



درس فارغ فقه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

موضوع کلی: نکاح

تاریخ: ۸ بهمن ۱۴۰۱

مصادف با: ۶ رجب ۱۴۴۴

موضوع جزئی: احکام عقد - مسأله ۱۰ - اعتبار تنجیز در عقد - حق در مسأله - بررسی کلام شیخ انصاری -

۱. بطلان تعلیق بر امر استقبالی به نحو احتیاط وجوبی

جلسه: ۳۹

سال پنجم

«الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی محمد وآله الطاهیرین و اللعن علی اعدائهم اجمعین»

حق در مسأله

بحث ما پیرامون ادله اعتبار تنجیز در عقد نکاح بود؛ دلایلی که برای اعتبار تنجیز ذکر شده، همگی مورد بررسی قرار گرفت. اجماع، روایات، دلیل عقلی به دو تقریر، اینها ذکر شدند و مورد مناقشه قرار گرفتند. حالا مجموعاً بالاخره باید قائل به بطلان تعلیق در عقد نکاح شویم یا قائل به جواز؟

ادله را ملاحظه فرمودید؛ نه روایات بر این مطلب دلالت دارد و نه عقل امکان تعلیق را نفی می‌کند؛ هر دو تقریر دلیل عقلی ذکر شد و نتیجه این شد که این دو دلیل بر اعتبار تنجیز دلالت ندارد. تنها دلیلی که مورد استناد قرار گرفته و فی الجمله از بعضی از مناقشات مصون است، اجماع است. شما در کلمات هم که نگاه کنید، نوعاً برای حکم به بطلان عقد معلق به اجماع استناد کرده‌اند.

بررسی کلام شیخ انصاری در مورد اجماع

در باب اجماع، مرحوم شیخ از دو طریق در باب نکاح به اجماع تمسک کرده است:

۱. یکی از راه اجماع در خود نکاح. ایشان ادعا می‌کند که در نکاح اجماع داریم که تعلیق جایز نیست، عقد نکاح باید به صورت منجز واقع شود.

۲. راه دیگر هم استناد به اولویت نسبت به اجماع در باب وکالت است. ایشان می‌گویند اجماعی است که وکالت نمی‌تواند به صورت معلق واقع شود و اگر منجز نباشد باطل است، حال اگر در باب وکالت بالا جماع تعلیق مبطل باشد، در باب نکاح به طریق اولی مبطل خواهد بود؛ به جهت شدت اهمیتی که شارع در مسأله فروج دارد. بنابراین از راه اولویت نسبت به اجماع در باب وکالت، نتیجه می‌گیرد که در عقد نکاح هم باید قائل به بطلان عقد در صورت تعلیق شویم.

بررسی طریق اول: اما در مورد طریق اول واقع این است که چنین اجماعی وجود ندارد؛ ما قبلاً هم اشاره کردیم که عبارات و کلمات بسیاری از فقها نه تنها دال بر بطلان نیست، بلکه با توجه به اینکه قائل به صحت در بعضی فروع شده‌اند، قطعاً نمی‌توانیم ادعای اجماع را به طور کلی در مورد تعلیق در عقد نکاح بپذیریم. این مسلم است که در باب نکاح چنین اجماعی وجود ندارد. اولین کسی که در باب نکاح ادعای اجماع کرده، یحیی بن سعید حلی است؛ قبل از او ادعای اجماع نشده، بعد از او هم در کلمات برخی ادعای اجماع شده که نمونه‌های آن را ذکر کردیم، مثل کاشف اللثام و به تبع او صاحب جواهر؛ لکن آنها در خصوص نکاح ادعای اجماع نکرده‌اند، بلکه قائل به بطلان عقد در صورت تعلیق شده‌اند. این مسلماً محل اشکال است؛ اجماعی که اینها ادعا کرده‌اند منقول است و با تفحص و تتبع در این مسأله معلوم می‌شود که در همه عقود اینطور نیست که

همه فقها قائل به بطلان شده باشند. پس اینکه در باب نکاح چنین اجماعی وجود داشته باشد، مسلماً قابل پذیرش نیست. اما در همه عقود به صورت کلی، حالا آن را در بعضی موارد مثل وکالت یا طلاق که ادعای اجماع شده، در همان هم مناقشه شده که اشاره خواهیم کرد.

بنابراین ادعای اجماع در مورد باب نکاح مسلماً قابل قبول نیست.

بررسی طریق دوم: در مورد طریق دوم که شیخ از راه اولویت خواسته این مسأله را اثبات کند، این هم به نظر می‌رسد هم در اصل ادعا که در باب وکالت اجماع داریم بر بطلان عقد معلق می‌توان مناقشه کرد و هم اولویتش را. اما اینکه ایشان فرموده اجماع داریم بر بطلان عقد وکالت در صورت تعلیق، میرزای قمی در جامع الشتات تصریح کرده به صحت توکیل وقتی که معلق بر چیزی شده باشد؛ توکیل برای طلاق زوجه، مثلاً به زنش می‌گوید اگر من فلان کار را کردم، تو وکیل هستی که مرا طلاق دهی؛ اختیار طلاق را به همسرش می‌دهد؛ گفته‌اند این توکیل صحیح است. طلاق که بدست مرد است، با شرایطی به زن داده می‌شود و به او وکالت می‌دهد؛ أنت وکیل فی الطلاق إذا اخترت الزوجة الاخری، اگر من زن دیگری گرفتم، شما وکیل هستی که طلاق بگیری. محقق قمی فرموده این صحیح است و نسبت داده این حکم را به محقق سبزواری و اردبیلی.^۱ پس اصل اینکه در باب توکیل هم اجماعی باشد، محل اشکال است.

به علاوه، اولویت را به چه ملاکی می‌توان اینجا ذکر کرد؟ درست است باب نکاح نسبت به باب وکالت از یک جهاتی مهم‌تر و برجسته‌تر است و احتیاط شارع در آن بیشتر است؛ اما اینکه این اهمیت را ملاک قرار دهیم و موجب اولویت آن هم در چنین مسأله‌ای، این هم به نظر می‌رسد قابل قبول نیست.

پس در مورد نکاح واقع این است که اصل اجماع مخدوش است، چه ادعای اجماع در خصوص باب نکاح و چه از راه اولویت. آنچه در گذشته در مورد اجماع پذیرفتیم که فی الجمله اجماع وجود دارد، اما چون محدوده آن محل بحث است و صور مختلفی اینجا وجود دارد، باید به قدر متیقن از این صور اکتفا شود. قدر متیقن که می‌گوییم، این قدر متیقن را چه بسا با استناد به آنچه در بین مسلمین از صدر اول تا به حال جریان داشته، می‌توانیم ذکر کنیم. اگر به خاطر داشته باشید ما چند صورت برای تعلیق در نکاح ذکر کردیم؛ این صور محصول چند امر بود: حالی بودن و استقبالی بودن معلق علیه؛ مشکوک بودن یا معلوم بودن تحقق معلق علیه؛ نسبت به امر استقبالی اینکه به نحو متأخر ملاحظه شود یا به نحو مقارن؛ اینکه معلق علیه از شرایط صحت عقد باشد یا از این شرایط نباشد، این به بعضی از شقوق ممکن است مرتبط شود؛ اینکه آیا عاقد و نوع مردم نسبت به تحقق آن امر معلق علیه علم داشته باشند یا نداشته باشند، که به این مسأله در کلام مرحوم سید اشاره شده بود، ولی در تحریر مسأله علم و عدم علم ذکر نشده است. اینکه این مربوط به یک امر ماضی باشد، امری که گذشته است. صوری که در تعلیق در باب نکاح می‌توان تصور کرد و احتمالاتش از ملاحظه این امور با هم پدید می‌آید که این ده‌ها صورت را دربرمی‌گیرد. آنچه امام(ره) در متن تحریر گفته‌اند، حکم به بطلان تعلیق بود، الا در یک صورت؛ آنجایی که امر قطعی الحصول و حالی باشد؛ تازه این را فرمودند «لا یبعد الصحة»، دیگر فرقی بین علم عاقد به تحقق یا عدم علم او نگذاشته‌اند، اما مرحوم سید در این صورت فرق گذاشته‌اند؛ در جایی که عاقد علم به تحقق معلق علیه ندارد، فرمودند حکم به صحت مشکل است، اما

۱. جامع الشتات، ج ۲، ص ۴۵۳.

اگر بداند، حکم به صحت کرده‌اند.

۱. بطلان تعلیق بر امر استقبالی به نحو احتیاط وجوبی

در بین این صور، برخی از صور را می‌توانیم حکم به صحت کنیم و برخی را قائل به بطلان شویم. آنچه که به عنوان یک امر مسلم و مقطوع در میان مسلمین وجود دارد و می‌توانیم بگوییم عملاً در بین مسلمانان چنین نکاحی واقع نمی‌شود و شاید اکثریت قریب به اتفاق فقها هم همین نظر را قائل هستند، این است که نکاح اگر معلق شود بر یک امر استقبالی و آینده، اعم از مشکوک و مقطوع الحصول، احوط به نظر ما آن است که لایجوز. چرا می‌گوییم احوط؟ چون از نظر دلیل واقع این است که هیچ کدام از ادله اقتضای بطلان این صورت را ندارد، حتی اجماع که ما قائل هستیم، نمی‌توانیم بگوییم اجماع بر بطلان عقد نکاح در صورتی که معلق بر یک امر مقطوع الحصول استقبالی به نحو شرط متأخر باشد، قائم شده است. مثلاً می‌گوید أنت زوجتی بعد شهر، یعنی این جاء رأس الشهر فزوجتک، من تو را به زوجیت خودم در آوردم هنگامی که اول ماه بیاید، مثلاً یک ماه بعد؛ این قطعی است

سؤال:

استاد: فرق نمی‌کند، معلق بر آن، إذا جاء رأس الشهر فزوجتک؛ أنت زوجتی بعد مضي شهر، در هر صورت انشاء معلق شده بر مضي شهر. آن همان مسأله تعلیق در انشاء و منشأ است؛ انشاء الان است، منشأ در آینده تحقق پیدا می‌کند. از نظر عقلی، محذوری در تعلیق منشأ نیست. حکم به صحت و بطلان مسأله دیگری است که ما به چه دلیل بگوییم باطل است. محذور عقلی ندارد، همانطور که روایت هم دلالت نمی‌کرد و اجماع هم معلوم نیست حتی نسبت به این امر واقع شده باشد. اجماعی باشد که اذا جاء رأس الشهر فزوجتک باطل باشد. شما ملاحظه فرمودید مرحوم علامه که به طور کلی قائل به بطلان تعلیق در عقد است، بعضی موارد را می‌گوید صحیح است؛ چون می‌گوید اینها در حقیقت تعلیق نیست. بله، اگر در مواردی به صورت کلی اصلاً تعلیق تحقق پیدا نکند، به نظر اینها مشکلی نیست. اما به هر حال آیا وقتی می‌گوید من تو را به زوجیت خودم در می‌آورم بعد از یک ماه، بالاخره اینجا تعلیق است؛ اصلاً شنیده‌اید یا دیده‌اید یک نفر اینطور عقد کند؟ آن وقتی که می‌خواهند زوجیت محقق شود صیغه عقد را جاری می‌کنند؛ اما اینکه بگوید من انشاء می‌کنم زوجیت یک ماه بعد را، یعنی الان انشاء می‌کنم که تو زوجه من باشی از یک ماه بعد، واقع این است که به قول بعضی از آقایان سیره مسلمین قطعاً برخلاف آن است، چه شیعه و چه سنی. ما نسبت به این مورد می‌توانیم بگوییم واقع این است که حتی اجماع هم ثابت نشود، یک شهرت قویه‌ای در این مورد و مواردی نظیر این وجود دارد؛ فقها فتوا به صحت نداده‌اند (شهرت، نمی‌گوییم اجماع)، برای همین است که عرض می‌کنیم احوط آن است که این صورت صحیح نیست. این هم تعلیق است، شکل بیانش متفاوت است؛ این هم می‌شود ... یا می‌گوید کن زوجی من الغد، از فردا شوهر من باش، او هم می‌گوید قبلت، یا بالعکس. اصل انشاء الان است؛ منشأ می‌شود زوجیت غد، یعنی زوجیت معلقاً علی حصول الغد، پس تعلیق در انشاء نیست و در منشأ است. این از نظر عقلی امکان ندارد؛ اما انشاء عقد به این صورت به نظر اکثر فقها محل اشکال است و سیره مسلمین برخلاف آن است. فرقی هم نمی‌کند به نحو مقارن باشد یا متأخر. یعنی بگوید فردا که شد، تو از امروز زوجه من بودی؛ یا فردا که شد از همان فردا زوجه من می‌شوی. فرقی بین مقارن و متأخر به این شکل نمی‌شود گذاشت. من کلمات مرحوم آقای خوئی را بعد ذکر خواهم کرد،

مخصوصاً تفصیلی که بین عقود اذنی و معاوضی داده‌اند. ایشان بعضی موارد را به طور کلی قائل به صحت شده‌اند و اصلاً فرمود در بعضی موارد احتمال تحقق آن اجماعی که بر بطلان قائم شده، در اینها وجود ندارد. یک صورتی که به بحث ما مربوط است، گفت تعلیق «قد یکون علی امر معلوم الحصول فعلاً أو معلوم الحصول فی المستقبل لکن علی نحو الواجب المشروط بالشرط المتأخر كما لو علق الزوجية علی حصول النهار غداً»، ایشان می‌گویند «و هو كالسابقة لا یضر بصحة العقد و وجوده كعدمه» چرا؟ «فان اعتبار الزوجية حاصل من دون تعلیق علی شیء باعتبار أن المعلق علیه حاصل و معلوم بالوجدان و لا یحتمل تحقق الاجماع المدعی علی البطلان فيه»، اصل استدلال ایشان این است که اعتبار زوجیت الان حاصل است؛ این اعتبار معلق بر چیزی نشده است. درست است معلق علیه فردا می‌آید، یعنی محقق علیه فردا محقق می‌شود، اما اعتبار زوجیت از همین حالا است، و ایشان می‌گویند این مورد خارج از اجماع است. عرض من این است که معلوم نیست که خارج از اجماع باشد؛ یک وقت ما در اصل اجماع خدشه می‌کنیم، این بحث دیگری است؛ ایشان دارد در اصل اجماع و شمول آن نسبت به این مورد خدشه می‌کند. اما عرض ما این است که می‌گوییم حتی اگر این مورد داخل در اجماع نباشد، قطعاً سیره برخلاف این است؛ شما یک مورد چنین چیزی را شنیدید و یک جایی گزارش شده که اصلاً ازدواج به این صورت واقع شود؟ ولو امر استقبالی، ولو قطعی الحصول، ولو به نحو شرط متأخر باشد. دو تا بحث است؛ ما می‌خواهیم بگوییم آیا می‌توانیم این مورد را صحیح بدانیم؟ عرض ما این است که احتیاط واجب این است که این مورد صحیح نیست؛ و الاحوط آن لایکون صحیحاً. برای اینکه عرض کردم آن ادله را ملاحظه کردید که پای همه آنها می‌لنگد، ما از نظر دلیل واقعاً یک دلیل محکمی بر بطلان نداریم. واقعاً در بین عرف نمونه‌هایی دارد که واقع شود، بعد خود آقای خوبی می‌گویند یکی از ادله‌ای که بر بطلان اقامه شده و ما قبلاً هم اشاره کردیم، این است که تعلیق در عقود از نظر عرف مستنکر است؛ ایشان می‌گویند واقعاً به صورت کلی تعلیق مستنکر نیست؛ خیلی وقت‌ها مردم به صورت معلق این کار را می‌کنند. مثلاً همین که می‌گویند تو وکیل من باش، هر وقت من زن گرفتم تو برو درخواست طلاق بده؛ مگر همین شروطی که در ضمن عقد می‌پذیرند و عقد نکاح را با آن واقع می‌کنند، در حقیقت همین است؛ دارد آنجا به زن وکالت می‌دهد که اگر مرد رفت ازدواج دوم کرد، اختیار طلاق داشته باشد و بتواند طلاق بدهد.

آنچه می‌توانیم در این صورت بگوییم، همین صورت استقبالی بودن معلق علیه ولو قطعی ولو متأخر، احتیاط واجب این است که این صحیح نیست. علت اینکه می‌گوییم احتیاط واجب، رعایتاً للشهرة القویة التي تكون موجودة فی المسألة، و الا دلیل محکمی بر بطلان نداریم. حتی من می‌خواهم عرض کنم اجماع هم در این مورد معلوم نیست ثابت شود، ولو آقای خوبی می‌گویند لایحتمل تحقق الاجماع المدعی علی البطلان؛ ایشان به طور کلی احتمال شمول اجماع را رد می‌کند، ما می‌گوییم نه به این شوری شور یا بی‌نمکی بی‌نمک، که بگوییم اجماع شامل احتمالش هست، اما واقعاً احراز آن مشکل است. ایشان دو مورد را گفت، امر معلوم الحصول فعلاً و امر معلوم الحصول فی المستقبل؛ اما استدلال ایشان را در مورد معلوم الحصول فعلی، یعنی امر حالی می‌پذیریم و این حرف درست است. اما معلوم الحصول استقبالی است واقعاً مشکل است این حرف را پذیرفتن از نظر اقتضای بطلان مثلاً به حسب دلیل عقلی، به حسب اجماع، ... به یک معنا هیچی، ولی شهرت قویه داریم. من هم دلیل اقامه نمی‌کنم فعلی معلوم الحصول بله واقعاً تعلیق نیست این را می‌دانم، ولی واقعاً اینجا لایحتمل تحقق

الاجماع المدعی علی البطلان فیه؟ بعد شهرت قویه بر بطلان این داریم یا نه؟ مسلماً داریم. ذهن شما به سمت محذور عقلی نرود، چه اشکالی دارد، قطعی می آید، بله، محذور عقلی نداریم؛ روایات هم هیچ، اصلاً اجماع هم در این مسأله فرض می کنیم نیست، اما آیا شهرت قویه بر بطلان هست یا نه؟ شما فتاوا را نگاه کنید، بدون تردید این شهرت قویه هست، و لذا ما به این جهت می گوئیم الاحوط البطلان. و الا اگر این شهرت قویه نبود، جایی برای این احتیاط هم نبود. شما نمی توانید از من مطالبه دلیل کنید، چون گفتم دلیل نداریم؛ اما چون شهرت قویه داریم، پس باید احتیاط کنیم.

بقیه صور هم که ان شاء الله جلسه آینده بیان خواهیم کرد.

«والحمد لله رب العالمین»