



درس فارغ فقه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

موضوع کلی: نکاح

موضوع جزئی: احکام عقد - مسأله ۱۰ - اعتبار تنجیز در عقد - ادله اعتبار تنجیز

دلیل اول: اجماع - بررسی دلیل اول

سال پنجم

جلسه: ۳۲

«الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی محمد و آله الطاهرین و اللعن علی اعدائهم اجمعین»

ادله اعتبار تنجیز

بحث در اعتبار تنجیز در عقد نکاح بود؛ عرض کردیم به نظر بسیار از فقها یا همه فقها اجمالاً تعلیق مبطل عقد است، بدین معنا که عقد حتماً باید منجز باشد. صرف نظر از صوری که در مسأله وجود دارد، اجمالاً چند دلیل بر اعتبار تنجیز یا به تعبیر دیگر بطلان عقد به سبب تعلیق اقامه شده است. اینکه عرض می‌کنم فی الجمله این چند دلیل ذکر شده، برای این است که در مورد بعضی از صور اختلاف است و شاید متقدمین بین این صور تفکیک نکرده‌اند؛ بحث از اعتبار تنجیز را به نحو کلی ذکر کرده‌اند، بعد به مرور در کلمات صورت‌هایی برای تنجیز و تعلیق ذکر شده است. ما اجمالاً این ادله را فعلاً بررسی می‌کنیم تا بعد ببینیم واقعاً کدام یک از این صور مشمول این ادله هست و کدام نیست.

ادله‌ای که اقامه شده، اجماع، دلیل عقلی، روایات، استنکار عرف است بدین معنا که که عرف این را نمی‌پذیرد، یعنی تمسک به عرف و عقلا در این امر، برخی روایات است، خلاصه چند دلیل ذکر شده است.

دلیل اول: اجماع

دلیل اول ادعای اجماع است؛ در کلمات برخی از بزرگان چه از متقدمین و چه از متأخرین ادعای اجماع شده بر اعتبار تنجیز و اینکه تعلیق مبطل عقد است. از کسانی که ادعای اجماع کرده‌اند، شاید مرحوم کاشف اللثام را بتوانیم نام ببریم و به تبع ایشان صاحب جواهر و بعد برخی دیگر از فقیهان شاید مهم‌ترین یا به تعبیر دیگر تنها دلیل اعتبار تنجیز را اجماع می‌دانند.

۱. کاشف اللثام می‌فرماید: «لا عقد مع التعلیق» عقد با تعلیق واقع نمی‌شود ولو اینکه معلق علیه قطعی الحصول باشد و خود شخص هم قصد تعلیق نداشته باشد، مثل اینکه کسی بگوید إن کان الیوم یوم الجمعة فقد زوجتک، اگر امروز روز جمعه باشد و خود شخص هم قصد تعلیق ندارد و فقط از باب تأکید دارد این را ذکر می‌کند، ایشان می‌فرماید این عقد باطل است، در مثالی که نظیر آن را ملاحظه کردید مثل امام و مرحوم سید حکم به بطلان نکردند، اما ایشان می‌فرماید باطل است.

دلیلی که ایشان ذکر می‌کند این است که در صحت عقد شرط است که از الفاظ صریح استفاده شود و اگر لفظی کنایی یا غیر صریح باشد، مبطل عقد است. بنابراین وقتی می‌گوید إن کان الیوم یوم الجمعة، این صراحت در تأکید ندارد بلکه یحتمل معنای تعلیق را برساند؛ و چون صراحت در تنجیز ندارد و احتمال تعلیق در آن هست، بنابراین عقد باطل است، هر چند خود شخص به هیچ وجه در قصد خودش تعلیق این عقد را اراده نکرده است. بعد ایشان در این مسأله ادعای اجماع کرده است.^۱

۲. از کسانی که ادعای اجماع کرده، صاحب جواهر است که به تبع کشف اللثام چنین ادعایی را کرده، ضمن اینکه اشکالی را بر

۱. کشف اللثام، ج ۷، ص ۴۸.

کشف اللثام ایراد فرموده است. می‌گوید در عقد قطعاً تنجیز معتبر است، لکن اینکه صاحب کشف اللثام گفته است تعلیق بر امر قطعی الحصول حتی در فرضی که قصد تعلیق نداشته باشد مبطل عقد است، ما این را قبول نداریم. در این فرض عقد صحیح است و ما یقین به صحت داریم؛ می‌گوید «و فيه ما لا يخفى من القطع بالصحة»، این فرضی که کاشف اللثام ادعای بطلان آن را کرده، ایشان می‌گوید اگر شخص قصد تعلیق ندارد، چرا حکم به بطلان کنیم؟ «و فيه ما لا يخفى من القطع بالصحة لو قال إن كان اليوم يوم الجمعة فقد زوجتك على فرض عدم ارادة التعليق منه»، بر فرض که قصد تعلیق نشده باشد، یقین داریم به صحت این عقد؛ این فرضی که یقینی و حصول آن قطعی است و خود شخص هم هیچ تعلیقی را در ذهنش ندارد، چرا حکم به بطلان کنیم؟ صاحب جواهر این ادعا را دارند.

در عبارات بسیاری از فقها هم این مسأله پذیرفته شده که آنچه به عنوان دلیل برای بطلان تعلیق در عقد می‌تواند مورد استناد قرار گیرد، اجماع است.

بررسی دلیل اول

حالا ببینیم واقعاً در مسأله چنین اجماعی وجود دارد یا نه. بررسی اجمالی در مورد اشتراط تنجیز باید صورت بدهیم. در کتاب نکاح اشتراط تنجیز را تا زمان صاحب الجامع (ابن سعید حلی) کسی ذکر نکرده است. بله، در برخی از ابواب فقهی دیگر مثل عتق یا طلاق این مطرح شده، اما در مورد نکاح شاید اولین بار توسط ابن سعید حلی مطرح شده که مربوط به قرن هفتم است. بعد علامه حلی هم این را مطرح کرده در اوایل قرن هشتم، بعدش هم شهید اول که ایشان هم تقریباً اواخر قرن هشتم است؛ تا محقق ثانی که در قرن دهم (محقق کرکی). برخی اصلاً ادعای اجماع نکرده‌اند ولی اصل اشتراط را ذکر کرده‌اند. شاید اولین کسی که ادعای اجماع را مطرح کرده، کاشف اللثام است؛ قبل از ایشان بعضی عبارات علامه اشعار دارد. ولی شهید اول، محقق ثانی، اینها ادعای اجماع نکرده‌اند. در این بین فقهای برجسته‌ای که کتاب نکاح و احکام نکاح را بررسی کرده‌اند، به این شرطیت اشاره نکرده‌اند و متعرض این مسأله نشده‌اند. اینکه فقها در مسأله‌ای متعرض شوند و حکم بدهند، ما می‌توانیم موافقت آنها را کشف کنیم؛ ببینیم همه متعرض این مسأله شده‌اند و مثلاً فتوا به اعتبار تنجیز داده‌اند؛ اینجا می‌توانیم بگوییم اجماع وجود دارد. ولی اگر جمع زیادی از فقها اساساً متعرض این مسأله نشده‌اند، ما نمی‌توانیم به صرف اینکه ما مخالفتی ندیدیم بگوییم اینها هم بر این عقیده هستند. مخالفت در مورد اینها سالبه به انتفاء موضوع است؛ اصلاً متعرض نشده‌اند تا بخواهیم عدم موافقت یا مخالفت آنها را کشف کنیم. بنابراین این یک قاعده کلی است که ما در مسائلی که ادعای اجماع می‌شود، نمی‌توانیم بگوییم تعدادی از فقها متعرض شده‌اند و اینها همه مثلاً قائل به اعتبار تنجیز هستند و بقیه هم متعرض نشده‌اند، پس مخالفی در مسأله وجود ندارد و ادعای اجماع کنیم؛ نه در این مسأله، در هیچ مسأله فقهی ما اینطور نمی‌توانیم اجماع را کسب کنیم.

بله، مطلبی را بعضی قائل هستند که مثلاً اگر از فقهای بزرگ از ابتدا تا زماننا هذا، اینها اگر در مسأله‌ای موافق باشند، می‌توانیم ادعای اجماع کنیم. این خودش یک اختلاف مبنايي است که اگر مثلاً ببینیم در مسأله‌ای سید مرتضی، شیخ مفید، شیخ طوسی، محقق حلی، علامه حلی، شهید اول، شهید ثانی، صاحب جواهر، محقق ثانی، کاشف اللثام، بعد از اینها تعدادی از فقیهان صاحب نام، اینها همه با هم عقیده‌ای داشته باشند، اینجا با این ۱۵ یا ۲۰ نفر که از اعلام محسوب می‌شوند، اگر بر امری متفق باشند، ما

می‌توانیم ادعای اجماع کنیم؛ حالا ما با آن فعلاً کار نداریم.

سؤال:

استاد: ممکن است از آن طرف مفروغ عنه دانسته باشند. ما فعلاً با خصوص این مسأله کار نداریم، کلی می‌گوییم. بسیاری از اجماعاتی که در مسائل مختلف ادعا شده، وقتی ریشه‌یابی می‌شود اینطور نیست؛ اصلاً ممکن است مسأله به ذهن آنها نرسیده یا آن موقع مطرح نبوده است. اما اینکه بگوییم عدم تعرض کاشف از این است که نظر آنها هم همین بوده ولی چون مفروغ عنه می‌دانستند متعرض نشدند، این را نمی‌توانیم استفاده کنیم.

علامه در تذکره چند مثال می‌زند که در همه اینها حکم به بطلان می‌کند؛ مثلاً می‌گوید اگر بگوید إذا جاء رأس الشهر فقد زوجتك، اگر اول ماه بیاید من تو را به زوجیت خودم درمی‌آورم؛ این شرط برای آینده است ولی یقینی است، چون بالاخره اول ماه می‌آید. یا می‌گوید إن قدم زيدٌ فقد زوجتك، قدوم زيد قطعی الحصول نیست؛ ممکن است زيد بیاید و ممکن است نیاید. یا مثلاً می‌گوید إن كان بنتاً فقد زوجتكها، اگر این دختر باشد من او را به زوجیت تو درمی‌آورم. اینجا احتمالی است این شرط و بعد هم برخی از شروطی که اینجا ذکر کرده، شروط صحت عقد است؛ چون این شروط گاهی شرط صحت است و گاهی شرط صحت نیست. ایشان ظاهراً در تمام این موارد حکم به بطلان کرده است. البته می‌گوید «لم ينعقد شيء من هذه الصور عندنا»، تعبیر عندنا در عبارات مرحوم علامه ظهور در اجماع دارد، چون به دنبال آن می‌گوید «و للشافعية وجهان»، معمولاً ایشان اشاره‌ای به اقوال مخالف می‌کند و مخصوصاً شافعیه که معمولاً در هر مسأله‌ای دو قول دارد. مثال‌هایی که ایشان ذکر کرده‌اند عموماً مثال‌هایی است که مربوط به شروط صحت عقد است.

شهید اول در کتاب قواعد تصریح می‌کند «لا يجوز تعليق انعقاد العقود على شرط سواء كان مترقباً قطعاً معلوم الوقت» چه اینکه این شرط مترقب و قطعی باشد و وقت آن هم معلوم باشد؛ یعنی یک امر استقبالی قطعی الحصول که وقت آن معلوم است، «و هو المعبر عنه بالصفة» که از این به صفت تعبیر می‌کنند؛ مثل اینکه می‌گوید إن كان اليوم الخميس فقد زوجتك، «أو غير معلوم الوقت»، معلوم الوقت نباشد، مثل اینکه می‌گوید اگر مورث من از دنیا رفت، ملک یمین خودم را به تو تزویج کردم. اینجا وقتش معلوم نیست، با اینکه مقطوع است اما وقت آن معلوم نیست. یا امر قطعی الحصول نیست، ممکن است واقع شود و ممکن است واقع نشود. می‌گوید إن كان وكيلی قد اشتراه فقد بعته بكذا، اگر وکیل من این را خریده باشد این را به تو می‌فروشم؛ معلوم نیست اصلاً وکیل خریده باشد تا ملک این شده باشد و بخواهد به دیگری بفروشد. یا مثلاً إن كانت موكلتی قد انقضت عدتها فقد زوجتكها، اگر موکل من عده‌اش منقضی شده باشد پس من او را به زوجیت تو درمی‌آورم. این وکیل نمی‌داند که آیا عده آن زن منقضی شده یا نشده است. توکیل برای ازدواج در عده اشکال ندارد؛ زنی در حال عده می‌تواند دیگری را وکیل کند برای اینکه بعد العدة او را به زوجیت دیگری در بیاورد؛ اما وکیل که نمی‌تواند در حال عده عقد کند. یا مثلاً می‌گوید إن كان احد من نسائك الاربع مات فقد زوجتك ابنتی، اگر یکی از چهار زن تو از دنیا رفت و مُرد، دخترم را به زوجیت تو درمی‌آورم. تمام اینها را ایشان حکم به بطلان کرده، چون در این موارد عقد بر چیزی تعلیق شده که شرط صحت است و تحقق آن هم معلوم نیست. آن اولی که معلوم بود هیچ؛ در آنجایی که غیر معلوم است داریم عرض می‌کنیم. «إذا لم يعلم المتعاقدان وجوده اما

لو علما الوجود» اما اگر یقین پیدا کنند که این موجود است، یعنی برای هر دو یقینی است وجود این شیء، «فان العقد صحيح و لا شرط و إن كان بصورت التعليق»، یعنی صورت عقد تعلیق است و تنجیز نیست، اما در واقع می‌گوید اینجا تعلیق نیست. این تعلیق نیست به حسب واقع، لذا اینجا حکم به صحت کرده است. شهید اول در واقع گویا در مواردی که قطعی الحصول نیست و علم به وجود شرط هم نیست، آنجاها می‌گوید باطل است؛ اما اگر علم به وجود باشد، الان موجود نیست اما یقین دارد بعداً موجود می‌شود، اینجا ظاهرش ظاهر تعلیق است ولی در واقع هیچ تعلیقی در آن نیست. این منجز است اصلاً، باطناً این شرط تنجیز در آن وجود دارد. بعد مثال‌های دیگری می‌زند ایشان در باب بیع و امثال اینها.

محصل آنچه شهید اول در این باب فرموده این است که تعلیق مبطل عقد است اگر حقیقی باشد؛ صوری که ذکر می‌کند کأن می‌خواهد بگوید در بعضی از صور، صورتاً تعلیق است ولی حقیقتاً تعلیق نیست؛ ولی ادعای اجماع نکرده است. ایشان هم بین برخی صور تفکیک کرده ولی تفکیکی که ایشان در این صور کرده از این جهت است که آیا تعلیق حقیقتاً تحقق دارد یا ندارد. می‌گوید آنجاها که حقیقتاً تعلیق موجود است، این باطل است؛ یک جاها که حقیقتاً تعلیق تحقق ندارد ولو به حسب ظاهر شرطی ذکر شده و این تعلیق وجود دارد، این موجب بطلان نمی‌شود.

بنابراین اگر ما بخواهیم ببینیم آیا در این مسأله اجماع وجود دارد یا نه، فی الجمله و نه بالجمله با قطع نظر از اینکه بین صور تفاوت‌هایی وجود دارد، باز هم ما بیشتر نقل خواهیم کرد عبارات را، مثلاً مرحوم آقای خویی در بعضی صور قائل به بطلان است و در بعضی از صور قائل به عدم بطلان؛ ملاک‌ها فرق می‌کند. شهید اول می‌گوید بعضی‌ها به حسب واقع تعلیق نیست، ظاهراً در آن تعلیق و شرط ذکر شده است. بعضی‌ها به مسأله قطعیت و علم طرفین اشاره کرده‌اند، مثل مرحوم سید.

علی‌رغم اختلافی که در جزئیات موارد تعلیق در عقد وجود دارد، ما می‌توانیم فی الجمله اصل مبطل بودن تعلیق در عقد را و اشتراط تنجیز را به عنوان یک امر مورد اتفاق و مجمع علیه بپذیریم؛ اما اینکه در کدام صورت این مبطل است و در کجا مبطل نیست، اینها مطالبی است که باید بررسی شود. اصل این دلیل فی الجمله قابل قبول است. یک مواردی به نظر برخی از آقایان از مورد اجماع خارج است، حالا اگر ما در مواردی هم تردید داشته باشیم که مشمول اجماع هستند یا نه، با توجه به اینکه اجماع یک دلیل لبی است، باید به قدر متیقن اخذ کنیم. پس اصل این دلیلیت فی الجمله قابل قبول است. اما اینکه دایره اجماع و دامنه اجماع تا کجا وسعت دارد، این مطلبی است که به مرور در مباحث آینده معلوم می‌شود.

«والحمد لله رب العالمین»