، متعهد می‌نماید؛ یعنی شرط عندالاستطاعه یک مهلت‌دهی تا زمان قدرت بر وفای دین به زوج می‌باشد که این امر نشان‌دهنده اعتماد و اطمینان زوجه به زوجش است.

نتیجه

۱- هر سه رویکرد فقهی، درباره‌ی جایگاه قاعده‌ی نفی غرر در نکاح دائم که قائل به معاوضه‌انگاری و یا مطلق‌انگاری و یا تحدیر قاعده بودند، ثمرآفرین و تأمل‌انگیز می‌باشند. در این سه رویکرد قائلین به تحدیر قاعده، دیدگاهشان درباره‌ی سندیت قاعده‌ی نفی غرر دارای استحکام و قدرت بیشتری نسبت به سایر رویکردها دارد. با این وجود نمی‌توان چشم‌پوشی از سیره‌ی عقلا و پیشینه‌ی فقهی مطلق قاعده نمود، در سیره‌ی عقلا نکاح همراه غرر را امری ناپسند اعلام کرده‌اند. اما اگر این قاعده را قاعده‌ای تعبدی بدانیم، دیگر سرایت حکم به سهولت انجام نمی‌شود.

۲- عمده‌ی تمرکز قاعده‌ی نفی غرر بر تبیین این مسئله صورت گرفته است که در برخی موارد معلوم بودن مهریه لازم می‌گردد، از این جهت است که لزوم تعیین مهریه دقیق‌تر باشد تا از غرر جلوگیری بشود.

۳- در قوانین و قانون مدنی از قاعده‌ی نفی غرر سخنی به میان نیامده است. درحالی که این قاعده نفی غرر تأثیر خود را بر احکامی که مربوط به نکاح می‌شود، گذاشته است. از آن جهت که قانون‌گذار قانون مدنی نظر خاصی بر دیدگاه مشهور فقها داشته است. این امر سبب شده که رویکرد قانون مدنی به دیدگاه قائلین به معاوضه‌انگاران نزدیک‌تر گردد. هرچند که دیدگاه‌های قائلین به تحدیر قاعده و مطلق‌انگاران نیز بر اندیشه‌ی علمای حقوق تأثیر بسیار داشته است. به ویژه مسائل نوظهوری مانند شرط عندالاستطاعه به‌خوبی این امر آشکار می‌شود.

۴- در عقد نکاح موقت با عقد دائم اختلاف زیادی در اثرپذیری از قاعده نفی غرر به چشم نمی‌خورد؛ همان‌گونه که باید به همان مقدار مهر دائم را توصیف و تعیین نماییم، در مهر نکاح منقطع نیز لازم و ضروری می‌باشد. نتیجه آنکه رکن بودن مهریه تأثیری در جایگاه قاعده نفی غرر در عقد نکاح ندارد. بدین صورت که مهر باید تعیین شود خواه هنگام وضع عقد و یا پس از عقد باشد.

پیشنهادهات

پیشنهادهات براساس تحقیقات و یافته‌های صورت گرفته به شرح ذیل می‌باشد:

۱- سزاوار است مفهوم شرط عندالاستطاعه و یا شروط دیگر از این قبیل در عقد نامه رسمی راه یابد و به‌وضوح تبیین شود تا احتمال هرگونه غرر و جهالت از حیطه آن دور شود تا به بطلان نکاح نیانجامد. بر این مبنا پیشنهاد می‌شود که نهادهای ذی‌ربط و ذی‌صلاح ماهیت چنین شروطی را کاملاً معلوم

نمایند تا با مشکل و ابطال آن شروط مواجه نشویم یا حداقل درباره چنین شروطی وحدت رویه صورت گیرد تا از صدور هرگونه آرای متضاد در محاکم گردد.

۲- به پژوهشگرانی که درباره قاعده نفی غرر و جایگاهش در دیگر نهادهای حقوقی و یا حتی در نکاح می‌خواهند تحقیق نمایند، توصیه می‌شود که این قاعده را با توجه و تمسک به هر دو قرائت خاص و عام موردبررسی قرار دهند و پژوهش خود را مختص به مقایسه نقش قاعده در عقد بیع با دیگر نهادهای حقوقی منحصر ننمایند. برای شناخت صحیح و مناسب جریان و جایگاه قاعده به‌جای قیاس به‌صورت مستقل و جداگانه جریان و جایگاه قاعده را در کلمات و سخنان بزرگان فقیه و عالمان حقوقی پیگیری نمایند.

منابع و مأخذ

- قرآن کریم
- آقایی‌بجستانی، مریم و روحانی‌مقدم، محمد (۱۳۹۶ ش). تأملی در مهریه غرری با رویکردی به شرط عندالاستطاعه. تحقیق‌های فقهی، دوره ۱۴، شماره ۲، ص ۳۳۱.
- اصفهانی، محمدبن‌حسن و فاضل‌هندی (۱۴۱۶ هـ.ق). کشف‌الشمام والأعبام عن قواعد الأحكام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه‌ی مدرسین حوزه‌ی علمیه‌ی قم.
- امامی، سیدحسن (۱۳۷۰ ش). حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامی.
- بجنوردی، سیدحسن (۱۴۱۹ هـ.ق). القواعد الفقهیه. قم: نشر الهادی.
- بحرانی، حسین‌بن‌محمد، آل‌عصفور (۱۴۰۵ هـ.ق). الحدائق الناضره فی أحكام العترة طاهره. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه‌ی مدرسین حوزه‌ی علمیه‌ی قم.
- بهجت‌فومنی‌گیلانی، محمدتقی (۱۴۲۶ هـ.ق). جامع‌المسائل. قم: دفتر معظم‌له.
- جعفرلنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶). ترمینولوژی حقوق. تهران: انتشارات ابن‌سینا.
- جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۶ ش). حقوق خانواده. تهران: کتابخانه‌ی گنج‌دانش.
- حلی، محمدبن‌حسن‌بن‌یوسف، فخرالمحققین (۱۳۸۷ هـ.ق). ایضاح القوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: مؤسسه‌ی اسماعیلیان.
- حلی، مقدادبن‌عبدالله‌سیوری (۱۴۰۴ هـ.ق). التنقیح الرائع لمختصر الشرائع. قم: انتشارات کتابخانه‌ی آیت‌ا... مرعشی نجفی.
- دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۲). لغت‌نامه. چاپ اول. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

- سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۴ هـ.ق). *نظام الطلاق فی الشریعه الاسلامیه العراق*. قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- شبیری زنجانی، سیدموسی (۱۴۱۹ هـ.ق). *کتاب نکاح*. مؤسسه‌ی پژوهشی رأی پرداز.
- شیخ طوسی، محمد بن حسن (۱۳۹۰ هـ.ق). *الاستبصار فیما اختلف فیہ من الأخبار*. (جلد سوم). دارالکتب الاسلامیه.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۹۲ ش). *مختصر حقوق خانواده*. تهران: نشر میزان.
- طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمد (۱۴۱۸ هـ.ق). *ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل*. (جلد ۱۲). قم: مؤسسه‌ی آل البیت «علیه السلام».
- طباطبایی حکیم، سیدمحسن (۱۴۱۶ هـ.ق). *مستمسک العروة الوثقی*. قم: مؤسسه‌ی دارالتفسیر.
- عاملی، زین الدین بن علی، شهید ثانی (۱۴۱۰ هـ.ق). *النخبه فی الحکم العملیه و الأحکام الشرعیه*. تهران: مرکز چاپ و نشر سازمان تبلیغات اسلامی.
- عاملی، زین الدین بن علی، شهید ثانی (۱۴۱۳ هـ.ق). *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرایع الإسلام*. (جلد ۴ و ۹). مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- عاملی کرکی، علی بن حسین، محقق ثانی (۱۴۰۹ هـ.ق). *رسائل المحقق الكرکی*. قم: أنوار الهدی.
- عاملی کرکی، علی بن حسین، محقق ثانی (۱۴۱۴ هـ.ق). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*. قم: مؤسسه‌ی آل البیت «علیه السلام».
- عبدالرحمن، محمود (بی تا). *معجم المصطلحات والالفاظ الفقهیّه*. (جلد سوم، الغرر). برگرفته از کتاب رایانه‌ای اهل فقه اهل البیت.
- عمید، حسن (۱۳۷۲). *فرهنگ لغت*. (چاپ نهم). تهران: انتشارات امیر کبیر.
- قمی، محمد بن علی، ابن بابویه (۱۳۷۸ هـ.ق). *عیون أخبار الرضا (ع)*. نشر جهان.
- قمی گیلانی، ابوالقاسم بن محمد حسن (۱۴۲۷ هـ.ق). *رسائل المیزان القمی*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸ ش). *حقوق خانواده*. تهران: شرکت سهامی انتشارات با همکاری برنا.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۰ ش). *بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن)*. تهران: مرکز.
- محمد بن مکی عاملی، شهید اول، (بی تا). *القواعد و الفوائد*. دو جلدی. (مصحح سیدعبدالهادی حکیم). قم: ایران.
- معین، محمد (۱۳۸۴). *لغت نامه معین*. تهران: انتشارات سرایش.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ هـ.ق). *کتاب نکاح*. قم: انتشارات مدرسه‌ی امام علی ابن ابی طالب (ع).

- نجفی، محمدحسن، صاحب‌جواهر (۱۴۰۴ هـ.ق). *جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام*. بیروت: داراحیاء اترات العربی.
- نجفی، محمدحسین بن علی بن محمد رضا، *کاشف‌الغطاء*، (۱۳۵۹ هـ.ق). تحریرالمجله. نجف اشرف: المکتبه المرتضویه.
- نراقی، مولی‌احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۵ هـ.ق). *مستندالشیعه فی احکام الشریعه*. قم: مؤسسه‌ی آل‌البیت «علیه‌السلام».

