

قاعده فقهی «بطلان کل عقد بتعذر الوفاء بمضمونه» و کاربرد آن در مهر با رویکردی بر نظر امام خمینی (س)

سیدحسین صفایی^۱

زهرا لامع^۲

چکیده: قواعد فقهی، احکام کلی و عامی هستند که در استنباط احکام جزئی منطبق با مکان‌ها و زمان‌های مختلف، نقش اساسی دارند. یکی از این قواعد که در ابواب مختلف فقه کاربرد دارد، قاعده «بطلان کل عقد بتعذر الوفاء بمضمونه» است. این قاعده ثابت می‌کند هرگاه اجرای یک تعهد غیرممکن باشد، آن تعهد باطل است و مشمول حکم «اوفوا بالعقود» نمی‌گردد. برای اثبات این قاعده ادله مختلفی در کتب فقهی آورده شده است که از مهم‌ترین آن ادله می‌توان به دلیل «لزوم غرر در صورت عدم قدرت بر اجرای عقد» و «لزوم اجتماع نقیضین» اشاره نمود. اساتید حقوق تحت عنوان «شرط قدرت بر تسلیم» در قواعد عمومی قراردادها به این مضمون اشاره دارند. فقیه بزرگوار، امام خمینی، در بعضی از این ادله مناقشه دارند و دیدگاه فقها درباره مفاد قاعده نفی غرر را مورد انتقاد قرار داده‌اند. یکی از معضلات جامعه امروز ایران که فقها و حقوقدانان را به چاره‌جویی واداشته است، مسأله مهرهای گزاف و سنگین است که علی‌رغم عدم توانایی مرد در پرداخت، در عقد ازدواج گنجانده می‌شود. این مقاله درصدد یافتن راه‌حلی برای این مسأله بغرنج با استفاده از قاعده مذکور است. قاعده «بطلان کل عقد بتعذر الوفاء بمضمونه» می‌تواند ثابت کند چنین مهرهایی باطل هستند؛ زیرا قدرت بر ادای آنها وجود ندارد.

کلیدواژه‌ها: قاعده فقهی، غرر، بطلان، قدرت مطلق، قدرت نسبی.

E-mail:hsafaii@ut.ac.ir

۱. استاد بازنشسته دانشگاه تهران

E-mail:lameezahra@gmail.com

۲. عضو هیأت علمی دانشکده رفاه

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۸/۱۹

تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۳/۷

پژوهشنامه متین/سال شانزدهم/شماره شصت و چهار/ پاییز ۱۳۹۳/صص ۸۷-۱۰۹

مقدمه

یکی از ارزش‌هایی که انقلاب اسلامی در ایران برای مردم به ارمغان آورد، ایجاد رابطه برادری و گذشت و فداکاری بین مردم بود. این رابطه ارزشمند در بسیاری از زمینه‌های فرهنگی آثار مثبت و گرانبمایی را به همراه داشت که از جمله اقبال مردم نسبت به ازدواج‌های آسان و برگزاری مراسم ساده و مهریه‌های اندک بود. در سال‌های دهه ۶۰ اکثریت ازدواج‌ها رنگ و بوی ازدواج‌های صدر اسلام را به خود گرفت. اما متأسفانه با دور شدن از آن سال‌ها و کمرنگ شدن آن ارتباط همراه با گذشت و برادری و روی آوردن مردم به تجملات و دنیادوستی، فرهنگ ازدواج‌های ساده و آسان نیز به فراموشی سپرده شد. امروزه شاهد ازدواج‌هایی هستیم که هزینه‌های سرسام‌آور و مهریه‌های نامعقول دارند و با کمال تأسف، با وجود صرف چنین ثروت‌هایی برای برگزاری مراسم ازدواج، آمار طلاق نیز رو به افزایش است.

این فرهنگ غیراسلامی حاکم بر جامعه امروز ایران، مشکلات زیادی را با خود به همراه آورده است؛ مانند بالا رفتن سن ازدواج، تزلزل نهاد خانواده و مشکلات ناشی از عدم قدرت بر پرداخت مهریه.

در بسیاری از ازدواج‌های امروز جامعه ما، مهریه‌های سنگین گنجانده می‌شود و این موضوع تبدیل به یک رقابت شده است. مهرهای معادل هزار سکه طلا یا به تعداد عدد سال تولد دختر و ارقامی شبیه به این متأسفانه رایج شده و کم‌کم به صورت عرف درمی‌آید و از آنجا که در اکثر موارد امکان پرداخت چنین مهریه‌ای برای مرد وجود ندارد، شاهد این واقعیت تلخ و ناهنجار هستیم که مرد زمان عقد ازدواج یا اصلاً قصد پرداخت مهریه را ندارد یا اصلاً قدرت پرداخت آن را ندارد. این پدیده نامبارک موجب مشکلات و مصائب بسیار برای خانواده‌ها و دستگاه قضایی کشور شده است. پرشدن دادگاه‌ها از متقاضیان مهریه و پرشدن زندان‌ها از بدهکاران مهریه و مسائل ناشی از آن، زندگی بخش قابل توجهی از مردم را تلخ و ناگوار کرده است.

لزوم بررسی مشروعیت چنین مهریه‌هایی ما را به مطالعه مجدد ادله فقهی و قوانین مدنی وامی‌دارد. از آنجا که مسأله به صورت جزئی و عینی در ادله و قوانین وجود ندارد، لازم است قواعد عمومی قراردادها و قواعد فقهی عامی که شامل ابواب مختلف فقه می‌شوند مورد بررسی مجدد قرار گیرند تا قاعده‌ای یافت شود که موضوع بحث را دربرگیرد و از طریق تطبیق قاعده کلی بر مصادیق جزئی، حکم چنین مهریه‌هایی نیز به دست آید.

در کتب فقهی قاعده‌ای به چشم می‌خورد که به نظر می‌رسد می‌توان حکم مسأله مورد بحث را از آن استنباط و استخراج نمود. و آن قاعده «بطلان کل عقد بتعذر الوفاء بمضمونه» است. در این مقاله طی سه مبحث، ابتدا ماهیت و مفاد قاعده مورد مطالعه قرار می‌گیرد، سپس ادله و مدارک قاعده بررسی می‌شود و در پایان ارتباط آن با موضوع مهرتیین می‌گردد؛ به امید آنکه بتوان راه کار مؤثری برای حل مشکل مهریه‌های گزاف و عدم تمکن پرداخت آن یافت.

مبحث اول: مفهوم قاعده

در این مبحث ابتدا لازم است معنای قاعده به طور دقیق معلوم شود تا شمول آن نسبت به مطلب مورد بحث ما، یعنی تعهد به مهریه‌ای که مرد توانایی پرداخت آن را ندارد، به اثبات برسد. ابتدا اجزا و کلمات قاعده بررسی می‌شود و سپس یک معنای اجمالی از قاعده به دست می‌آید.

الف) معانی اجزا

چند واژه کلیدی در قاعده وجود دارد: بطلان، عقد، تعذر، وفاء.

از بین این کلمات، واژه «بطلان» و معنای دقیق اصطلاحی آن نقش اساسی در معنای قاعده دارد. بقیه کلمات تقریباً روشن هستند و نیاز به مطالعه عمیقی درباره آنها نیست. بنابراین به بررسی معنای لغوی و اصطلاحی کلمه بطلان می‌پردازیم:

باطل نقیض حق و خلاف حق است (فرایدی ۱۴۱۰: ۷: ۴۳۰) و به معنی فساد نیز آمده است (عبدالمنعم بی‌تاج ۱: ۳۸۸). در معنای لغوی آن، کذب، کفر، صنم یا ابلیس و ظلم نیز گفته شده است (ابوجیب ۱۴۰۸: ۳۸)

اما معنای اصطلاحی بطلان بسته به اینکه در باب عبادات به کار رود یا در باب معاملات فرق دارد. در معاملات بطلان به معنای فساد است و این یعنی معامله به صورت غیر مشروع واقع شده است و فرقی ندارد که اصالتاً غیر مشروع باشد یا به خاطر وصفش یا به خاطر اصل و وصف هر دو (عبدالمنعم بی‌تاج ۱: ۳۸۸). بعضی نیز در معنی اصطلاحی باطل آورده‌اند: باطل به هر فعلی می‌گویند که وجودش مانند عدمش است در اینکه مفید هیچ حکم شرعی نیست (علم الهدی ۱۴۰۵: ۲: ۲۶۴).

واژه «ابطال» با واژه «فسخ» معنایی نزدیک به هم دارند. فقها از ابطال در عقود گاهی به فسخ تعبیر کرده‌اند. در تفاوت بین ابطال و فسخ آمده است: فسخ حق است. به ارث برده می‌شود و با اسقاط ساقط می‌شود در حالی که ابطال در بیشتر موارد کاربرد آن حکم است نه حق. علاوه بر آن

فسخ تنها پس از پایان عملی که به شکل صحیح انجام شده صادق است ولی ابطال علاوه بر آنکه بر اعلام بطلان عمل از آغاز صدق می‌کند، در اثناء و پایان عمل نیز صادق است (مؤسسه دایرة المعارف اسلامی ۱۴۲۶ ج ۱: ۲۱۷).

بطلان در تعریف حقوقدانان نیز چنین آمده است: هر عمل حقوقی که مخالف مقررات قانونی بوده و قانون آن را فاقد هر گونه اثر حقوقی شناخته باشد مانند بیع صغیر غیر ممیز. صفت این عمل حقوقی را بطلان می‌گویند.

بطلان در مقابل صحت استعمال می‌شود. صحت به یک معنی شامل عدم نفوذ هم می‌باشد. مثلاً عقد مکره و عقد فضولی صحیح، ولی غیر نافذ است. بطلان مطلق (که بطلان واقعی است) بی اثر بودن عقد یا ایقاع به علت فقدان شرط یا شروطی است که بدون آنها قانوناً نمی‌تواند اثر داشته باشد و رضایت ذی نفع هم نمی‌تواند آن را مؤثر کند. در مقابل، فسخ یک ایقاع است که اثر یک عقد یا ایقاع معین را از بین برده و به حالت زمان حدوث عقد یا ایقاع برمی‌گرداند (جعفری لنگرودی ۱۳۷۰: ۱۰۳، ۸۰۵، ۱۱۲، ۸۷۲، ۵۰۲، ۴۰۰).

بنابراین بطلان و فساد اغلب به یک معنا به کار می‌روند. هر دو در عقود به این معنا هستند که عقد واقع شده نمی‌تواند دارای آثار قانونی باشد. همچنین بطلان با فسخ تفاوت دارد. فسخ در صورتی پیش می‌آید که عقد به طور صحیح واقع شده باشد اما بطلان می‌تواند از موقع انعقاد عقد صدق کند. البته گاهی بطلان به معنی انحلال و انفساخ هم به کار می‌رود.^۱

درباره واژه «عقد» به همین یک جمله بسنده می‌کنیم که عقد به تعبیر اهل لغت، همان عهد است (فراهیدی ۱۴۱۰ ج ۱: ۱۴۱) و بلکه اکیدترین عهد است (ابن منظور ۱۴۱۴ ج ۳: ۲۹۶) از تفصیل بیشتر درباره کلمه عقد خودداری می‌کنیم. اما عقد باطل که در مضمون قاعده آمده است؛ یعنی هر عقدی که فاقد یکی از شرایط صحت معامله باشد (جعفری لنگرودی ۱۳۷۰: ۱۳۷۶، ۴۵۶، ۳۶۲۸).

وفای به عهد نیز به معنی محافظت بر عهد و اجرای مفاد آن است.

تعذر وفا به مضمون عقد نیز بسته به اینکه مضمون عقد چه باشد تفاوت می‌کند. گاهی مضمون عقد تعهد به انتقال یا تسلیم مال است و گاه تعهد به انجام کار است و گاهی تعهد به خودداری از انجام کار است. در بحث ما تعهد مرد نسبت به مهریه تعهد به تسلیم یا تملیک مال

۱. مانند ماده ۴۸۱ ق.م: «هرگاه عین مستأجره به واسطه عیب از قابلیت انتفاع خارج شده و نتوان رفع عیب نمود، اجاره باطل می‌شود» در این ماده قانونی بطلان به معنی انحلال و انفساخ به کار رفته است.

است. در اینکه تعذر در تسلیم مال چگونه و به چه اشکالی پیش می‌آید در عناوین بعدی به تفصیل سخن خواهیم گفت.

ب) معنای اجمالی قاعده

قاعده «بطلان کل عقد بتعذر الوفاء بمضمونه» دلالت بر این معنا دارد که هرگاه اجرای مفاد عقد برای یکی از متعاقدين یا هر دو غیرممکن شود، آن عقد به علت تعذر و عدم امکان وفا به مضمونش باطل می‌شود. یکی از شایع‌ترین مصادیق تعذر از وفای به عقد، در عقد بیع است زمانی که مورد معامله یک عین معین باشد و تلف شود، در این حالت اجرای مضمون عقد بیع که نقل و انتقال مبیع و ثمن است، غیرممکن شده است؛ بنابراین عقد باطل می‌گردد. حکم به بطلان در چنین شرایطی، حکمی است مطابق با عقل و روش عقلا.

البته امتناع متعاقدين از اجرای مفاد عقد، مصداق این قاعده محسوب نمی‌شود. اگر یکی از متعاقدين نخواهد مفاد عقد را اجرا کند، اگرچه انجام آن در توان اوست، او را وادار به انجام تعهد خود می‌کنند. اما این از بحث ما خارج است. منظور از تعذر از وفا در این قاعده، تعذری است که رفع آن از قدرت متعاقدين خارج است (محقق داماد ۱۴۰۶ ج ۲: ۱۳۴). اعم از اینکه تعذر در زمان عقد وجود داشته باشد که موجب بطلان به معنی خاص است (بطلان ذاتی و ابتدایی) یا پس از عقد حادث شود، مانند تلف شدن موضوع عقد که سبب انفساخ عقد است؛ بنابراین کلمه «بطلان» در قاعده مذکور، هم شامل بطلان به معنی خاص و هم دربرگیرنده انفساخ است.

قاعده «بطلان کل عقد بتعذر الوفاء بمضمونه» خاص یک یا دو باب از ابواب فقه نیست بلکه در همه ابواب عقود و معاملات جریان دارد؛ زیرا هدف متعاقدين از یک عقد قطعاً اجرای تعهد و مضمون عقد است و به خاطر مطلوبیت مضمون عقد چنین قراردادی بسته می‌شود و وقتی اجرای تعهد غیرممکن می‌شود، دیگر عقد چه اعتباری دارد؟ عقل و شرع چنین عقدی را باطل می‌دانند. در موضوع بحث این مقاله نیز می‌توان این قاعده را جاری دانست. وقتی در یک عقد ازدواج مهریه‌ای گنجانده می‌شود که تسلیم آن از طرف مرد غیرممکن است، اعتبار مهر از بین می‌رود و بخش مهر در عقد باطل می‌گردد. این موضوعی است که در این مقاله تلاش در اثبات آن داریم.

مبحث دوم: ادله اثبات قاعده

در اثبات قاعده یادشده دلایل متعددی آورده شده که مهم ترین آنها لزوم غرر در صورت عدم قدرت بر تسلیم و لزوم اجتماع نقیضین است.

الف) لزوم غرر در صورت عدم قدرت بر تسلیم

گفته شده است یکی از شرایط صحت معاملات، قدرت بر تسلیم یا به عبارت عام تر، قدرت بر اجرای تعهد است؛ زیرا قطعاً هدف از هر معامله ای آن است که مفاد و مضمون آن به اجرا گذاشته شود و طرفین عقد، از این طریق به مطلوب خود برسند. اما اینکه مدرک و دلیل اثبات کننده شرط قدرت بر تسلیم چیست؟ مسأله مورد اختلاف فقهاست. اکثریت فقها اعتقاد دارند دلیل نفی غرر اثبات می کند که قدرت بر تسلیم، شرط صحت معامله است. اما بعضی نیز با این عقیده مخالفند.

چنانچه ثابت گردد قدرت بر تسلیم، شرط صحت معامله است، می توان قاعده «بطلان کل عقد بتعذرالوفاء بمضمونه» را ثابت نمود؛ زیرا یکی از دلایل تعذر وفا به مضمون عقودی مثل بیع، عدم قدرت بر تسلیم است. اما این مطلب نیاز به اثبات دارد که آیا دلیل نفی غرر می تواند شرط قدرت بر تسلیم را به عنوان شرط صحت معاملاتی مثل بیع ثابت کند؟ آیا اصلاً قدرت بر تسلیم، شرط صحت بیع است؟ در این مسأله اختلاف نظر وجود دارد. شایسته است نظریات مختلف با مبانی مورد استنادشان مورد مطالعه قرار گیرند. در این گفتار ابتدا به بررسی حدیث نهی از غرر می پردازیم و سپس دیدگاه های مختلف درباره استدلال به حدیث بررسی می شود و در پایان ارتباط این بحث با موضوع مهریه تبیین می گردد.

۱. حدیث نهی از غرر، اعتبار و دلالت آن

شیخ صدوق از امام رضا^(ع) روایت کرده است:

«پیامبر^(ص) از بیع مضطر و بیع غرر نهی فرموده است» (حرعاملی ۱۴۰۹ ج ۱۷: ۴۴۸، ح ۳).^۱

در دعائم الإسلام نیز از امام صادق^(ع) نقل شده است:

۱. رواه الصدوق فی (عیون الأخبار) عن محمد بن علی الشاه المروزی عن محمد بن عبدالله النیسابوری عن عبیدالله بن احمد بن عامر طائی عن ابیه عن الرضا^(ع) عن آباءه عن علی^(ع) قال: وقد نهی رسول الله^(ص) عن بیع المضطر، و عن بیع الغرر.

«رسول خدا از بیع غرر نهی فرمود آن هر بیعی است که بر شیئی منعقد می‌شود که برای متعاقدين یا برای یکی از آنها مجهول است» (مغربی ۱۳۸۵ ج ۲: ۲۱).^۱

اکثر فقها روایتی را که در آن پیامبر (ص) از غرر نهی فرموده است در کتبشان آورده‌اند (انصاری ۱۴۱۵: ۲۰۹؛ ابن ادریس ۱۴۱۰ ج ۲: ۳۲۲؛ شهید اول بی تا ج ۲: ۶۱؛ علامه حلی ۱۴۱۴ ج ۱: ۴۸۵) اهل تسنن نیز چنین روایتی را در کتب خود نقل نموده‌اند (مسلم ۱۴۰۷ ج ۳: ۱۱۵۳؛ ابوداود بی تا ج ۴: ۳۶۹). هیچ کدام از طرق نقل این روایت معتبر نیستند؛ اما با وجود ضعف سندی روایت نهی از غرر، فقها مضمون آن را پذیرفته‌اند و آن را یکی از ادله قاعده غرر برشمرده‌اند (مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی ۱۴۲۶ ج ۳: ۲۶۶).

بعضی از فقها گفته‌اند این روایت بین همه علماء - شیعه و سنی - مورد اتفاق است بنابراین شهرت عظیم، بلکه اجماع قطعی یا ضرورت، ضعف سند آن را جبران می‌کند. بنابراین حدیث نبوی از احادیثی است که شکی در حجیت آن نیست؛ مانند خبر صحیح است بلکه از آن هم قوی تر است (نراقی ۱۴۱۷: ۸۴؛ نجفی ۱۴۰۴ ج ۲۲: ۳۸۶).

بعضی از فقها حکمت و سیره مسلمین را نیز مؤید این قاعده دانسته‌اند با این بیان: حکمت بر این طریق استوار است که در هر معامله‌ای باب نزاع و مشاجره بین مردم سد شود و بدیهی است که غرر در معامله موجب مفسده و اختلاف و مشاجره می‌شود، پس باید باب غرر بر معاملات مسدود گردد. بنابراین نفی غرر موضوعی است که تنها بر دلیل شرعی تکیه ندارد (حسینی مراغی ۱۴۱۷ ج ۲: ۳۱۳).

پس از بررسی سند حدیث، اکنون مناسب است دلالت آن مورد دقت قرار گیرد. معنای لغوی و اصطلاحی غرر در برداشت صحیح از روایت تعیین کننده است.

واژه غرر به معنای خطر آمده است و غار به فرد غافل معنا شده است (فراهیدی ۱۴۱۰ ج ۴: ۳۴۵؛ صاحب بن عباد ۱۴۱۴ ج ۴: ۵۱۰؛ جوهری ۱۴۱۰ ج ۲: ۷۶۷؛ حمیری ۱۴۲۰ ج ۸: ۴۸۷۴) در صحاح آمده است: «اغترَّ بالشیء» یعنی با آن دچار خدعه شده است. و غَرَّ، یَغَرُّ، غَروراً، به معنای خدعه کردن است (حمیری ۱۴۲۰ ج ۸: ۴۸۷۴). البته «غریر» به معنای ضامن و کفیل نیز آمده است (ابن فارس ۱۴۰۴ ج ۴: ۳۸۰). در مفردات آمده است: غَرور به هر چیزی گفته می‌شود که انسان به آن فریفته شود مثل

۱. روینا عن جعفر بن محمد (ص) عن ابیه عن آباءه أن رسول الله (ص) نهی عن بیع الغرر و هو کل بیع یعقد علی شیء مجهول عند المتبايعین أو أحدهما.

مال، جاه، شهوت، شیطان (راغب اصفهانی ۱۴۱۲: ۶۰۳) در *نهایه* به معنای غفلت آمده است و از قول ازهری آورده است: بیع غرر بیعی است که (کان علی غیر عهده و لا ثقه) یعنی قابل اعتماد و اطمینان نیست. از جمله مثل بیع هایی که متبایعان احاطه به جزئیات آن ندارند و نسبت به آن جهل دارند (ابن اثیر ۱۴۲۲ ج ۳: ۳۵۳).

لسان العرب نیز آن را خدعه معنا کرده است (ابن منظور ۱۴۱۴ ج ۵: ۱۱) بعضی هم به چیزی که ظاهری فریبنده و باطنی مجهول دارد. مثل فروش ماهی در آب ترجمه کرده‌اند (طریحی ۱۴۱۶ ج ۳: ۴۲۱؛ ابن اثیر ۱۴۲۲ ج ۳: ۳۵۳).

درباره ماده مشترکی که بین همه معانی مختلف کلمه غرر وجود دارد، آمده است: اصل واحدی که در ماده کلمه وجود دارد، حصول غفلت تحت تأثیر چیزی است. جهل و خدعه و نقصان و ضمان و ... از لوازم و آثار ماده اصلی معنای کلمه غرر است. لازم است دو قید غفلت و اغفال در تمامی موارد استعمال لحاظ شود و آلا مجاز است (مصطفوی ۱۴۰۲ ج ۷: ۲۰۶).

اهل تسنن عقیده دارند بیع غرر فروش چیزی است که وجود و عدمش معلوم نیست یا اینکه مقدارش معلوم نیست یا قدرت بر تسلیم آن وجود ندارد (ابوجیب ۱۴۰۸: ۲۷۲).

بعضی اهل لغت نیز گفته‌اند در اصطلاح فقها غرر به شرایطی اطلاق می‌شود که مستور العاقبه باشد یعنی سرانجام کار معلوم نباشد مثل قمار (ابوجیب ۱۴۰۸: ۲۷۲).

فقها نیز بیشتر غرر را به معنای خطر گرفته‌اند و خطر را عبارت دانسته‌اند از احتمال ضرری در معامله که عقلا از آن اجتناب می‌کنند. این احتمال گاهی ناشی از عدم اطمینان به وجود مال است و گاهی ناشی از عدم اعتماد به امکان تسلیم و تسلیم و گاهی ناشی از عدم اعتماد به قابلیت معاوضه، به خاطر مجهول بودن مقدار یا جنس یا اوصاف مال (حسینی مراغی ۱۴۱۷ ج ۲: ۳۱۴).

۲. دیدگاه‌های فقها درباره استدلال به حدیث

در این قسمت مناسب است دیدگاه‌های مختلف درباره استدلال به حدیث نفی غرر در اثبات شرط قدرت بر تسلیم مورد بررسی قرار گیرد. دیدگاه‌های فقها در سه موضوع عمده مطرح در این بخش مورد مطالعه قرار می‌گیرد. در هر موضوعی ابتدا نظر شیخ انصاری و صاحب *جوواهر* و سپس نظر امام خمینی تبیین می‌گردد.

موضوع اول: استدلال به حدیث نفی غرر در اثبات شرط قدرت بر تسلیم شیخ انصاری عقیده دارد فریقین عامه و خاصه با حدیث نبوی نهی از غرر بر اعتبار شرط قدرت بر تسلیم استدلال کرده‌اند. در اینکه می‌توان با این حدیث نبوی بر اعتبار شرط قدرت بر تسلیم استدلال نمود اشکالی نیست. اشکال اینجاست که حدیث نبوی اخص از مدعای ماست. یعنی بعضی از مصادیق را دربر نمی‌گیرد؛ مثلاً گاهی تسلیم مبیع امتناع دارد به خاطر اینکه در دریا غرق شده است و عادتاً امکان درآوردن آن نیست. در اینگونه موارد، عدم قدرت بر تسلیم وجود دارد در حالی که خطر و غرر وجود ندارد؛ زیرا خطر (به اصطلاح امروز: ریسک) در جایی وجود دارد که احتمال سلامت معامله هم باشد. در حالی که در مورد مذکور، اطمینان به عدم سلامت معامله وجود دارد.

از نظر شیخ انصاری در مواردی که معامله بر کالایی صورت می‌گیرد که بدون شک غیرمقدورالتسلیم است، می‌توان به خاطر لزوم وجود سفاقت و صدق اکل مال به باطل چنین معامله‌ای را باطل دانست. بلکه یک کالای غیرمقدورالتسلیم عرفاً مال به حساب نمی‌آید (انصاری ۱۴۱۵ ج ۴: ۱۷۹).

بنابراین از نظر شیخ می‌توان با روایت نهی از غرر تنها بطلان معاملاتی را ثابت نمود که احتمال عدم قدرت بر تسلیم در آن وجود دارد، نه اطمینان به عدم قدرت بر تسلیم. بطلان معاملاتی که در آنها علم به عدم قدرت بر تسلیم وجود دارد مستند به ادله دیگری است.

صاحب **جوهر دیدگاه دیگری** درباره حدیث دارد. ایشان اعتقاد دارد سیاق روایت نهی از غرر، خطر از حیث جهل به صفات و مقدار مبیع را ثابت می‌کند نه مطلق خطر را که شامل تسلیم و عدم تسلیم آن نیز شود. بیع کالایی که معلوم نیست بتوان آن را تسلیم مشتری کرد یا نه، یک بیع مخاطره آمیز نیست به ویژه با وجود خیار تعذر تسلیم. بنابراین نمی‌توان با این حدیث بر اعتبار شرط قدرت بر تسلیم استدلال کرد (نجفی ۱۴۰۴ ج ۲۲: ۳۸۸).

امام خمینی نیز روایت نفی غرر را مناسب برای اثبات شرط قدرت بر تسلیم نمی‌داند اما ایشان با رویکرد دیگری به آن می‌پردازد. از نظر ایشان اصلاً قدرت بر تسلیم شرط صحت معامله نیست؛ زیرا قدرت مشتری بر تسلیم نیز برای رفع غرر کفایت می‌کند. مثل زمانی که مبیع از دسترس بایع دور است و او قدرت بر تسلیم مبیع به مشتری ندارد؛ اما مشتری خود قادر به تحصیل مبیع هست. بعلاوه گاهی بایع قدرت بر تسلیم مبیع دارد ولی مشتری می‌داند که بایع از تسلیم مبیع به او امتناع

خواهد کرد یا اینکه در این مسأله شك دارد، در این دو صورت بیع غرری است در حالی که شرط قدرت بر تسلیم در بایع وجود دارد. گذشته از اینها، علم به اینکه میباید نزد مشتری حاصل خواهد شد نیز برای صحت بیع کفایت می‌کند؛ یعنی در حالی که بایع واقعاً قدرت بر تسلیم ندارد، مشتری نیز قدرت بر تسلیم ندارد اما علم به حصول میباید در دست مشتری داریم. این برای صحت بیع کفایت می‌کند. مثل فروش پرنده‌ای که از قفس پریده است اما علم به بازگشتش داریم (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۳: ۲۹۲).

بعلاوه از نظر امام خمینی روایت نفی غرر اصلاً صلاحیت اثبات شرط قدرت بر تسلیم را ندارد؛ زیرا واژه غرر در هیچکدام از کتب لغوی به «جهالت» تفسیر نشده است. از میان معانی زیادی که غرر در آنها استعمال می‌گردد، مناسب در بحث ما معنای «خدعه» است. روایت منقول از امام رضا^(ع) نیز به فرض اعتبار، نهی از بیع غرر به همراه نهی از بیع مضطر آمده و مربوط به بیع همراه با خدعه است که از بحث ما کاملاً بیگانه است. از نظر امام حتی اگر غرر را به معنای غفلت بدانیم نیز با جهالت تفاوت دارد و نمی‌توان معنای خدعه و در معرض هلاک قرار گرفتن و خطر و غفلت را به معنای جهالت برگرداند. امام این سخن شیخ را که فرموده: «همگی اتفاق دارند بر اینکه معنای جهالت در غرر وجود دارد، چه این جهالت متعلق به اصل وجود عوض باشد یا به حصول آن در ید مشتری و یا در صفات کمی و کیفی آن» عجیب قلمداد می‌کند^۱ (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۳: ۲۹۷).

موضوع دوم: اشتراط قدرت یا علم یا هر دو

از نظر شیخ انصاری قدرت معلوم نزد متبایعین شرط صحت معامله است؛ زیرا غرر با وجود قدرت واقعی دفع نمی‌شود. اگرچه یقین به قدرت لازم نیست اما مطلق ظن نیز کفایت نمی‌کند بلکه باید وثوق و اطمینان به قدرت بر تسلیم در هنگام عقد باشد (انصاری ۱۴۱۵ ج ۴: ۱۹۳).

صاحب *جوهر* اصلاً قدرت بر تسلیم را شرط صحت معامله نمی‌داند بلکه ایشان عجز از تسلیم را مانع صحت معامله می‌داند (نجفی ۱۴۰۴ ج ۲۲: ۳۹۱). ثمره این اختلاف نظر (قدرت بر تسلیم شرط باشد یا عجز از تسلیم مانع باشد) در مواقع شك در وجود قدرت معلوم می‌شود. در صورت اعتقاد به شرطیت قدرت، هرگاه شك داشته باشیم عوضین مقدور التسلیم هستند یا نه، عقد باطل است؛

۱. به نظر می‌رسد هر چند غرر به معنای جهالت نباشد اما طبق دیدگاه امام باز هم می‌توان از روایت نفی غرر در اثبات مطلوب بهره برد آیا در مهرهای گزاف که غالباً قصد پرداخت آن وجود ندارد نوعی خدعه و فریب دیده نمی‌شود.

زیرا قدرت باید احراز شود. اما در صورت اعتقاد به مانعیت عجز از قدرت، در مواردی که شک در قدرت داریم، معامله صحیح است؛ زیرا اصل عدم وجود عجز است.

امام خمینی یکی از این دو امر را معتبر می‌داند:

۱. علم به قدرت بر تسلّم؛

۲. علم به حصول مبیع در دست مشتری.

در صورتی که هیچ‌کدام از این دو محقق نشود غرر در معامله ایجاد شده و معامله باطل می‌گردد ولی اگر یکی از این دو علم حاصل شود، غرر مرتفع می‌گردد. بنابراین از نظر امام خمینی آنچه معتبر است علم و اطمینان به وجود قدرت است نه خود قدرت واقعی و تنها با این علم، غرر منتفی می‌شود. بنابراین اگر شک در قدرت بر تسلیم وجود داشته باشد یا شک در حصول مبیع در دست مشتری، قطعاً معامله غرری است (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۳: ۲۹۲).

موضوع سوم: قدرت بر تسلیم، شرط عوضین یا متعاقدين

اگرچه ظاهر عبارت «قدرت بر تسلیم مبیع» این توهم را ایجاد می‌کند که شرط متعاقدين باشد، اما در حقیقت فقها آن را شرط عوضین می‌دانند (علامه حلی ۱۴۱۴ ج ۱: ۴۶۶؛ نجفی ۱۴۰۴ ج ۲۲: ۳۸۴؛ انصاری ۱۴۱۵ ج ۴: ۱۷۵). بنابراین عبارتی که صاحب شرایع به کار برده است: «أن یکون المبیع مقدوراً علی تسلیمه» (محقق حلی ۱۴۰۸ ج ۲: ۱۱) مناسب‌تر است. امام خمینی نیز آن را شرط عوضین می‌داند؛ زیرا یکی از صورت‌هایی که بیع صحیح است اگرچه نه بایع قدرت بر تسلیم دارد و نه مشتری قدرت بر تسلیم دارد، صورتی است که علم داریم به اینکه مبیع به دست مشتری خواهد رسید. بنابراین عوض واجد شرط است نه متعاقدين. البته امام به یک لحاظ هم آن را شرط متعاقدين می‌داند و آن به دلیل شرط بودن علم به قدرت یا حصول در دست مشتری، نزد متعاقدين است (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۳: ۲۹۲).

۳. دیدگاه حقوقدانان

ماده ۳۴۸ ق م: «بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت یا منفعت عقلایی ندارد یا چیزی که بایع قدرت بر تسلیم آن ندارد باطل است مگر اینکه مشتری خود قادر به تسلّم باشد.»

در قانون مدنی از شرط قدرت بر اجرای عقد یا قدرت بر تسلیم در قواعد عمومی قراردادها نام برده نشده است. شاید دلیل آن تبعیت از روش فقها باشد؛ زیرا در فقه امامیه، قواعد عمومی قراردادها به طور مستقل و جداگانه مورد بحث قرار نگرفته است (کاتوزیان ۱۳۶۹ ج ۲: ۱۸۸). بلکه در هر عقد معینی، شرایط صحت آن عقد بررسی شده است. اما در منابع حقوقی بحث مستقلی تحت عنوان قواعد عمومی قراردادها وجود دارد و در آن، شرط قدرت بر تسلیم مورد بررسی قرار گرفته است. از نظر حقوقدانان، هدف نهایی از همه التزامها، اجرای آنهاست. تعهد ناممکن را بایستی باطل شمرد و گرنه چه سود از اینکه شخصی مالک چیزی شود که هیچگاه به دست نمی آید؟ بنابراین قدرت بر تسلیم گرچه در ماده قانونی مربوط به بیع آمده است، اما می توان گفت عنوان عام تر قدرت بر اجرای تعهد، خاص بیع نیست و شامل تمام عقود و معاملات می شود (کاتوزیان ۱۳۶۹ ج ۲: ۱۸۸).

تعدر اجرای مفاد عقد یا به خاطر تلف مورد معامله است که مربوط به بحث این رساله نمی شود یا به سبب دیگری غیر از تلف مورد معامله، مفاد عقد متعذر می گردد. از نظر حقوقدانان قدرت بر تسلیم خود شرط مستقلی برای مورد معامله است. این شرط از چند جهت نیاز به بررسی دارد:

جهت اول: درباره اشتراط قدرت یا علم به آن یا هر دو

برخی از حقوقدانان در این زمینه، هم نظر با شیخ انصاری هستند و عقیده دارند موضوع شرط از دو امر ترکیب یافته است: یکی قدرت بر تسلیم و دیگری علم طرفین بر این قدرت، که این مجموع مرکب را می توان به قدرت معلوم حین عقد تعبیر کرد. در صورت منتفی بودن هر یک از این دو (علم یا قدرت واقعی)، عقد باطل خواهد بود (شهیدی ۱۳۸۷: ۴۵).

جهت دوم: قدرت مطلق و قدرت نسبی

قدرت بر تسلیم مورد معامله یا انجام مورد معامله بر دو نوع است: قدرت مطلق و قدرت نسبی. نامقدور بودن مورد معامله هنگامی موجب بطلان قرارداد است که مطلق باشد یعنی هیچ کس بر حسب جریان عادی امور، نتواند آن را تسلیم یا ایفا کند. نامقدور بودن نسبی، یعنی عدم قدرت شخص متعهد، با امکان ایفای تعهد به وسیله اشخاص دیگر موجب بطلان قرارداد نیست و فقط سبب مسئولیت متعهد در صورت عدم ایفای تعهد است. البته در یک صورت نامقدور بودن نسبی نیز باعث بطلان معامله می گردد و آن زمانی است که مباشرت شخص متعهد در قرارداد مقصود

باشد، مثل کتابی که ترجمه آن به یک مترجم ماهر سپرده شود. در چنین قراردادی عدم قدرت متعهد به منزله عدم قدرت مطلق است (صفایی ۱۳۸۲ ج ۲: ۱۳۶).

در ماده ۳۴۸ ق.م. به این مطلب اشاره نشده است اما شرط انتهایی ماده که می‌افزاید «مگر اینکه مشتری خود قادر بر تسلیم باشد» تمایل به حفظ معامله (با وجود عدم قدرت تسلیم بایع) را نشان می‌دهد. پس اگر مالکی اسب فراری را بفروشد و خریدار توان مهار کردن آن را داشته باشد، کافیست. منتها قانونگذار از رابطه میان دوطرف قرارداد دورتر نرفته است. خرید و فروش مالی که بر حسب طبیعت خود، نه مالک توان تسلیم آن را دارد و نه خریدار می‌تواند آن را در اختیار بگیرد باطل است هر چند تسلیم آن مال غیرمقدور مطلق نباشد (کاتوزیان ۱۳۶۹ ج ۲: ۱۸۹).

این نظریه (بطلان قرارداد در صورت عدم قدرت نسبی) در بین اساتید حقوق نیز طرفدارانی دارد. از نظر ایشان در حقوق مدنی ایران، فقدان نسبی قدرت نیز مانند فقدان مطلق آن سبب بطلان عقد خواهد بود؛ زیرا به هر حال نتیجه هر دو یکی است و آن عبارت از این است که بر اثر عدم قدرت متعهد به تسلیم، مورد معامله در اختیار متعهدله قرار نخواهد گرفت. اینکه امکان تسلیم مورد معامله به وسیله شخص یا اشخاص دیگر فراهم است نفعی در معامله برای متعهدله نخواهد داشت (شهیدی ۱۳۸۷: ۴۹).

با وجود این، به نظر می‌رسد که تفاوتی از این لحاظ بین طرفین قرارداد و شخص ثالث نیست. هدف این است که مورد تعهد به نحوی به دست متعهدله برسد. پس اگر شخص ثالثی قدرت بر اجرای تعهد داشته باشد، معامله صحیح است و در این صورت به حکم دادگاه تعهد به وسیله شخص ثالث، به هزینه متعهد، اجرا خواهد شد (مگر اینکه تعهد قائم به شخص متعهد باشد). این معنی از ماده ۲۳۸ ق.م. و ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی قابل استنباط است. بعلاوه اینکه قانونگذار قدرت بر تسلیم را از شرایط میبع دانسته است خود دلیل بر آن است که فقط اگر میبع ذاتاً یا نوعاً غیر قابل تسلیم باشد، عقد باطل است و عدم قدرت طرفین برای بطلان کافی نیست (صفایی ۱۳۸۲: ۱۳۷).

۱. ماده ۲۳۸ ق.م.: هرگاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن غیرمقدور ولی انجام آن به وسیله شخص دیگری مقدور باشد، حاکم می‌تواند به خرج ملتزم موجبات انجام آن فعل را فراهم کند.

جهت سوم: قدرت بر ایفاء، شرط عوضین یا متعاقدين

از نظر حقوقدانان قدرت بر تسلیم، شرط عوضین است نه متعاقدين. مفاد و موقع ماده ۳۴۸ ق.م. نشان می‌دهد که بطلان قرارداد ویژه موردی است که عدم قابلیت تسلیم ناشی از وضع خود مال باشد نه ناتوانی شخص متعهد. بنابر این هر گاه مالک به دلیل بیماری یا غیبت یا ورشکستگی نتواند به تعهد خود عمل کند، قرارداد هیچ نقصی ندارد (کاتوزیان ۱۳۶۹ ج ۲: ۱۸۹).

جهت چهارم: شرایط تأثیر ناتوانی در تسلیم

ناتوانی در تسلیم در صورتی باعث بطلان عقد می‌شود که این دو شرط را دارا باشد:

(۱) دائمی باشد: ناتوانی موقت در تسلیم، هدف داد و ستد را بهبود نمی‌سازد و موضوع را ناممکن نمی‌نماید.

(۲) در موعد تسلیم باشد: ماده ۳۷۰ ق.م. مقرر داشته است «اگر طرفین معامله برای تسلیم موعدی قرار داده باشند، قدرت بر تسلیم در آن موعد شرط است نه در زمان عقد»؛ بنابراین ناتوانی ناپایدار دو طرف عقد در زمانی که هنوز موعد تسلیم به حکم قرارداد یا قانون فرا نرسیده یا انتقال صورت نپذیرفته است، هیچ صدمه‌ای به امکان اجرای تعهد و هدف از داد و ستد نمی‌زند (کاتوزیان ۱۳۶۹ ج ۲: ۱۸۹).

بعضی از اساتید حقوق یک شرط دیگر را نیز در تحقق مفهوم «تعذر اجرای عقد» لازم می‌دانند با این مضمون: «حالت تعذر اجرای عقد یا تعهد ناشی از عقد بعد از انعقاد عقد ایجاد شود؛ یعنی زمان انعقاد عقد، متعهد باید توانا بر اجرای عقد باشد» (محقق داماد ۱۴۰۶ ج ۲: ۱۴۵).

به نظر می‌رسد این شرط قاعده را محدود می‌کند و مواردی را که اجرای قرارداد از ابتدا متعذر است از شمول آن خارج می‌کند. در حالی که قدرت بر تسلیم که از شرایط صحت معامله است در این موارد نیز مفقود است. البته در بطلان قراردادی که از حین انعقاد متعذرالوفاست شکی نیست تنها در دلیل و مدرک بطلان آن اختلاف نظر است. به عنوان مثال از دلیل سفاهت متعاقدين (حسینی مراغی ۱۴۱۷ ج ۲: ۳۶۵) یا مالیت نداشتن مورد معامله‌ای که از ابتدا غیرمقدورالتسلیم است (انصاری ۱۴۱۵ ج ۴: ۱۷۹) نام برده شده است.

از آنچه در سه بخش قبلی بیان شد نتیجه زیر حاصل می‌شود:

۱. قاعده «بطلان کل عقد بتعذر الوفاء بمضمونه» خاص بیع نیست بلکه در تمامی ابواب عقود و معاملات جریان دارد. چون اجرای تعهد هدف متعاقدین است، پس اگر اجرای تعهد ممکن نباشد، عقد باطل است.

۲. فقها و حقوقدانان اتفاق دارند در اینکه علم به وجود قدرت بر اجرای تعهد - اعم از قدرت بر تسلیم یا تسلّم یا حصول نزد مشتری در عقود معاوضی - شرط صحت عقد است (جعفری لنگرودی ۱۳۷۰: ۴۵۶ ش ۳۶۲۸). اگرچه در اینکه آیا حدیث نهی از غرر این شرط را ثابت می‌کند یا ادله دیگر (مثل روایات دیگر یا عقل)، اختلاف نظر بین فقها وجود دارد.

۳. مقدورالتسلیم بودن شرط عوضین است نه متعاقدین؛ بنابراین اگر تعهد مورد توافق در یک قرارداد، یک تعهد معقول و عرفاً قابل اجرا باشد اما شخص متعهد به خاطر مشکلات و ناتوانی‌های فردی از عهده ایفای آن بر نیاید، این قرارداد باطل نیست.

ب) لزوم اجتماع نقیضین

دلیل دیگری که در اثبات قاعده «بطلان کل عقد بتعذر الوفاء بمضمونه» اقامه شده است، تکیه بر یک حکم قطعی عقلی و یک حدیث معتبر دارد. ابتدا این دو رکن استدلال را توضیح می‌دهیم و سپس امکان تبیین استدلال فراهم می‌آید (موسوی بجنوردی ۱۴۱۹ ج ۵: ۲۲۶).

رکن اول: حدیث رفع

پیامبر فرمود: *«ثُمَّ شَيْءٌ مِنْكُمْ يَصِلُ إِلَى مَنْ بَدَأَ بِهِ مِنْ عِلْمِهِ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ عَقْدٌ فَلا يَصِلُ إِلَى مَنْ بَدَأَ بِهِ مِنْ عِلْمِهِ إِلاَّ بِإِذْنِهِ»* (بخاری ۴۱۷: ۱۳۶۲؛ حر عاملی ۱۴۰۹ ج ۱۵: ۳۷۰).^۱

در این حدیث معتبر، یکی از عناوینی که رفع شده است عنوان «مالایطیقون» است. یعنی آنچه طاقت و توانایی انجام آن را ندارند. در معنای ظاهری حدیث، این *«ثُمَّ»* عنوان رفع شده یعنی برداشته شده‌اند. اگر بخواهیم به معنای ظاهری روایت اکتفا کنیم به یک حقیقت ادعایی می‌رسیم مبنی بر

۱. محمد بن علی بن الحسین فی التوحید و الخصال عن احمد بن محمد بن یحیی عن سعد بن عبدالله عن یعقوب بن یزید عن حماد بن عیسی عن حرز بن عبدالله (ع) قال: قال رسول الله (ص): رفع عن أمی تسعة أشياء. الخطأ، و النسیان و ما أکرهوا علیه و ما لا یعلمون و ما لا یطیقون و ما اضطروا إلیه و الحمد و الطیره و التفکر فی الوسوسة فی الخلق ما لم ینطق بشفه.

اینکه خطا و فراموشی و آنچه نمی‌دانند و ... برداشته شده است. این به چه معناست؟ یعنی مردم خطا نمی‌کنند؟ یا فراموش نمی‌کنند؟ یا همه تکالیف همواره تحت قدرت و تمکن انسان‌هاست و هیچگاه برای فردی غیرممکن نمی‌شود؟ معلوم است که معنای حدیث این نیست بلکه منظور از «رفع» در حدیث، بنا به تفسیر فقها، رفع تشریحی است؛ یعنی آثار شرعیه بر آنها مترتب نمی‌گردد. حال عده‌ای این آثار مرفوعه را خصوص مؤاخذه می‌دانند و عده‌ای جمیع آثار. از نظر بعضی نیز نیازی به تقدیر گرفتن معنی خاصی نیست؛ بلکه همین که می‌گوییم این دلیل بر ادله اولیه حکومت دارد و از باب نفی حکم به لسان نفی موضوع است، خود به این معناست که آثار شرعیه بر فعلی که دارای این قیود است بار نمی‌شود (موسوی بجنوردی ۱۳۸۸ ج ۲: ۳۲).

به نظر امام خمینی منظور از رفع، برداشته شدن همه آثار هر فقره‌ای است (امام خمینی ۱۴۱۵ ج ۲: ۴۸) مثلاً مردم نسبت به بعضی از تکالیف علم پیدا نمی‌کنند؛ زیرا مجتهدین علی‌رغم فحص و تحقیق، درباره بعضی امور حکم شرع را نمی‌یابند. حدیث رفع در این موارد مقرر می‌دارد که آثار آنچه نمی‌دانند مرفوع است، یعنی لزوم اجرا یا مؤاخذه برداشته می‌شود.

در فقره مورد بحث ما آنچه خارج از توان آدمی است، طبق حدیث رفع مرفوع است. این بدان معنا نیست که همه امور و تکالیف تحت قدرت و توان آدمی است. بلکه به این معناست که اگر موضوعی یا تکلیفی از توان انسان خارج بود، الزام به انجام آن نیز منتفی می‌شود. یعنی آدمی مکلف به انجام عمل خارج از محدوده تحمل و تمکن نیست.

رکن دوم: تقابل عدم و ملکه

بین دو عنوان «صحت» و «فساد» رابطه تقابل عدم و ملکه وجود دارد. صحت به معنای تمامیت اجزا و شرایط و عدم مانع است و فساد نقطه مقابل آن است یعنی صورتی که در آن یا اجزاء تمام نیست یا شرایط موجود نیست، و یا مانع از صحت وجود دارد. بین این دو عنوان رابطه تقابل عدم و ملکه وجود دارد. درست مثل کوری و بینایی که در موضوع انسان و حیوان معنا پیدا می‌کند و در موضوعات دیگر مثل جمادات و نباتات اصلاً مطرح نیستند. صحت و فساد نیز تنها در عبادات و معاملات معنا پیدا می‌کنند و تقابل بین آن دو مانند کوری و بینایی، تقابل عدم و ملکه است. در تقابل عدم و ملکه امکان اجتماع دو وصف (مثلاً صحت و فساد) وجود ندارد و همین طور امکان ارتفاع هر دو وصف نیز وجود ندارد. در یک معامله نمی‌توان صحت و فساد، هر دو را صادق

دانست و نمی‌توان هر دو را منتفی دانست؛ زیرا معامله به هر حال یا صحیح است یا فاسد و شق سومی ندارد.

حال تبیین استدلال بر صحت قاعده چنین است:

وقتی مردی در یک عقد نکاح، متعهد به پرداخت مهر می‌شود، خطاب «اوفوا بالعقود» او را ملزم به اجرای تعهد و ایفای آن می‌کند. اما وقتی پرداخت مهر متعذر می‌گردد و ثابت می‌شود این تعذر دائمی است و وفا به آن امکان ندارد، اگر همچنان خطاب «اوفوا بالعقود» متوجه مرد باشد، این امر مستلزم تکلیف بمالایطاق است و تکلیف بمالایطاق مرفوع است. به این معنا که همه آثار آن (بنا بر مبنای امام خمینی) و یا اثر ظاهر آن (بنا بر مبنای شیخ انصاری) مرفوع است.

در ما نحن فیه، آنچه اثر ظاهر به شمار می‌آید، صحت مهر است؛ زیرا اگر عقد در بخش مهر صحیح باشد باید به آن وفا کرد. صحت عقد و لزوم وفا (توجه خطاب اوفوا بالعقود) لازم و ملزوم هم هستند. وقتی وفا به تعهد مهر امکان ندارد و خارج از توان مرد است پس باطل است. چون اگر صحیح بود باید آثار صحت بر آن مترتب می‌شد و اثر صحت، لزوم وفا به عهد است. در حالی که لزوم وفا به عقد به دلیل حدیث رفع (نفی تکلیف بمالایطاق) مرفوع است. پس صحت نیز مرفوع است.

اکنون باید گفت اگر معامله‌ای صحیح نباشد چاره‌ای نیست جز اینکه آن را باطل بدانیم به دلیل اینکه بین صحت و فساد، تقابل عدم و ملکه وجود دارد و ارتفاع هر دو از موضوع امکان ندارد. یک معامله از دو حال خارج نیست یا صحیح است یا فاسد و حالت سومی وجود ندارد و امکان خلو از هر دو وصف نیز وجود ندارد. پس چنین عقدی در بخش مهر باطل می‌گردد.

به عنوان مثال، مردی که هزار سکه طلا مهر همسرش کرده است یا از اول قادر به پرداخت آن نبوده و یا بعداً به خاطر تورم و بالارفتن ارزش طلا، پرداخت آن غیرممکن شده است. در هر حال به خاطر عدم امکان پرداخت، مصداق مالایطاق محسوب می‌شود و طبق حدیث رفع، صحت این مهر نفی می‌شود؛ زیرا اگر صحیح باشد، آثار صحت بر آن مترتب می‌گردد و آن لزوم ترتیب اثر دادن و پرداخت مهر است و وقتی با حدیث رفع، لزوم اجرای عقد منتفی می‌شود پس عقد صحیح نیست بلکه باطل است. در تقابل بین صحت و فساد، یکی از این دو وصف حتماً باید صدق کند؛ زیرا رابطه آن دو تقابل عدم و ملکه است. در این تقابل اجتماع و ارتفاع هر دو ممتنع است. نتیجه این استدلال این است که چنین عقدی در بخش مهر باطل است.

اینکه پس از بطلان مهر چه خواهد شد، بحث دیگری است. می‌توان در اینجا بین زن و شوهر توافق بر یک مهر جدید را تصور کرد یا انتقال به مهرالمثل در صورت وجود ارتباط زناشویی که خارج از موضوع این بحث است.

مبحث سوم: تطبیق قاعده با موضوع مهر

در ارتباط با مهر و مقایسه چگونگی جریان غرر بین بیع و عقد نکاح، بیان دیدگاه شهید اول در کتاب *القواعد والفوائد* مناسب است:

«سه گونه تصرف وجود دارد: یک قسم تصرفی است که موجب رشد مال و تحصیل سود می‌شود در مقابل عوضی که ذاتاً مقصود معامله است مثل اقسام بیع و اجاره. در این معاملات، جهالت جایز نیست.

قسم دوم احسان محض است و قصد رشد مال و تحصیل سود در آن وجود ندارد مثل صدقه و هبه و ابراء. در این موارد، جهالت مضر نیست.

قسم سوم: تصرفی است که در آن غرض مهم‌تری ورای معاوضه وجود دارد مثل نکاح. در نکاح مقصود اصلی الفت و مودت است و دور ماندن از قیاح و تکثیر نسل و ... ولی شارع حکیم در این عقد هم، عوض قرار داده است. شاهد بر این امر، ادله قطعی از قرآن است. مثل:

- وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ... (نساء: ۲۴)؛ یعنی غیر از این برای شما حلال است که زنان دیگر را به وسیله اموال خود طلب کنید.

- وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً (نساء: ۴)؛ یعنی مهر زنان را به عنوان هدیه‌ای از روی طیب خاطر به ایشان بدهید.

با لحاظ غرض و هدف نکاح، می‌توان آن را خالی از مهر یا با وجود جهالت نسبت به مقدار مهر منعقد نمود و با لحاظ جعل عوض از طرف شارع، غرر کثیر در نکاح جایز نیست مثل تزویج با مهر قراردادن عبد فراری یا شتر گم شده (شهید اول بی‌تاج ۲: ۶۲).

از عبارات شهید اول به دست می‌آید اگرچه نکاح مانند بیع و اجاره نیاز به علم دقیق طرفین عقد نسبت به عوضین ندارد، چه بسا این مسأله در نکاح اصلاً امکان ندارد؛ زیرا یکی از عوضین که حق تمتع جنسی است در کمیت و کیفیت قابل تقدیر نیست، اما در عین حال جهل کامل نسبت

به اینکه آیا مهر به قابل پرداخت است یا نه نیز قابل اغماض نمی‌باشد. مانند حیوان گم‌شده و عبد فراری که معلوم نیست پیدا شوند.

پس به‌طور اجمال می‌توان گفت با اینکه عقد نکاح با عقود معاوضی مالی تفاوت اساسی دارد، برای صحت یک عقد نکاح، مرد باید علم داشته باشد که توانایی تسلیم مهر را دارد و این موضوع همانطور که شرط صحت بیع و اجاره و ... است در نکاح نیز شرط صحت مهر است. در نتیجه اگر عقد نکاحی منعقد گردد در حالی که مرد علم دارد از عهده مهر بر نمی‌آید یا اینکه در توانایی پرداخت مهر تردید دارد، به ویژه اگر دیگران هم، نوعاً و عرفاً توانایی پرداخت آن را نداشته باشند، بنا به نظر اکثر علما چنین مهری باطل است (نراقی ۱۴۱۷: ۹۹)^۱ اگرچه نکاح صحیح است.

اینکه فساد و بطلان مهر به نکاح سرایت نمی‌کند اجمالاً بدین دلیل است که مهر از ارکان عقد نکاح دائم محسوب نمی‌شود به طوری که می‌توان عقد نکاح دائم را بدون ذکر مهر یا با شرط عدم مهر منعقد نمود یا اینکه تعیین مهر را به بعد از عقد نکاح موکول نمود. ممکن است این اشکال به نظر برسد که با توجه به اینکه مقذورالتسلیم بودن یکی از شرایط عوضین به شمار می‌آید، در موضوع بحث ما مردی که تمکن پرداخت مهر را ندارد، خود دچار مشکل است و مشکل از جانب مهریه نیست و چنین عقدی همانطور که در نظریات فقها و حقوقدانان آمد، باطل نیست.

در پاسخ باید گفت: این اشکال در صورتی وارد است که مهر یک مقدار معمول و معقول باشد و با وجود این، مرد از عهده پرداخت آن بر نیاید. در اینجا مرد موظف است با کار و تکسب و تحصیل مال مهر را بپردازد. اما گاهی مهر مبلغی نامتعارف و غیر معقول است به طوری که نمی‌توان مشکل را متوجه مرد دانست بلکه مهر به حدی است که نوعاً و عرفاً قابل پرداخت نیست. با توجه به اینکه در مثال‌های فقها مانند عبد فراری یا شتر گم شده (که در روایات به آن اشاره شده است) یافتن عبد و شتر امری غیر معقول نیست؛ بلکه چون نوعاً و عرفاً آمیدی به یافتن آنها نیست،

۱. فقهایی که قدرت بر تسلیم را شرط صحت عقد می‌دانند، در صورت تردید در وجود قدرت، معامله را باطل می‌دانند؛ زیرا شرط صحت باید احراز گردد. اما صاحب **جوهر** که عجز از تسلیم را مانع صحت عقد می‌داند، تردید در وجود قدرت را موجب بطلان عقد نمی‌داند (برای مطالعه بیشتر ر.ک: امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۳: ۳۱۲؛ امامی ۱۳۷۲ ج ۱: ۲۱۲؛ شهیدی ۱۳۸۷: ۴۶).

غیر قابل تسلیم محسوب می‌شوند و چنین عوضی موجب بطلان عقد می‌گردد. بنابراین همین که غالب مردم عادتاً چنین ثروتی ندارند می‌توان یک مهر را متصف به وصف غیر مقدورالتسلیم نمود مانند مهری معادل هزار سکه طلا که در عرف ما غالباً قابل پرداخت توسط کسی نیست؛ اگر چه ذاتاً پرداخت چنین مبلغی غیر ممکن نباشد.

بعضی از اساتید حقوق نیز به این موضوع تصریح نموده‌اند: «تعهد مربوط به مهریه‌های سنگین، در صورتی که بیش از امکانات مالی زوج باشد، خالی از اشکال نیست؛ زیرا مثلاً تعهد مهریه یک میلیون تومانی، نسبت به زوجی که تمام دارایی‌اش از رقم یکصد هزار تومان و درآمدش از مبلغ چند هزار تومان در ماه تجاوز نمی‌کند (چنانچه موارد آن عملاً بسیار دیده شده است)، تعهدی است که ایفای آن عادتاً غیر مقدور است و در نتیجه خود تعهد به علت عدم قدرت بر تسلیم نمی‌تواند اعتبار داشته باشد... با در نظر گرفتن شرایط مالی زوج، نه تنها تأدیه مبلغ مهر فعلاً غیر مقدور است بلکه در زمان آینده نیز عادتاً امکان نخواهد داشت (شهادی ۱۳۸۷: ۵۱).

با این حال به نظر می‌رسد این دیدگاه مبتنی بر این فکر است که عدم قدرت شخصی یا به تعبیری عدم امکان نسبی، موجب بطلان قرارداد و در اینجا قرارداد مهر است. اما اگر عدم قدرت نوعی یا عدم امکان مطلق را موجب بطلان بدانیم، حکم به بطلان مهر مذکور در شرایط اقتصادی امروز قابل ایراد به نظر می‌رسد.

نتیجه

قاعده فقهی «بطلان کل عقد بتعذر الوفاء بمضمونه» می‌تواند بطلان مهرهای گزافی که عرفاً و عادتاً قابل پرداخت نیستند را ثابت نماید زیرا:

علاوه بر قدرت واقعی، علم به اینکه متعهد (مرد) قدرت بر اجرای تعهد (پرداخت مهر) دارد، شرط صحت عقد است. بنابراین وقتی مرد از ابتدا می‌داند قادر به پرداخت مهر نخواهد بود، یا اینکه بعد از عقد قدرت خود را از دست می‌دهد، این عقد در بخش مهر باطل است. اگر قائل به بطلان مهر نباشیم و آن را صحیح بدانیم، لازمه آن وجوب اداء و پرداخت مهر است در حالی که پرداخت آن از توانایی مرد خارج است و مشمول عنوان «مالایطیقون» در حدیث رفع گشته است.

بسیاری از حقوقدانان عقیده دارند عدم قدرت در صورتی موجب بطلان مهر می‌شود که مطلق باشد و پرداخت آن از عهده هیچ کس بر نیاید، بدین معنی که پرداخت مهر تعیین شده نوعاً و عرفاً

غیر مقدور باشد؛ نه اینکه تنها مرد متعهد ناتوان از پرداخت آن باشد. قانون مدنی (ماده ۳۴۸) از محدوده متعاقدين تجاوز نمی‌کند و تنها تمکن دو طرف عقد را ملاک صحت عقد می‌داند. در واقع قانون مدنی ظاهراً عدم قدرت نسبی بر اجرای تعهد را نیز موجب بطلان عقد به‌شمار می‌آورد. به نظر می‌رسد دقت در مثال‌های مذکور در کتب حقوقی درباره اجرای قاعده، مطلب را روشن خواهد کرد. در این مثال‌ها، گاهی اجرای تعهد از تخصص متعهد خارج است. در این فرض، متعهد با کمک گرفتن از متخصص تعهد را ایفاء و عقد را حفظ می‌کند. مانند کالایی که در آب افتاده و نیاز به غواصی دارد. یا حیوانی که رمیده است و به دست اشخاص وارد برگردانده می‌شود و عقد حفظ می‌شود. گاهی نیز امکانات متعهد دچار نقصان می‌گردد. در این شرایط او می‌تواند از امکانات دیگران بهره‌بردار و عقد را حفظ کند. مثل مؤسسه حمل‌بار که تعهد به حمل اثاثیه شخصی نموده است، اگر دچار خرابی ماشین شود باید ماشین دیگری اجاره نماید و تعهد خود را به انجام برساند. اما این مثال‌ها با پرداخت مهریه گزافی که از عهده مرد خارج است فرق می‌کند. وجه افتراق آنها در این است که در مثال‌های مذکور متعهد می‌تواند هزینه استفاده از امکانات و تخصص دیگران را بپردازد اما مسأله در مهر اینگونه حل نمی‌شود.

مردی که متعهد به پرداخت هزار سکه طلا شده است، یا از ابتدا قادر به پرداخت آن نبوده و تنها برای دستیابی به ازدواج مطلوب خود این مهریه را پذیرفته است یا بعداً به دلیل بالا رفتن قیمت طلا از پرداخت آن عاجز گشته است. آیا در این موارد می‌توان گفت به دلیل نسبی بودن عدم قدرت، مهر باطل نیست؟ چنین مهرهای گزافی از تمکن غالب مردم خارج است. امکان استفاده از اموال و امکانات دیگران به منظور پرداخت مهر برای مردم نوعاً و عرفاً وجود ندارد. افراد اندکی هستند که چنین مهرهایی را می‌توانند بپردازند ولی توانایی آنها نفعی به حال متعهد ندارد.

شاید یک روش برای برون‌رفت از این معضل را بتوان در این راهکار جستجو نمود که در هنگام عقد ازدواج، افراد موظف باشند تنها به اندازه اموال و دارایی خود مهر را بپذیرند و با ارائه اسناد و مدارکی ثابت کنند که شخصاً قادر به تهیه و تأدیه مهر مورد توافق خواهند بود.

راه حل بهتر مداخله قانونگذار و منع تعیین مهرهای گزاف یا لااقل منع ثبت اینگونه مهرها و حکم به عدم استماع دعوی مطالبه آنهاست. البته ثبت نکاح با مهر معقول و متعارف باید مجاز و دعوی راجع به آن باید قابل استماع باشد. تعیین مهرهای گزاف و نامتعارف و مهرهای معقول و متعارف را می‌توان به آئین‌نامه‌ای محول کرد که هرچند سال یک بار قابل تجدید نظر باشد.

منابع

- ابن ادریس، محمد بن منصور. (۱۴۱۰ق) *السرائر*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ابن اثیر، مبارک بن محمد. (۱۴۲۲ق) *النهایه فی غریب الحدیث*، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ابن فارس، احمد بن فارس بن زکریا. (۱۴۰۴ق) *معجم مقاییس اللغة*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- ابن منظور، ابوالفضل جمال الدین. (۱۴۱۴ق) *لسان العرب*، بیروت: دارالفکر.
- ابوجیب، سعدی. (۱۴۰۸ق) *القاموس النقیه*، دمشق: دارالفکر.
- ابوداود، سلیمان بن اشعث سجستانی. (بی تا) *السنن*، بیروت: المكتبة العصریه.
- امام خمینی، سیدروح الله. (۱۴۲۱ق) *کتاب البیح*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- _____ . (۱۴۱۵ق) *انوار الهدایه فی التعلیقه علی الکفایه*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام - خمینی.
- امامی، سیدحسن. (۱۳۷۲) *حقوق مدنی*، تهران: انتشارات اسلامی.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۵ق) *کتاب المتکاسب*، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۰) *ترمیمولوژی حقوق*، تهران: نشر گنج دانش.
- جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ق) *الصحاح*، بیروت: دارالعلم للملایین.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق) *وسائل الشیعه*، قم: مؤسسه آل البیت (ع).
- حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی. (۱۴۱۷ق) *العناوین الفقهیه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حمیری، نشوان بن سعید. (۱۴۲۰ق) *شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلام*، بیروت: دارالفکر المعاصر.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق) *مفردات الفاظ القرآن*، سوریه: دارالعلم.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۷) *مجموعه مقالات حقوقی*، تهران: انتشارات مجد.
- شهید اول، محمد بن مکی عاملی. (بی تا) *القواعد والفوائد*، قم: کتابفروشی مفید.
- شیخ صدوق، محمد بن علی بن بابویه. (۱۳۶۲) *الخصال*، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- _____ . (۱۳۸۷) *التوحید*، بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
- صاحب بن عباد، اسماعیل. (۱۴۱۴ق) *المحیط فی اللغة*، بیروت: عالم الکتب.
- صفایی، سیدحسین. (۱۳۸۲) *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، تهران: نشر میزان.
- طریحی، فخرالدین. (۱۴۱۶ق) *مجمع البحرین*، تهران: کتابفروشی مرتضوی.
- عبدالمنعم، محمود عبدالرحمن. (بی تا) *معجم المصطلحات و الالفاظ الفقهیه*، قاهره: دارالفضیله.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴ق) *تذکره الفقهاء*، قم: مؤسسه آل البیت.
- علم الهدی، سیدمرتضی. (۱۴۰۵ق) *رسائل الشریف المرتضی*، قم: دارالقرآن الکریم.
- فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰ق) *کتاب العین*، قم: مؤسسه هجرت.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۶۹) *حقوق مدنی - قواعد عمومی قراردادها*، تهران: شرکت انتشار.

- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق) *الکافی*، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق) *شرایع الاسلام*، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- محقق داماد یزدی، سید مصطفی. (۱۴۰۶) *قواعد فقه*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مسلم، ابن حجاج. (۱۴۰۷ق) *الجامع الصحیح*، قاهره: دارالریان لتراث.
- مصطفوی، حسن. (۱۴۰۲ق) *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، تهران: مرکز الکتاب للترجمة و النشر.
- مغربی، نعمان بن محمد. (۱۳۸۵) *دعائم الاسلام*، قم: مؤسسه آل‌ال‌بیت^(ع).
- موسوی بجنوردی، سید محمد. (۱۳۸۸) *فقه مدنی*، تهران: انتشارات مجد.
- موسوی بجنوردی، میرزا حسن. (۱۴۱۹ق) *القواعد الفقهیه*، قم: نشر الهادی.
- مؤسسه دایرة‌المعارف فقه اسلامی. زیر نظر محمود هاشمی شاهرودی. (۱۴۲۶ق) *فرهنگ فقه، مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام*، قم: مؤسسه دایرة‌المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
- نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق) *جواهر الکلام*، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- نراقی، مولی‌احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۷ق) *عوائد الایام*، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.