
قاعده نفی غرر در نکاح در سخنان فقها و

حقوق ایران

تاریخ دریافت: ۹۸/۹/۲

تاریخ تأیید: ۹۹/۴/۱۸

زینب طلابکی طررقی

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم - zeinab.talabaki@gmail.com

سید مهدی دادمرزی

استادیار گروه حقوق دانشگاه قم - dadmarzism@yahoo.com

چکیده

درباره قاعده نفی غرر دو قرائت عام و خاص وجود دارد. از این جهت سه دیدگاه فقهی در مورد قلمرو قاعده نفی غرر شکل گرفته است: دیدگاه اول نفی غرر را مختص به بیع و اجاره می‌شناسد؛ دیدگاه دوم معاوضات را مشمول مفاد نفی غرر عنوان می‌کند؛ دیدگاه سوم اطلاق قاعده را پذیرفته است و نفی غرر را در تمامی عقود لازم میدانند. در نتیجه این اختلاف نظر این پرسش مطرح است که آیا غرر از عقد نکاح نهی شده است یا خیر؟ به ویژه که در ماهیت نکاح اختلاف نظر است که آیا احکام معاوضات در مورد نکاح نیز جریان دارد یا خیر؟ و آیا بین نکاح دائم و موقت از جهت احکام معاوضات و نفی غرر تفاوت هست یا خیر؟ در این مقاله سعی شده جایگاه قاعده نفی غرر در نکاح مشخص شود و با رجوع به مواد قانونی معلوم گردد رویکرد قانون گذار پذیرش کدام دیدگاه فقهی بوده است.

واژه‌های کلیدی:

قاعده نفی غرر، نکاح دائم، نکاح موقت، حقوق ایران.

بیان مسئله

قاعده نفی غرر از جمله قواعد شناخته شده در حوزه معاملات به ویژه عقد بیع و اجاره است که زیربنایی برای ایجاد روابط حقوقی بدون مخاطره به شمار می‌رود. مستند روایی آن دو قرائت عام و خاص دارد: در بعضی نسخه‌ها به صورت «نهی النبی ﷺ عن بیع الغرر» آمده و در برخی دیگر، این روایت به شکل «نهی النبی ﷺ عن الغرر» بیان شده است. قرائت اول قاعده را به عقد بیع محدود می‌کند و قرائت دوم - بنا به اطلاق حدیث - تمامی عقود را در بر می‌گیرد. در این میان شناخت جایگاه عقد نکاح نسبت به قاعده نفی غرر ضرورت دارد؛ به ویژه که بسیاری از کتاب‌های فقهی نکاح غرری را نهی می‌کنند و لزوم نفی غرر را مبنای برخی از احکام عقد نکاح اعلام می‌نمایند؛ در حالی که وجهه عبادی عقد نکاح، آن را از قراردادهای دیگر متمایز می‌کند. به همین سبب نیز حقوق قراردادهای آنها از آثار مالی نکاح سخن می‌گویند. البته حساسیت‌های آثار مالی نکاح نیز در گذر زمان فزونی یافته است. مسامحه‌ای که در آثار مالی نکاح نزد عرف صورت می‌گرفت، اکنون رنگ باخته و سختگیری عرف درباره این آثار بیشتر شده است. از این جهت باید مشخص شود که چه ارتباط و نسبتی بین قاعده نفی غرر و عقد نکاح وجود دارد؟ آیا قرائت عام قاعده برای عقد نکاح همان آثار را دارد که قرائت خاص قاعده بر عقد بیع دارد؟ قاعده نفی بیع غرری خریدار و فروشنده را موظف می‌کند درباره صفات مبیع آگاهی کافی کسب کنند و کیل و وزن مورد معامله را دقیق اندازه‌گیری کنند تا غرر به عرصه عقد بیع وارد نشود. حال آیا قرائت عام قاعده نفی غرر چنین وظایفی را برای دو طرف عقد نکاح لازم می‌داند؟ آیا نفی غرر در نکاح به معنای لزوم آگاهی یابی درباره تمامی جزئیات مهریه و آگاهی کامل به صفات و ویژگی‌های همسران است؟

مقاله پیش‌رو در صدد است با مراجعه به متون فقهی، گزارشی از جایگاه فقهی قاعده نفی غرر در نکاح را بیان کند، سپس تأثیر آن را در قانون و اندیشه حقوق‌دانان بررسی نماید. در این راستا نخست به متون فقهی مراجعه می‌گردد تا مشخص شود مطابق دیدگاه فقها، قاعده نفی غرر چه عقود را در بر می‌گیرد؟ و از نظر ایشان قاعده تنها شامل عقد بیع است یا صرفاً در معاوضات جریان دارد یا آنکه به نحو عام درباره همه عقود جاری است؟ بنابراین لازم است ماهیت عقد نکاح مشخص شود و اینکه آیا نکاح عقدی معاوضی قلمداد می‌شود یا خیر؟ پس از این دو مقدمه، جایگاه قاعده نفی غرر در نکاح دائم و سپس در

نکاح موقت بررسی می‌شود. دلیل تفکیک این دو نوع نکاح، تفاوت آثار آنها از یکدیگر است؛ زیرا این احتمال وجود دارد که نوع جریان قاعده نفی غرر با هر کدام از این دو قسم نکاح، ناهمبند و متمایز باشد و در پایان کوشش می‌شود با رجوع به متون قانونی و سخنان حقوق دانان، نقش قاعده نفی غرر در آثار حقوقی نکاح بیان شود.

۱. قلمرو قاعده نفی غرر

تنها عقدی که قاعده نفی غرر به طور مسلم بر آن حاکم است، عقد بیع است. علت آن نیز وجود روایت مشهور نبوی «نهی رسول الله ﷺ عن بیع الغرر» است؛ درحالی که لزوم نفی غرر در معاملات دیگر مورد بحث است. در میان سخنان فقها سه دیدگاه درباره قلمرو قاعده نفی غرر وجود دارد:

۱. انحصار قاعده به عقد بیع و اجاره؛
۲. انحصار قاعده به عقود معاوضه‌ای؛
۳. اطلاق عام قاعده.

بر اساس دیدگاه اول، قاعده نفی غرر فقط برای بیع غرری سندیت و حجیت دارد و موضوع روایات ناهی غرر، منحصر در عقد بیع است. البته این قاعده بر عقد اجاره نیز حاکم است؛ زیرا بر لزوم نفی اجاره غرری، حتی در میان اهل سنت نیز توافق جمعی وجود دارد. افزون بر اینکه از جانب امامان معصوم علیهم‌السلام ردعی بر لزوم نفی غرر در اجاره وجود ندارد؛ درحالی که هیچ دلیل محکمی برای حجیت قاعده به نحو اطلاق وجود ندارد؛ بنابراین از قاعده، جز برای بیع و اجاره نمی‌توان بهره برد (شیرازی زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۲، ص ۶۸۸).

در مقابل، دیدگاه دوم بر این نظر است که عقود همچون عقد بیع که معاوضه‌ای یا مغایه‌ای هستند، نباید به نحو غرری واقع شوند. همان‌گونه که صاحب حاشیه مکاسب اشاره می‌کند که فقط عقود مبتنی بر مغایه مانند اجاره و صلح در مقام بیع می‌توانند مشمول قاعده شوند. دلیل آن نیز اجماعی است که بر بطلان معاملات غرری دلالت دارد که قدر مسلم آن عقود معاوضه‌ای و مغایه‌ای است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۱۱۶). محقق کرکی نیز در جامع المقاصد ذیل مبحث «معلومات منفعت مورد اجاره»، نفی غرر در اجاره را لازم می‌داند؛ زیرا اجاره عقدی معاوضه‌ای است و بنیادی مخاطره‌آمیز و سودمحور دارد. براین اساس مشاهده یا ذکر وصفی که رفع جهالت از عین مستأجره کند، لازم است (محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۸۸). همچنین شهید ثانی در مسالک، عقد ضمان را به این علت که معاوضه نیست،

مشمول حکم قاعده نفی غرر نمی‌داند. (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۹۷). واضح تر از همه، نظر صاحب‌جوهر است که فقط بیع و مطلق معاوضات را به طور قطع برای قاعده ثابت می‌داند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۱۴۲). برخی نیز احتمال داده‌اند دلیل لزوم نفی غرر در معاوضات، سیره عقلی باشد؛ زیرا نزد عرف، عقود معاوضی به هدف نگهداری از اموال و ارزش آن و تغییر در نوع مال پدید آمده است. در این عقود، دو طرف در کسب سود بیشتر و ضرر کمتر می‌کوشند؛ بنابراین تفاوتی ندارد که این سوداندوزی در قالب چه عقدی ریخته شود؛ بلکه هدف نهایی کسب عوضی است که در تعهد طرف دیگر قرار دارد (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۴۱۵)؛ همان گونه که شهید اول نیز هنگام معرفی قاعده نفی غرر، نهی از غرر را در کلمات اصحاب، مختص به معاوضات محضه می‌داند. ایشان عقود را از نظر وصف معاوضی بدین شرح تقسیم می‌کند:

اول: تصرفاتی که هدف اصلیشان بهره‌مندی مالی و تحصیل عوض در ازای معوض است، مانند بیع، صلح و اجاره؛ بنابراین جهل به عوض و منفعت در آنها جایز نیست.
دوم: تصرفاتی که بر پایه احسان محض هستند و هیچ قصدی برای بهره‌مندی مالی و کسب سود در آنها وجود ندارد؛ مانند صدقه، هبه و ابرا که جهل در آنها هیچ ضرری ایجاد نمی‌کند.

سوم: تصرفاتی که اهدافی فراتر از معاوضات دارند؛ مانند نکاح که هدف اصلی آن الفت و مودت و ایجاد خانواده است. با وجود این شارع برای آن عوض در نظر گرفته است (شهید اول، ۱۴۰۰ق، ج ۲، ص ۶۱).

بنابراین از منظر شهید اول، غرر هنگامی پدید می‌آید که قصد طرفین کسب سود متقابل باشد؛ مثل بیع که هر یک از طرفین می‌خواهد با پرداخت کمترین هزینه، سود بیشتری به دست آورد؛ بنابراین اگر مشتری از جنس یا وزن کالا آگاهی کامل نداشته باشد، گرفتار غرر در معامله خواهد شد؛ بر خلاف صدقه و هبه که واهب به دنبال سودآوری مالی نیست؛ بنابراین جهل او به ارزش مال، غرری را به دنبال نخواهد داشت.

این در حالی است که مطابق دیدگاه سوم، شرط ایجاد هر عقدی، خالی بودن آن از غرر است و این امر فقط مختص عقود معاوضی یا بیع نیست. مطابق این دیدگاه به دو دلیل قاعده نفی غرر ناظر بر تمامی عقود است: یکی به دلیل الغای خصوصیت از بیع در روایت «نهی النبی ﷺ عن بیع الغرر» که بر این اساس تمام قراردادها مشمول احکام قاعده می‌شوند

(مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص ۱۲۰) و دیگری اطلاق موجود در «نهی النبی ﷺ عن الغرر» که طبق آن، تمامی اعمال حقوقی تحت پوشش قاعده نفی غرر هستند (همان، ج ۶، ص ۲۹). همچنین در این دیدگاه، اشکالی بر سند «نهی النبی ﷺ عن الغرر» وجود ندارد. این روایت هم در منابع عامه و هم در کتاب‌های فقهی امامیه وارد شده است و فقیهانی مانند شیخ طوسی، ابن‌ادریس حلی، علامه حلی و صاحب‌غنیه بر اساس آن فتوا داده‌اند. از این رو برخی برای سندیت آن به شهرت روایت نزد مسلمانان استناد می‌کنند (همان). اگرچه حجیت و اعتبار دلایل این دیدگاه در خور تأمل و بررسی است.

به هر صورت اکنون که اقوال فقها در قلمرو جریان قاعده نفی غرر بیان شد، باید به این پرسش پاسخ داد که در میان مواد قانونی و سخنان حقوق‌دانان چه موضع‌گیری‌هایی درباره قلمرو قاعده نفی غرر وجود دارد؟

قانون‌گذار برای عقد غرری تعریفی بیان نکرده است؛ ولی نتایج و آثار آن در میان متن‌های قانونی به ویژه قانون مدنی مشهود است؛ آن‌چنان‌که هنگام بیان احکام کلی معاملات در ماده ۱۹۰ قانون مدنی،^۱ یکی از شرایط صحت معاملات را معین بودن موضوع مورد معامله بر می‌شمرد که یکی از آثار اصلی قاعده نفی غرر قلنداد می‌شود. برخی علت درج این مفاد را پیروی نویسندگان قانون مدنی از قول مشهور فقهای اسلام بیان می‌کنند که به عقیده مشهور فقها، تردید در مورد معامله موجب غرر است؛ از این رو چنین معامله‌ای باطل است (امامی، ۱۳۷۰، ج ۴، ص ۳۸۱).

همچنین ماده ۲۱۶ قانون مدنی درباره لزوم علم به مورد معامله نیز متأثر از قاعده نفی غرر است. این ماده آن‌چنان راه را بر غرر و خطر کردن در معاملات بسته است که اصل را بر علم تفصیلی می‌گذارد و علم اجمالی را فقط در مواردی کافی می‌داند که در قانون تصریح شده باشد. این ماده بیان می‌دارد: «مورد معامله باید مبهم نباشد؛ مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است». قریب به اتفاق نویسندگان قانون مدنی که از فقهای نامی عصر خود بوده‌اند، بر این‌دشان از مجموعه اقوال فقهی و روایات، این بوده که غرر نباید به معاملات راه یابد و تنها در برخی قراردادهای خاص، علم اجمالی کفایت

۱. ماده ۱۹۰: برای صحت هر معامله، شرایط ذیل اساسی است: ۱. قصد طرفین و رضای آنها؛ ۲. اهلیت طرفین؛ ۳. موضوع معین که مورد معامله باشد؛ ۴. مشروعیت جهت معامله.

می‌کند؛ به ویژه که شیوه نویسنده‌گان قانون مدنی این است که از موارد اختلافی و نامسلم سخن به میان نیاورند. همین مطلب اماره‌ای بر جایگاه والای نفی غرر نزد قانون‌گذار قانون مدنی است.

سرانجام آنکه قاعده نفی غرر و آثار آن به اعماق قانون مدنی رخنه کرده و مفاد مواد قانونی را نه تنها در کلیات، بلکه در مواد اختصاصی نیز تحت تأثیر قرار داده است؛ همچنان که نقش قاعده نفی غرر در مواردی چون اطمینان نداشتن به اصل وجود عوض، اطمینان نداشتن به امکان تسلیم مورد معامله و علم نداشتن به مقدار، جنس و وصف عوض نمایان است.

۲. بررسی ماهیت معاوضی نکاح

همچنان که بیان شد، به نظر برخی فقها قاعده نفی غرر صرفاً در عقود معاوضی جریان دارد؛ بنابراین باید بررسی کرد که ماهیت نکاح از جهت وصف معاوضه چگونه است؟ در متون فقهی درباره ماهیت معاوضی نکاح سه قول دیده می‌شود:

قول اول: در سخنان گروهی از فقها، نکاح عقدی معاوضی بیان شده است؛ از جمله ایشان محقق حلی است که عقد نکاح را عقدی معاوضی می‌داند. ایشان این مسئله را ضمن این حکم بیان کرده که اگر زوجی به واسطه حلال نبودن مال مورد مهریه، نتواند آن را به زوجه تسلیم کند، ضامن پرداخت عوض (همان مهریه) می‌شود (محقق حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۳۳۳). همچنین مقداد حلی نفقه زوجه را بر نفقه خویشاوندان مقدم دانسته است؛ چون نفقه جزئی از عوض عقد نکاح است و خود عقد نکاح نیز عقدی معاوضی قلمداد می‌شود. افزون بر اینکه مهریه از حقوق واجب شمرده می‌شود؛ خواه زوجه توانگر باشد یا مستمند (حلی، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص ۲۸۲). محقق کرکی نیز در موارد بسیاری به معاوضی بودن عقد نکاح تصریح کرده است. ایشان عقد اهل ذمه، مسلمان و کافر را به سبب اینکه نکاح معاوضه است، در حقوق زوجیت برابر می‌بیند (محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص ۳۹۲). ایشان در حکمی دیگر این حق را به زوجه داده که به ولی خود برای ایجاد زوجیت بدون مهرالمثل اعتراض کند؛ زیرا نکاح معاوضه است (همان، ص ۱۴۷). همچنین علامه حلی در ذیل استحباب عقد نکاح، آشکارا به معاوضی بودن عقد نکاح اشاره می‌کند: «النکاح عقد معاوضه فاشبهه بالبیع (علامه حلی، ۱۳۸۸ق، ص ۵۶۵): نکاح عقدی معاوضی است؛ پس به بیع شباهت دارد». صاحب ریاض نیز در مسئله حق حبس زوجه، این پرسش را که چرا زوجه

پس از تمکین، امکان استفاده از حق حبس را ندارد، چنین پاسخ می‌دهد: «ولأنّ النکاح معاوضه و متی سلّم أحد المتعاضین العوض الذی من قبله باختیاره لم یکن له بعد ذلك حبسه لیتسلّم العوض الآخر (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۲، ص ۷۵): و چون عقد نکاح معاوضه است، زمانی که یک طرف با اختیار خود عوضش را تسلیم کند، پس از آن [تسلیم]، حبس برایش نیست تا عوض دیگر تسلیم شود».

افزون بر بیانات پیش، صاحب کتاب ارزشمند *جوهر*، شرط نبودن مهریه در هنگام عقد را مانعی برای معاوضی بودن عقد نکاح نمی‌داند و خاطر نشان می‌کند: «ومنه یعلم کون النکاح معاوضه فی الواقع و إن خلا عقده عن ذکر العوض، فجری علیه حیثئذ حکمها من المطالبه بتعیین العوض، و حبس المعوض حتی تسلّم العوض، و غیر ذلك من أحكامها (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۶۲): و از آن دانسته می‌شود که عقد نکاح در واقع معاوضه است؛ هر چند عقدش خالی از عوض باشد. پس در این هنگام، حکم معاوضه از مطالبه با تعیین عوض جاری می‌شود و معوض حبس می‌شود تا عوض تسلیم شود و نیز احکام دیگر معاوضات جاری می‌شود». در حقیقت ایشان معتقد است ذکر مهریه تنها یکی از صفات معاوضات است و بی‌گمان شرط نبودن آن به معنای معاوضه نبودن نیست؛ به ویژه که صفات دیگری همچون امکان مطالبه عوض و حق بر حبس عوض در عقد نکاح وجود دارد.

قول دوم: در مقابل، شماری از فقها معاوضه دانستن نکاح را ناصواب دانسته‌اند؛ آن چنان که سید محسن حکیم در کتاب *شریف مستمسک العروه* عقد نکاح را از قبیل معاوضات نمی‌شناسد: «لکن عرفت أن باب النکاح لیس من قبیل المعاوضات، والمهر المذکور فی العقد لم یلاحظ فیه عوضیه (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴، ص ۳۰۰): اما دانستیم که باب نکاح از قبیل معاوضات نیست و مهریه‌ای که در عقد نکاح ذکر شده، در آن، عوضی ملاحظه نمی‌شود». ملا احمد نراقی نیز در باب شرط نبودن تزویج مولی علیه با مهرالمثل، نکاح را در واقع معاوضه نمی‌داند و برای مهریه نکاح دائم، شرطیتی قائل نیست؛ زیرا مقصود اصلی در نکاح، بقای نسل است (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۶، ص ۱۶۹). آیت الله بجنوردی در کتاب *القواعد الفقہیه* در این باره اظهار داشته است که نکاح از معاوضات به شمار نمی‌رود. از نظر ایشان نکاح معاوضه زوجیت و مهریه نیست و نمی‌توان تصور کرد که تعهد زوج مبنی بر پرداخت مهریه، در برابر زوجیت یا بضع قرار گیرد. همان گونه که نمی‌توان گفت همسران مهریه و زوجیت را با هم مبادله کرده‌اند (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴،

ص ۳۸۷). البته ممکن است گفته شود برداشت های فقیهان درباره حقیقت نکاح بیش از آنکه مستند به شریعت باشد، ناظر بر فرهنگ و تاریخ عصر خود بوده است؛ اگرچه این امر سبب نمی شود کلام و عبارت فقها بدین دلیل نادیده گرفته شود.

قول سوم: در این میان بسیاری از فقها نکاح را معاوضه غیر محضه دانسته اند؛ چنان که صاحب *حالات* در هنگام پرداختن به مسئله حق اعتراض زوجه مبنی بر ازدواجی که ولی او بدون مهریه - در زمان صغیر بودن او - ایجاد کرده است، به این نکته اشاره می کند که نکاح معاوضه محض نیست؛ دلیل آن این است که بضع جزو دسته اموال قلمداد نمی شود (بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵ق، ج ۲۳، ص ۲۵۳). فخرالمحققین نیز نکاح را - از آنجا که هدف اصلی آن ایجاد نسل و دوری از شهوات است و مهریه در آن هدفی فرعی شمرده می شود - معاوضه غیر محضه می داند (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷ق، ج ۳، ص ۲۷)؛ در حالی که هدف معاوضات مبتنی بر اکتساب و خطر است (محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۲۰). همچنین صاحب *حالات* در بیان دلیل برای این سخن خود که نکاح معاوضه محضه نیست، به غرض اصلی انعقاد عقد نکاح تمسک می کند که اهدافی چون ادامه نسل و محفوظ ماندن از گناه را شامل است. آن گونه که عوض هدف عقود معاوضه ای است، در نکاح برای مهریه چنین قصد و غرضی نیست (بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵ق، ج ۲۳، ص ۲۵۳). فاضل هندی نیز به این سبب که مقصود اصلی در نکاح، احسان و فرزندآوری است، نکاح را در زمره معاوضات محضه نمی داند (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۷، ص ۱۰۱). البته احتمال شبهه معاوضه بودن نکاح موقت با قوت بیشتری در کلام مشهور فقها مشاهده می شود؛ آن چنان که شهید ثانی به تفاوت نکاح متعه با عقد نکاح دائم در باب شرط بودن مهریه توجه دارد. از نگاه او افزون بر تفاوت هایی که این دو نوع نکاح از نظر اهداف و اغراض دارند، در مقایسه عنصر معاوضه نیز نکاح متعه از عقد نکاح دائم به معاوضات شبیه تر است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص ۴۳۹). مؤید این نکته روایاتی است که در آن تعبیری چون «فإنهن مستأجرات» (طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۳، ص ۱۴۷ حدیث ۵۳۸)، «وإنما هی مستأجرة» (همان، حدیث ۵۳۹)، «لا یكون متعة إلا بأمرین بأجل مسمی وأجر مسمی (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص ۴۲): نکاح متعه محقق نمی شود؛ مگر به دو امر: به اجل مشخص شده و اجرت مشخص شده» و «مهر معلوم إلى أجل معلوم (همان، ص ۴۳): مهریه معلوم تا اجل معلوم» وجود دارد. تمامی این روایت ها بر مشابهت بسیار نکاح متعه به

معاوضات دلالت دارند (محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۱۹)؛ آن چنان که بعضی معتقدند نکاح متعه رایحه ای از عقد اجاره گرفته است (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۶۶). دلیل این امر آن است که نکاح دائم پیمانی معنوی - حقوقی با هدف تشکیل خانواده است که قرآن آن را «میثاق غلیظ» معرفی می کند (دادمرزی و محقق داماد، ۱۳۹۱، ص ۹۴)؛ درحالی که چنین تعابیری با گذرا بودن عقد موقت سازگاری ندارد؛ به ویژه که غالب مصادیق خارجی عقد موقت، چند ساعت بیشتر دوام ندارند و درواقع بسیاری از روایات درباره مدح ازدواج و توصیه به آن، از عقد نکاح موقت منصرف است؛ بلکه به نظر می رسد نکاح دائم با موقت در اصل زوجیت معنایی یکسان ندارد و علقه زوجیت در نکاح دائم در مرتبه بالاتری از نکاح موقت قرار دارد (دادمرزی، ۱۳۹۳، ص ۱۱۰). از این جهت عجیب نیست که مشهور فقها نکاح موقت را در قرابت بیشتری با عقود معاوضی دیده اند. از همین رو لازم است جایگاه قاعده نفی غرر به طور جداگانه در نکاح دائم و موقت بررسی شود. در مجموع از کلمات و عبارات فقها مشخص می شود که عقد نکاح یک معاوضه محضه مانند بیع نیست؛ ولیکن خالی دانستن نکاح از عنصر معاوضه (به ویژه نکاح موقت) نیز به انصاف نزدیک نخواهد بود. بنابراین اگر نتوان از این گونه عبارت های فقها به حقیقت نکاح نزد شرع رسید، دست کم مشخص می شود که در عرف و فرهنگ جامعه، نکاح به معاوضات شبیه است؛ از همین جهت نیز - همچنان که بیان خواهد شد - بسیاری از فقها دفع معظم غرر را در نکاح لازم دانسته اند.

۳. جایگاه قاعده نفی غرر در نکاح دائم

چنانکه بیان شد، در مورد قلمرو قاعده نفی غرر سه دیدگاه وجود دارد: بر اساس دیدگاه اول، از قاعده نفی غرر فقط قرائت خاص آن (در عقد بیع و اجاره) پذیرفته شده است؛ بنابراین قاعده نفی غرر در عقد نکاح دائم جاری نیست. از منظر آیت الله شبیری زنجانی، سندیت قاعده نفی غرر به نحو اطلاق پذیرفته نیست و «نهی نبی ﷺ عن الغرر» به عنوان ادله روایی مطلق قاعده پذیرفته نمی شود. البته ایشان مصطفاد یا مضمونه بودن قاعده را مشخص نکرده؛ ولی در هر صورت، مطابق فرمایش ایشان «نهی نبی ﷺ عن الغرر» سند معتبری ندارد و نمی تواند دلیلی برای اطلاق قاعده قلمداد شود. ایشان فقط روایتی را معتبر می داند که به صراحت از غرر سخن گفته است که آن روایتی منقول از حضرت ثامن الائمه امام رضا علیه السلام است: «نهی رسول الله ﷺ عن بیع المضطر وعن بیع الغرر» (ابن بابویه، ۱۳۷۸،

ج ۲، ص ۴۶): پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله از عقد بیع مضطر و از عقد بیع غرری نهی فرمود.^۱ این روایت به سه طریق مختلف از اشخاص گوناگون در عیون اخبار الرضا علیه السلام نقل شده است. اگر راجع به یک موضوع، سه نفر مختلف به یک نحو نقل حدیث کنند، این اطمینان حاصل می‌شود که روایت از معصوم صادر شده است؛ بنابراین می‌توان حجیت چنین حدیثی را پذیرفت و آنچه را که بر آن دلالت دارد، معتبر دانست. حدیث حاضر نیز - به سبب آنکه از سه طریق و به یک نحو نقل شده است - معتبر است و چون بر نهی از عقد بیع غرری دلالت دارد، تنها همین میزان قلمرو را برای قاعده ایجاب می‌کند (شیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۲، ص ۶۸۷۹).

دلیل دیگری نیز برای اثبات اطلاق قلمرو قاعده ارائه شده و آن روایات منع از فروش ماهی در نزار است. مطابق عموم تعلیلی که در عبارت «فانه من الغرر» وجود دارد، نهی از غرر را می‌توان به معاملات غیر از بیع سرایت داد. با وجود این آیت الله شیری زنجانی تمسک به عموم تعلیل را برای مطلق عقود فاقد اعتبار می‌داند؛ زیرا در دلالت مرجع ضمیر، ابهام وجود دارد (همان، ص ۶۸۸۰).

حتی اگر پذیرفته شود که قاعده نفی غرر معاوضات را نیز در بر می‌گیرد، همچنان نمی‌توان نکاح را مشمول حکم نفی غرر دانست؛ زیرا ماهیت نکاح با معاوضات دیگر متفاوت است. استفاده از عموم تعلیلی که در برخی روایات مانند «روایت بیع سمک»^۱ وجود دارد نیز فایده‌ای ندارد؛ چرا که نمی‌توان مرجع ضمیر را با اطمینان به مبیع ارجاع داد تا بدین وسیله اثبات شود که به واسطه عموم تعلیل، قاعده نفی غرر معاوضات دیگر را شامل می‌شود (همان، ص ۶۸۷۹-۶۸۸۰).

۱. «وَعَنْ عَلِيٍّ عليه السلام أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ بَيْعِ السَّمَكِ فِي الْأَجَامِ وَاللَّبَنِ فِي الضَّرْوَعِ وَالصُّوفِ عَلَى ظَهْرِ الْغَنَمِ قَالَ هَذَا كُلُّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ غَيْرُ مَعْرُوفٍ يَقِلُّ وَيَكْتَرُ وَهُوَ غَرَرٌ (تمیمی آمدی، ۱۳۸۵ق، ج ۲، ص ۲۳، حدیث ۴۲): و از علی علیه السلام در مورد عقد بیع ماهی در آبگیر و شیر ندوشیده و پشم چیده نشده در گوسفندان پرسیده شد. حضرت فرمود هیچ یک از اینها جایز نیست؛ به دلیل مجهول بودن و شناخته نشدن که کمتر یا بیشتر شود و این غرر است».

آیت‌الله فاضل لنکرانی نیز بر این نظر است که دلیلی برای جریان قاعده نفی غرر در غیر عقد بیع یا دست کم در غیر عقود معاوضی وجود ندارد (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۰۳ق، ص ۷۴) و حتی اگر بپذیریم که قاعده نفی غرر در عقود معاوضی جریان دارد، نکاح عقدی معاوضی نیست که مشمول قاعده نفی غرر شود (همان، ص ۴۲۳).

طبق دیدگاه دوم، قاعده نفی غرر به عقود معاوضی اختصاص دارد؛ بنابراین در صورتی می‌توان نکاح دائم را مشمول قاعده نفی غرر دانست که عقد نکاح دائم عقدی معاوضی قلمداد شود. بر این اساس افزون بر فقهایی که عقد نکاح را عقدی معاوضه یا شبه‌معاوضه دانسته‌اند، آن دسته از فقهایی که نکاح را معاوضه غیر صرفه می‌دانند، در نهایت به جهت وجود پاره‌ای مشابهات میان نکاح با معاوضات، نفی غرر را در نکاح دائم لازم می‌دانند. هر چند تمامی ایشان لزوم نفی غرر را در عقد نکاح دائم همچون لزوم آن در عقد بیع ندانسته‌اند. آن چنان که محقق ثانی افزون بر پذیرش سرایت احکام قاعده نفی غرر به عقد نکاح دائم، صرف مشاهده مهریه را برای نفی غرر در عقد نکاح کافی می‌داند؛ زیرا عقد نکاح معاوضه‌ای واقعی نیست (محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۲۰). شهید ثانی نیز مانند محقق بر این نظر است که معظم غرر با مشاهده مهریه رفع می‌شود و مابقی چشم پوشی می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص ۳۴۵).

بر همین اساس فاضل هندی نیز در مواردی که مهریه عین معین نیست و نیازمند توصیف است، ذکر وصف را به همین میزان که رافع جهالت موجب غرر باشد، کافی می‌داند (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۷، ص ۲۷۶). ایشان دلیل این امر را در وجه دوگانه عقد نکاح می‌داند که بر خلاف معاوضات دیگر می‌تواند جهالت را برتابد؛ چرا که مهریه رکنی از عقد نکاح نیست (فیض کاشانی، بی تا، ج ۲، ص ۲۷۲).

بر این نظر برخی ادعای قطع اصحاب کرده‌اند. ایشان شاهد مثالی از سیره رسول خدا ﷺ در این باره نقل می‌کنند که پیامبر اکرم ﷺ از دواج با مهریه قرائت میزانی از قرآن را اجازه فرموده است؛ در حالی که میزان آن معلوم نبوده یا در روایت دیگر، رسول خدا ﷺ هر یک زن را مثنی گندم قرار داده است (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۲، ص ۱۰).

اما دیدگاه سوم با مطلق دانستن قاعده نفی غرر، مفاد آن را در تمامی عقود (اعم از عقد و ایقاع) جاری می‌داند. دلیل این اطلاق نیز روایت «نهی رسول الله ﷺ عن الغرر» و الغای خصوصیت از «نهی رسول الله ﷺ عن بیع الغرر» و همچنین اجماع و شهرت موجود در میان فقهاست که

قلمرو قاعده را به نحو عام اثبات می‌کند. از این جهت عقد نکاح نیز شامل مفاد قاعده نفی غرر است. همان‌گونه که آیت‌الله مکارم شیرازی در بحث لزوم تعیین و توصیف زوج و زوجه بیان می‌کند: «روایت "نهی النبی ﷺ عن بیع الغرر" اگرچه روایت مربوط به بیع است؛ ولی ما الغای خصوصیت می‌کنیم. چون بیع خصوصیتی ندارد و تمام قراردادها این‌گونه هستند» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص ۱۲۰). ایشان در بحث تعیین مهریه نیز می‌نویسد: «آیا این حدیث به صورت "نهی النبی ﷺ عن بیع الغرر" است یا به صورت «نهی النبی ﷺ عن الغرر»؟ اگر "عن بیع الغرر" باشد - کما اینکه در روایات متعددی آمده است - نمی‌توان از آن در باب نکاح استفاده کرد؛ مگر اینکه کسی الغای خصوصیت کند که کار آسانی نیست؛ چون نکاح از معاوضات نیست. اما روایتی داریم که "نهی النبی ﷺ عن الغرر". مرحوم شیخ در مکاسب در بحث معلومیت ثمن می‌فرماید: "والأصل فی ذلك (معلومیت ثمن) حدیث نفی الغرر المشهور بین المسلمین". این روایت در کتب فقهی ما موجود است و در کتب عامه هم آمده است. حال اگر حدیث در رابطه با نفی بیع غرری باشد، به درد مانحن فیه نمی‌خورد و اگر نفی غرر مطلق باشد، به درد بحث ما می‌خورد؛ چون غرر به معنای جهل موجب فریب، خدعه و نیرنگ است» (همان، ج ۶، ص ۲۹).

با توجه به آنچه از متون فقهی بیان شد، اکنون این پرسش مطرح است که قانون مدنی کدام رویکرد را درباره نقش قاعده نفی غرر در نکاح پذیرفته است و تفاسیر حقوقی به کدام دیدگاه نزدیک‌تر است؟

مواد بسیاری از قانون مدنی به صراحت از لزوم تعیین و رفع جهالت در عقد نکاح دائم سخن گفته است. ماده ۱۰۶۹^۱ معین بودن مدت شرط خیار مهریه را لازم می‌داند، ماده ۱۰۷۹^۲ رفع جهالت مهریه را شرط صحت عقد نکاح می‌داند، ماده ۱۱۰۰^۳ مهریه مجهول را

۱. ماده ۱۰۶۹: شرط خیار فسخ نسبت 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 ذکر نشده باشد.

۲. ماده ۱۰۷۹: مهر باید بین طرفین تا حدی که رفع جهالت آنها بشود، معلوم باشد.

۳. ماده 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.

باطل می‌کند، همچنین ماده ۱۰۶۷^۱ همسران را به شناخت یکدیگر مکلف می‌کند. از تمامی این مواد به روشنی دریافت می‌شود که عقد نکاح عقد دقیقی است که عناصر و ارکان آن باید شناخته و تعیین شوند؛ متنها قانون مبنای این احکام را تصریح نمی‌کند. از این نظر مشخص نیست که تا چه اندازه قاعده نفی غرر در شکل‌گیری این احکام نقش دارد. با وجود این و با توجه به اینکه قانون مدنی از فقه امامیه به ویژه نظرات مشهور گرفته شده است و مشهور فقها نیز از قاعده نفی غرر برای اتخاذ چنین احکامی بهره برده‌اند، می‌توان نقش و تأثیر غیرمستقیمی برای قاعده در این دسته از احکام قانون مدنی قائل شد. از این جهت مثلاً هنگامی که در فقه هیچ‌گونه غرر و خطر کردن در بیع جایز نیست، در قانون نیز علم تفصیلی به مبیع لازم می‌شود؛ ولی وقتی مطابق دیدگاه مشهور فقها غرر در نکاح - جز در مواردی که معظم است - چشم‌پوشی می‌شود، سختگیری قانون‌گذار در لزوم رفع غرر در نکاح نیز کم‌رنگ می‌شود. در این میان با رجوع به آثار و تألیفاتی که مفسران و استادان مسلم حقوق مدنی در این زمینه دارند، تا حدی می‌توان مشخص کرد که از میان سه رویکرد جریان قاعده نفی غرر در عقد نکاح دائم، کدام رویکرد با اقبال بیشتری روبه‌روست و در آرا و اندیشه‌های حقوق‌دانان تأثیر گذاشته است؟

دکتر امامی در باب لزوم تعیین مهریه می‌نویسد: «ماده ۱۹۰ قانون مدنی معین بودن مورد معامله را یکی از شرایط اساسی صحت معامله دانسته است و شرط مذکور در ماده بالا از نظر تنقیح مناط در تمامی عقود - اگرچه از معاملات حقیقی نباشد - رعایت خواهد شد. به علاوه مهر تا آنجایی که منافات با جنبه عمومی نکاح نداشته باشد، تابع احکام معاملات می‌باشد. قانون مدنی ایران به پیروی از قول مشهور فقها، مردد بودن مورد معامله را موجب غرر دانسته و چنین معامله‌ای را باطل می‌داند؛ بنابراین نمی‌توان یکی از دو - بنا یا باغ - را به طور تردید - ولو اینکه من جمیع الجهات یکسان باشند - مهر قرار داد» (امامی، ۱۳۷۰، ج ۴، ص ۳۸۱). مطابق این سخن ایشان رفع تردید موجب غرر در تمامی عقود لازم است. با وجود این هنگامی که به مبحث لزوم معلوم بودن مهریه می‌رسد، بیشتر به رویکرد دوم نزدیک می‌شود که ماده ۱۰۷۹ قانون مدنی می‌گوید «مهر باید بین طرفین تا حدی که رفع

۱. ماده ۱۰۶۷: تعیین زن و شوهر به نحوی که برای هیچ‌یک از طرفین در شخص طرف دیگر شبهه نباشد، شرط صحت نکاح است.

جهالت بشود، معلوم باشد». معلوم بودن مورد که یکی از شرایط صحت عقد است، این است که ماده ۲۱۶ قانون مدنی^۱ می‌گوید مورد معامله باید مبهم نباشد؛ مگر در موارد خاص که علم اجمالی به آن کافی است. ماده اگرچه راجع به معامله است، حکم مزبور از نظر وحدت ملاک در تمامی عقود - خواه از معاملات باشد یا نباشد - جاری می‌شود. افزون بر آنکه مهریه تابع احکام معاملات است. معلوم بودن مهریه به معلوم بودن مقدار و جنس و وصف است. معلوم شدن مهریه برای طرفین گاه به وسیله مشاهده است و آن درباره اعیانی است که در خارج موجودند و با مشاهده می‌توان جهالت را از آن رفع کرد؛ مانند باغ، خانه و جواهر. گاهی نیز مشاهده به تنهایی برای این امر کافی نیست؛ بلکه تعیین مقدار آن به وزن یا کیل یا عدد یا ذرع یا مساحت لازم می‌باشد؛ چنانکه در گندم، آهن، زمین، پارچه و مانند آنها چنین است.

ایشان در موارد دیگر نیز اشاره می‌کند که عقد نکاح از منظر مشهور فقها، عقدی با احکام معاوضی (همان، صص ۳۷۸-۳۸۸ و ۳۹۴ و ۴۱۳). و تابع مقررات عقود معاوضی است (همان، ص ۴۲۵). البته این دیدگاه ایشان بدان معنا نیست که نکاح همچون بیع، ثمن و مثنی در تقدیر دارد؛ بلکه به دلیل شباهت‌هایی که میان نکاح و معاوضات وجود دارد، بر این باور است که پیروی نکاح از احکام معاوضات به صلاح نزدیک‌تر است؛ بدین سبب نیز ایشان برای حل مسائل از دیدگاه مشهور پیروی می‌کند؛ چنان که در پاسخ به این پرسش که آیا قرار دادن یک مهریه برای دو همسر کفایت می‌کند یا خیر، نظر نهایی خود را چنین بیان می‌کند: «به نظر می‌رسد که بتوان از ماده ۱۰۷۹ قانون مدنی که می‌گوید مهر باید بین طرفین تا حدی که رفع جهالت آنها بشود، معلوم باشد، صحت مهر و عقد را در مورد بالا استنباط کرد» (همان، ص ۳۸۳) و در ادامه در بیان اینکه هر کدام از دو زوجه چه مقدار سهم‌اند، اعلام می‌دارد: «به نظر می‌رسد که هر یک از زن‌ها به نسبت مهرالمثل خود از مهرالمسمی سهم خواهد بود؛ زیرا نکاح اگرچه از اقسام معاوضه به شمار نمی‌رود، در حکم آن است و مهر نقش عوض را در آن بازی می‌نماید» (همان). از این کلام ایشان مشخص می‌شود که از یک طرف آگاهی صددرصد به مهریه لازم نیست؛ چون نکاح از اقسام معاوضات به شمار نمی‌رود؛ ولی از سوی دیگر جهالت کامل به مهریه نیز جایز

۱. ماده ۲۱۶: مورد معامله باید مبهم نباشد؛ مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.

نیست؛ چون نکاح در این باره تابع احکام معاوضات است. بنابراین در مسئله مهریه دو زوجه صرف اینکه جمع دو مهریه برای مثال صد سکه می شود، کفایت می کند؛ ولی اینکه سهم هر کدام دقیق مشخص نیست، به صحت مهریه ضرر نمی رساند و بسته به مهرالمثل همسران، سهم هر کدام از مهرالمسمی مشخص می شود.

دکتر محقق داماد از آن جهت که مهریه در مقابل بضع قرار ندارد، نکاح را معاوضه عادی نمی شناسد (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۲۲۷)؛ بنابراین برای نکاح ماهیتی شبه معاوضی در نظر دارد. ایشان همین امر را در تفسیر ماده ۱۰۷۹ وارد می کند و تعیین دقیق مهریه بر اساس وزن، کیل و مساحت را لازم نمی داند (همان، ص ۲۲۵). همچنین ایشان همچون بسیاری از معاوضه انگاران، صرف مشاهده مهریه را کافی می داند؛ چرا که از نظر ایشان غرر در نکاح با رفع جهالت مطلق نفی می شود (همان).

دکتر لنگرودی ماهیت نکاح را عقدی مسامحه ای از جهت مهریه و شخصیت همسران می شناسد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص ۱۰۲). ایشان عقد نکاح را عقد معوض معمولی نمی داند که بتوان معیارهای عقود معوض را بعینه در عقد نکاح به کار برد (همان، ص ۱۵۶)؛ باین حال از مقررات ماده ۱۰۸۵ تا ۱۰۹۵ استنباط می کند که معاوضه عنصر عقد نکاح است؛ هر چند معاوضه خالص نیست (همان، ص ۱۰۱).

دکتر کاتوزیان نیز نکاح را از عقود معاوضی نمی شناسد و الزام مربوط به تملیک مهریه را ناشی از حکم قانون می داند. براین اساس نوعی الزام قانونی بر مرد تحمیل می شود و همسران تنها می توانند بر مقدار آن تراضی کنند؛ لذا نباید مشابَهت الزامات زن و شوهر به تعهدات متقابل عقود معوض سبب شود که قواعد معاملات دیگر بر تنظیم این رابطه حکم فرما شود (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۱۳۸-۱۳۹). باین حال ایشان در باب مهریه بر این نظر است که توافق بر مهریه قرارداد دیگری در کنار عقد نکاح است که تابع قواعد عمومی معاملات دیگر است؛ از این رو قدرت بر تسلیم و کسب علم اجمالی در باب مهریه لازم است (همان، ص ۱۳۹-۱۴۰).

مطابق نظر ایشان توافق بر مهریه عقدی تبعی است که احکام معاملات را نیز دارد. در واقع ایشان به جای آنکه عقد نکاح را عقدی غیرمالی با احکام معاوضی بشناسد، توافق بر مهریه را ماهیتی جدا از عقد نکاح شناخته است. براین اساس مهریه جنبه معاملاتی دارد و می تواند مشمول احکام عمومی قراردادها شود.

دکتر صفایی با دکتر کاتوزیان هم نظر است و قرارداد در مورد مهریه را قراردادی تبعی با جنبه مالی می‌داند؛ بنابراین شرایط عمومی مورد معامله را در آن لازم می‌داند. از جمله این شرایط معلوم بودن مهریه است؛ به نحوی که مقدار، جنس و وصف آن مشخص باشد. به نظر می‌رسد تعیین مهریه به مقدار، جنس و وصف، تفسیری فراتر از ماده ۱۰۷۹ است؛ زیرا هنگامی که جنس و وصف و قدر مشخص باشد، دیگر ابهامی بر مهریه نمی‌ماند و بر این پایه، تعیین در حد رفع جهالت بی‌معنا می‌شود. ایشان همچنین با استنباط از ماده ۳۴۸ که ماده‌ای در باب مبیع است، قدرت بر تسلیم را شرط در مهریه نیز می‌شمارد.

۴. جایگاه قاعده نفی غرر در نکاح متعه

برای پاسخ به اینکه قاعده نفی غرر با عقد نکاح چه ارتباطی دارد، باید مباحث یک بار در حیطه عقد نکاح دائم و بار دیگر در حیطه نکاح منقطع مطالعه شود. دلیل این امر به تمایزات اساسی میان عقد نکاح دائم با نکاح منقطع باز می‌گردد. اهمیت این جداسازی هنگامی روشن می‌شود که به اختلاف نظری توجه شود که در باب تفاوت یا اشتراک ماهیت عقد نکاح دائم و موقت وجود دارد. به دنبال این اختلاف نظرها، پرسش‌هایی از این قبیل ایجاد می‌شود که آیا جایگاه قاعده در نکاح منقطع با جایگاه آن در نکاح دائم تفاوت می‌کند؟ آیا رکن محسوب شدن مهریه و اجل برای نکاح منقطع می‌تواند جایگاهی متفاوت برای قاعده نفی غرر ایجاد کند؟ آیا بر این اساس رویکردهای سه‌گانه نسبتی متفاوت بین قاعده نفی غرر و نکاح منقطع در نظر می‌گیرند؟ یا آنکه بر خلاف تصور اولیه، نوعی اندیشه برای عقد نکاح محفوظ است و جایگاه قاعده برای نکاح دائم و منقطع یکسان است.

همچنان که در مقدمه اول گذشت، در باب قلمرو قاعده نفی غرر سه دیدگاه وجود دارد: مطابق دیدگاه نخست، قرائت عام قاعده نفی غرر حجیت ندارد؛ بنابراین قاعده نفی غرر در عقد منقطع جاری نیست. به عقیده ایشان دلیل مطلقاً در غرر وجود ندارد؛ بنابراین از یگانه عقد مسلم مشمول قاعده، یعنی بیع نمی‌توان عبور کرد و احکام قاعده را به ابواب دیگر تعدی داد؛ چراکه اطلاق لفظی قاعده شامل نکاح دائم و متعه نمی‌شود. همچنین در

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

بطلان مهریه مجهول سیره ای وجود ندارد تا مانند عقد اجاره به نفی غرر در مهریه حکم کرد؛ بنابراین اگر باغی بدون تعیین مساحت مهریه قرار گیرد، مهریه بدون هیچ خدشه ای صحیح است (شیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۹، ص ۶۰۳۸).

به هر حال از فواید رکن بودن اجل برای متعه این است که مطابق روایات و فتاوی مسلّم، تعیین اجل برای صحت متعه لازم می شود. این لزوم به حدی است که در اجل احتمال کمی یا زیادی نماند. البته این لزوم تعیین اجل به واسطه قاعده نفی غرر نیست (همان، ص ۶۱۷۵). همچنین فایده رکن بودن مهریه در نکاح متعه نیز لزوم ذکر مقدار مهریه است. این لزوم آن چنان اهمیت دارد که نکاح منقطع بدون تعیین مهریه باطل می شود؛ درحالی که تعیین مهریه در نکاح دائم ضروری نیست؛ چراکه نه قاعده نفی غرر و نه هیچ دلیل دیگری ضرورت این امر را اثبات نمی کند (همان، ص ۶۰۳۰). در نتیجه این اندیشه، پرسشی در ذهن ایجاد می شود و آن این است که به هر حال رکن بودن مهریه برای متعه ثابت است؛ پس قبول یا رد جریان قاعده برای متعه چه تفاوتی ایجاد می کند؟ در پاسخ باید گفت قاعده برای زدودن هر نوع جهل یا خطر کردن منتهی به غرر، دقتی فراوان را مطالبه می کند؛ درحالی که رکن بودن مهریه تنها لزوم علم به جنس را ایجاد می کند. تعیین مقدار آن نیز تا مرزی است که عقلا خط کشی می کنند؛ بنابراین صرف اینکه مقدار مهریه معلوم است، آن را از غیر عقلایی بودن خارج می کند و به عقدی صحیح پیوند می زند (همان، ص ۶۰۳۸).

از منظر دیدگاه دوم، جریان قاعده در عقد نکاح منقطع نتیجه دو مقدمه است: مقدمه اول اینکه قاعده در عقود معاوضی جریان دارد؛ دوم اینکه نکاح منقطع از عقود معاوضی است. براین اساس بسیاری از فقهای نام آور امامیه نکاح منقطع را از نظر برخورداری از مفاد نفی غرر مانند معاوضات دیگر شناخته اند. شهید ثانی اندفاع غرر را در عقد نکاح منقطع مطلوب می داند؛ هر چند آن را معاوضه واقعی مبتنی بر مخاطره و اکتساب نمی شناسد؛ اما دفع فی الجمله غرر را برای آن لازم تشخیص می دهد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص ۴۴۰). صاحب جواهر نیز بر همین رأی است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۱۹). همچنین میرزای قمی نکاح متعه را مشمول مفاد «نهی النبی ﷺ عن الغرر» می داند؛ چراکه مهریه و بضع، عوضین نکاح متعه هستند و بنا بر مفاد قاعده، غرر و جهالت نباید به عرصه معاوضات وارد شود (میرزای قمی، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص ۹۳۴). افزون بر ایشان، شیخ انصاری سنجش کیل و وزن مهریه را شرط ندانسته است؛ زیرا عقد نکاح معاوضه صرفه است. ایشان کافی می داند که برای مهریه اوصافی ذکر شود تا معلوم

بودن بر آن صدق شود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۲۱).

سومین دیدگاه به طور کلی قاعده نفی غرر را در تمامی عقود نافذ شناخته است؛ هر چند عقدی معاوضی قلمداد نشوند. بنابراین مطابق این دیدگاه دیگر نیازی به اثبات معاوضی بودن نکاح منقطع نیست. البته نکاح منقطع به جهت رکن بودن مهریه و اجل، ظرفیت بیشتری در پذیرش مفاد قاعده نفی غرر دارد. اما مطلق‌انگاران از این طریق برای اثبات سرایت استفاده نکرده‌اند؛ بلکه با توجه به اطلاق نفی غرر یا با در نظر گرفتن «نهی النبی ﷺ عن الغرر» نفی غرر را در تمامی عقود مجهول جاری کرده‌اند یا آنکه با ارجاع به نسخه «نهی النبی ﷺ عن بیع الغرر» الغای خصوصیت کرده و قاعده را در تمامی عقودی که امکان ظهور غرر دارند، جاری کرده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۵، صص ۳۵ و ۴۸)؛ لذا مطابق این دیدگاه، تفاوتی میان عقد نکاح دائم و نکاح منقطع نیست.

اکنون باید دید که مطابق قانون مدنی و اندیشه حقوق دانان، کدام یک از سه دیدگاه جریان قاعده نفی غرر بیشترین تأثیر را در مفاد قوانین مربوط به نکاح منقطع گذاشته است؟ قانون مدنی، فصل ششم از کتاب هفتم را به عقد نکاح منقطع اختصاص داده است. در این فصل، در دو ماده از لزوم تعیین دقیق مدت عقد نکاح سخن گفته شده است؛ بدون آنکه تصریحی در باب مهریه وجود داشته باشد و احکام مهریه به فصل بعدی ارجاع داده شده است. در فصل هفتم، ماده ۱۰۷۹ معلوم بودن مهریه را در حد رفع جهالت می‌داند. همین تفاوت بین مهریه و مدت نشان می‌دهد از نظر قانون‌گذار تعیین اجل در تعیین مهریه اهمیت بیشتری دارد. البته شاید تصور شود ماده ۱۰۹۵^۱ می‌تواند مکمل بحث معلومیت مهریه متعه باشد؛ ولی این چنین نیست؛ زیرا دغدغه ماده ۱۰۹۵ تنها ذکر مهریه است و ناظر بر جزئیات نیست. دلیل تفاوت به سخنان مشهور فقها باز می‌گردد؛ آن‌چنان که فقها برای کیفیت تعیین مهریه چندین نظر بیان کرده‌اند؛ در حالی که سخنان فقها در باب تعیین اجل به طور تقریبی یکسان است. همین مطلب در قانون مدنی نیز منعکس است؛ بنابراین تفاوتی در باب معین و معلوم بودن میان مهریه نکاح دائم با نکاح متعه نیست؛ یگانه تفاوت آن در ضمانت اجرای آن است. در عقد نکاح دائم، مهریه مجهول مشمول حکم ماده ۱۱۰۰ است که مهرالمسمی را به مهرالمثل تبدیل می‌کند؛ ولی در نکاح منقطع، مهریه مجهول باعث

۱. ماده ۱۰۹۵: در نکاح منقطع، عدم مهر در عقد، موجب بطلان است.

بطلان خود عقد است و مشمول حکم ماده ۱۰۹۵ می‌شود. بنابراین از جهت شرایط صحت مهریه، تفاوتی میان عقد نکاح دائم با نکاح متعه نیست. قانون‌گذار همان میزان غرری را در مهریه نکاح منقطع نهی می‌کند که در مهریه عقد نکاح دائم نهی شده است؛ ولی در خصوص اجل سختگیری بیشتری صورت گرفته است؛ از این رو گمان می‌رود رأی قانون به اندیشه معاوضه‌انگاران نزدیک‌تر است.

از میان حقوق‌دانان، دکتر امامی به پررنگ‌تر بودن جنبه معاوضی نکاح منقطع توجه کرده است. ایشان دلیل این امر را جنبه اجتماعی نکاح دائم می‌داند. این جنبه به حدی قوی است که آن را از معاملات دور می‌نماید و عقدی اجتماعی به‌طور کامل مستقل معرفی می‌کند؛ در حالی که جنبه اجتماعی نکاح منقطع آن‌چنان ضعیف است که به قالب عقد معوض در می‌آید. همان‌گونه که در عقود معوض هرگاه یکی از عوضین شرایط اساسی نداشته باشد، عقد باطل است، در نکاح منقطع نیز چنانچه یکی از شرایط صحت مهریه رعایت نشود، نکاح باطل خواهد بود. بنابراین از نظر فن حقوقی، نکاح منقطع از حیث ساختمان، مشابهت کاملی با اجاره اشخاص دارد. همچنان‌که در اجاره، مدت و عوض باید معین و معلوم باشد، در نکاح منقطع نیز مدت و عوض باید معین شود و مبهم نباشد. با وجود این در شرایط صحت مهریه عقد نکاح دائم با نکاح متعه، تفاوتی وجود ندارد و هر دو مشمول حکم ماده ۱۰۷۹ هستند؛ زیرا از نظر حقوقی، بسیاری از قواعد عقد معاوضی، در حل مسائل مربوط به مهریه عقد نکاح دائم نیز باید اعمال شود (امامی، ۱۳۷۰، ج ۵، ص ۱۰۴). دکتر لنگرودی نیز بر این مطلب صحه می‌گذارد که بر خلاف مهریه که برای آن علم اجمالی کفایت می‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص ۱۲۶)، در تعیین مدت، علم تفصیلی لازم است (همان، ص ۱۲۰). همچنین دکتر کاتوزیان با توجه به مواد قانون مدنی، ماهیتی که برای نکاح منقطع در نظر می‌گیرد، ماهیتی اجاره‌ای است؛ هرچند آن را مخالف مقام انسان بودن و حقوق و آزادی‌های زوجه می‌داند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۱۷۴). به نظر می‌رسد اگر قانون‌گذار مدنی در ضمانت اجرای تعیین مهریه و اجل نکاح منقطع سختگیری بیشتری کرده است، از این باب نبوده که نکاح منقطع را عقدی معاوضی و مخالف شأن انسانی زوجه تنظیم کند؛ بلکه این سختگیری برای استحکام بخشیدن به نکاح منقطع است که به جهت موقتی بودن، ماهیتی متزلزل دارد و نیازمند ارکانی مشخص و معین است؛ و گرنه قانون‌گذار مدنی اگر قصد ایجاد ماهیتی چون ماهیت اجاره برای مهریه نکاح

منقطع داشت، نباید به ماده ۱۰۷۹ بسنده می کرد. همان گونه که غالب فقها نکاح منقطع را عقدی نزدیک به اوصاف عقود معاوضی دانسته اند و عقدی به حقیقت معاوضه نشناخته اند.

نتیجه گیری

۱. بر خلاف تصویری که غالباً درباره قاعده نفی غرر وجود دارد، لزوم نفی غرر در نکاح به جهت وجود عنصر معاوضه نیست؛ بلکه برخی فقها معتقدند نکاح عقدی معاوضی نیست؛ ولی چون قلمرو جریان قاعده نفی غرر مطلق است، نکاح نیز مشمول مفاد قاعده نفی غرر است.

۲. به نظر مشهور فقها قاعده نفی غرر تنها شامل معاوضات است و عقد نکاح نیز دارای وصف معاوضی است؛ بنابراین نفی غرر در نکاح جریان دارد. با این حال لزوم نفی غرر در عقد نکاح دائم به دقت و سختی لزوم نفی غرر در بیع نیست؛ بنابراین هنگام بررسی لزوم علم به مهریه و شناخت همسران از یکدیگر و نیز شروط ضمن عقد باید توجه داشت که مرزی وجود دارد که از برخی غررها در عقد نکاح، به ویژه در نکاح دائم چشم پوشی می شود؛ بنابراین به صرف قاعده نفی غرر نمی توان شناخت کامل و با جزئیات همسران از یکدیگر و علم دقیق به مهریه را لازم دانست.

۳. در باب اشتراک یا افتراق ماهیت نکاح دائم و منقطع، نظرها متفاوت است؛ ولی به یک میزان از قاعده نفی غرر تأثیر می پذیرند. در واقع رکنیت مهریه و اجل در نکاح منقطع موجب تفاوت چندانی نسبت به عقد نکاح دائم نیست؛ بنابراین ذکر مهریه در هنگام عقد یا پس از آن مسئله نیست؛ بلکه قاعده می گوید هر زمان خواستی مهریه را مشخص کنی، نباید غرر باشد.

در نهایت آنکه به نظر می رسد ظاهر عبارات قانونی و نیز آنچه در اذهان حقوق دانان وجود دارد، با نظر مشهور فقها که قاعده نفی غرر در نکاح را به جهت وصف معاوضه پذیرفته اند، منطبق است؛ بنابراین ممانعت قانونی در عقد نکاح بر معظم غرر است؛ همچنان که از عبارت هایی مانند «در شخص طرف دیگر شبهه نباشد» در ماده ۱۰۶۷ و «تا حدی که رفع جهالت آنها بشود» در ماده ۱۰۷۹ برداشت می شود. باین حال نیکو بود قانون گذار مدنی در کنار بحث جهل در نکاح، لزوم نفی غرر را نیز مطرح می کرد و تصریح می نمود که عقد نکاح دائم و متعه چه میزان غرر و جهل را تحمل می کنند و به جای مبهم گویی، به روشنی بیان می داشت که جهل در چه اموری از نکاح به غرر خواهد انجامید.

منابع و مأخذ

* قرآن کریم.

۱. ابن بابویه قمی، محمد بن علی؛ *عیون أخبار الرضا علیه السلام*؛ ج ۲، تهران: نشر جهان، ۱۳۷۸ق.
۲. امامی، سید حسن؛ *حقوق مدنی*؛ ج ۴، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۷۰.
۳. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین؛ *کتاب النکاح*؛ قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
۴. بجنوردی، سید حسن؛ *القواعد الفقهیه*؛ ج ۴، قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹ق.
۵. بحرانی آل عصفور، حسین بن محمد؛ *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*؛ ج ۲۴، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۵ق.
۶. تمیمی آمدی، نعمان بن محمد؛ *دعائم الإسلام*؛ ج ۲، قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام، ۱۳۸۵ق.
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ *حقوق خانواده*؛ تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶.
۸. حر عاملی، محمد بن حسن؛ *وسائل الشیعه*؛ ج ۲۱، قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام، ۱۴۰۹ق.
۹. حلی، مقداد بن عبدالله سیوری؛ *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*؛ ج ۳، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ق.
۱۰. دادمرزی، سید مهدی و سید مصطفی محقق داماد؛ «بررسی مقایسه‌ای ماهیت نکاح در فقه و حقوق موضوعه»؛ پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۶، شماره ۳، ۱۳۹۱، ص ۷۵-۹۸.
۱۱. دادمرزی، سید مهدی؛ *ریاست خانواده در روابط زوجین*؛ تهران: نشر میزان، ۱۳۹۳.
۱۲. سبحانی تبریزی، جعفر؛ *نظام الطلاق فی الشریعة الإسلامیة الغراء*؛ ج ۲، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۴ق.
۱۳. شبیری زنجانی، سید موسی؛ *کتاب نکاح*؛ ج ۲۲، قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز، ۱۴۱۹ق.
۱۴. شهید اول، محمد بن مکی عاملی؛ *القواعد والفوائد*؛ ج، قم: کتاب فروشی مفید، ۱۴۰۰ق.
۱۵. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی؛ *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*؛ ج ۵، قم: کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ق.
۱۶. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی؛ *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*؛ ج ۴، ۵، ۷ و ۸، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳ق.

۱۷. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمد؛ ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام بالدلائل؛ ج ۱۲، قم: مؤسسه آل‌البتیة، ۱۴۱۸ق.
۱۸. طباطبایی حکیم، سیدمحسن؛ مستمسک العروة الوثقی؛ ج ۱۴، قم: مؤسسه دارالتفسیر، ۱۴۱۶ق.
۱۹. طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم؛ حاشیة المکاسب؛ ج ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۲۱ق.
۲۰. طوسی، محمد بن حسن؛ الإستبصار فیما اختلف من الأخبار؛ ج ۳، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۳۹۰ق.
۲۱. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی؛ تذکرة الفقهاء؛ قم: مؤسسه آل‌البتیة، ۱۳۸۸ق.
۲۲. فاضل موحدی لنکرانی، محمد؛ تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله (النکاح)؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ق.
۲۳. فاضل هندی، محمد بن حسن اصفهانی؛ کشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام؛ ج ۷، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ق.
۲۴. فخرالمحققین حلی، محمد بن حسن بن یوسف؛ ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد؛ ج ۳، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷ق.
۲۵. فیض کاشانی، محمدمحسن بن شاه مرتضی؛ مفاتیح الشرائع؛ قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، [بی تا].
۲۶. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق خانواده؛ ج، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۸.
۲۷. محقق ثانی، علی بن حسین عاملی کرکی؛ جامع المقاصد فی شرح القواعد؛ ج ۷، ۱۲ و ۱۳، قم: مؤسسه آل‌البتیة، ۱۴۱۴ق.
۲۸. محقق حلی، جعفر بن حسن؛ نکت النهایه؛ ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۲ق.
۲۹. محقق داماد یزدی، سیدمصطفی و جلیل قنواتی و سیدحسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی پورفرد؛ حقوق قراردادها در فقه امامیه؛ ج ۲، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۱.

۳۰. محقق داماد یزدی، سیدمصطفی؛ بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن)؛ تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۰.
۳۱. مکارم شیرازی، ناصر؛ کتاب نکاح؛ ج ۱، ۵ و ۶، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۴ق.
۳۲. میرزای قمی گیلانی، ابوالقاسم بن محمدحسن؛ رسائل المیرزا القمی؛ ج ۲؛ قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۷ق.
۳۳. نجفی، محمدحسن (صاحب جواهر)؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲۶ و ۳۱، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
۳۴. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی؛ مستند الشیعه فی أحكام الشریعه؛ ج ۱۶، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام، ۱۴۱۵ق.