



## درس فارغ فقه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

موضوع کلی: نکاح

تاریخ: ۱۰ بهمن ۱۴۰۱

موضوع جزئی: احکام عقد - مسأله ۱۰ - اعتبار تنجیز در عقد - بررسی تفصیل محقق خویی -

مصادف با: ۸ رجب ۱۴۴۴

فرق اشتراط و تعلیق - بررسی شروط ضمن عقد نکاح

جلسه: ۴۱

سال پنجم

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

### خلاصه جلسه گذشته

عرض کردیم مرحوم آقای خویی در بحث اعتبار تنجیز در عقود، تفصیلی ذکر کرده‌اند و آن تفصیل بین عقود معاوضی و عقود اذنی است. فرمودند آنچه بین اصحاب متسالم است، اعتبار تنجیز در عقود معاوضی است؛ اما عقود اذنی «فالظاهر أنه لا مانع من تعلیقها»، عقود اذنی ظاهر این است که مانعی از تعلیق آنها مطلقاً وجود ندارد، چه در امور فعلی و چه در امور استقبالی، چه معلوم الحصول و چه مشکوک الحصول؛ دلیل آن این است که در عقودی مثل وکالت، تنها چیزی که لازم است رضایت مالک است و این در فرض تعلیق هم محقق است؛ یعنی مثل تنجیز است. وقتی می‌گوید اگر فلان طور شد تو وکیل هستی خانه من را بفروشی، این در حقیقت رضایت قطعی دارد، منتهی رضایت مشروط به تحقق معلق علیه است؛ و در عقود اذنی چیزی بیش از رضایت نیاز نداریم.

### بررسی تفصیل محقق خویی

در مورد عقود معاوضی و غیر معاوضی، ملاک همان است که گفتیم؛ یعنی آنچه که در باب همه عقود از حیث تعلیق می‌توانیم بگوییم، این است که دلیل محکمی بر بطلان عقد معلق نداریم، جز آنچه به عنوان سیره مسلمین یا استنکار عرف متشرعه و اموری نظیر این دو مطرح شده، عرض کردیم اجماع به معنای اینکه شامل همه عقود شود و همه صور را باطل کند مسلماً تحقق ندارد. این یک ملاک کلی است؛ در این جهت فرقی بین عقود اذنی و معاوضی نیست. درست است که عقود اذنی لا تحتاج الا الی رضی المالک، ولی این تنها رکن عقد نیست؛ بالاخره عقد ایجاب و قبول دارد، انشاء دارد، منشأ دارد؛ انشاء به صورت تعلیقی گفتیم شاید در همه جا باطل باشد ولو عقلاً محذوری ندارد؛ اگر منشأ معلق باشد، این در بعضی موارد قابل قبول است و در بعضی موارد خیر. بالاخره آنچه که عنوان عقد بر آن اطلاق می‌شود، مشمول این مطالب و نکاتی که ما گفتیم هست؛ تنها چیزی که وجود دارد، استثنائی است که فقها در این باره کرده‌اند. فقها مواردی را استثنا کرده‌اند، باب وصیت، تدبیر، عتق، شاید بعضی‌ها وکالت را هم استثنا کرده‌اند. ممکن است کسی ادعا کند اینها همه عقود اذنی است؛ در همه اینها لا تحتاج الا الی رضی المالک. من می‌خواهم عرض کنم به جای اینکه ضابطه بخواهیم ارائه دهیم و برخی از این عقود را استثنا کنیم یا به طور کلی آنها را تحت ضابطه کلی عقود اذنیه قرار دهیم، باید ببینیم آنچه که می‌تواند مانع صحت تعلیق در عقد باشد، وجود دارد یا نه. چون از نظر مقتضای قواعد ما دلیلی بر بطلان نداریم؛ تنها مانعی که می‌تواند در برابر عقد تعلیقی قرار بگیرد و مانع صحت آن شود، این است که عرف آن را نپذیرد؛ استنکار عرفی داشته باشد، همین تعبیری که مرحوم آقای خویی هم به کار برده‌اند. بنابراین اگر این را ملاک قرار دهیم، دیگر فرقی بین عقود اذنی و معاوضی نیست؛ در عقود معاوضی هم آن مواردی که

عرف مستنکر نمی‌داند، می‌توانیم حکم به صحت کنیم.

پس درست است که مرحوم آقای خوبی برخی از عقود را از اعتبار تنجیز استثنا کرده‌اند تبعاً للاصحاب، آنهایی هم که می‌گویند تنجیز در عقد معتبر است، قائل به استثناء برخی موارد هستند؛ به جای اینکه بگوییم اصحاب در مطلق عقود معاوضی قائل به اعتبار تنجیز هستند و در عقود اذنی تنجیز معتبر نیست، مسأله را باید از زاویه دیگری نگاه کرد و آن اینکه ببینیم آیا برخلاف مقتضای قواعد، آیا مانعی وجود دارد که جلوی صحت عقد تعلیقی را بگیرد؟ چون از نظر قواعد عرض کردیم مانعی وجود ندارد؛ تنها چیزی که می‌تواند مانع باشد، یا اجماع است یا استنکار عرفی. اجماع مسلماً از جهات متعدد محل اشکال است، محدوده آن معلوم نیست، واقعاً سخت است بخواهیم اجماع را بپذیریم؛ اما استنکار عرفی، می‌گوییم آنجایی که عرف مستنکر می‌داند عقد را به صورت معلق واقع کند، آنجا عقد صحیح نیست. مثلاً اینکه عقد نکاح را الان واقع کند ولی بگوید آثارش از ماه دیگر مترتب می‌شود، یا هر عقد دیگری؛ عرف وقتی عقد را واقع می‌کند، مترقب او این است که از همان لحظه آثار مترتب شود. پس هر چیزی که به نوعی ترتب اثر عقد را به تأخیر بیندازد از نظر عرف مورد پذیرش نیست. این امری است که می‌توانیم بگوییم نه در عرف عام و نه در عرف خاص متشرعه به رسمیت شناخته نشده است. بنابراین اگر می‌بینیم در مثل وکالت و وصیت و امثال اینها گاهی عقد به صورت تعلیقی واقع می‌شود، برای این است که عرف عقد تعلیقی وکالت، وصیت، عتق، تدبیر و امثال اینها را مستنکر نمی‌داند؛ و اگر می‌بینیم در برخی موارد از عقود معاوضی تعلیق را مبطل نمی‌داند، باز به همین ملاک است که آنها نزد عرف مستنکر نیست. اما اگر فرض کنیم یک موردی پیدا شود در عقود معاوضی عند العرف مستنکر باشد، مسلماً این باطل است؛ اگر تعلیق در آن راه پیدا کند. یا صورتی را فرض کنیم از عقود اذنی که عند العرف مستنکر باشد، در آنجا هم حکم به بطلان می‌کنیم و می‌گوییم اگر یک عقد اذنی مثل وکالت به صورت تعلیقی واقع شود و نزد عرف مستنکر باشد، این عقد صحیح نیست، ولو از عقود اذنی باشد.

لذا به نظر می‌رسد ما ملاک را برای صحت و بطلان عقد تعلیقی یا به تعبیر دیگر اعتبار یا عدم اعتبار تنجیز در عقد همان که جلسه گذشته گفتیم قرار دهیم اولی است، نه اینکه بخواهیم ملاک را مثل مرحوم آقای خوبی در معاوضی بودن یا اذنی بودن بدانیم.

#### فرق اشتراط و تعلیق

یک مسأله این است که چه فرقی است بین عقد مشروط به برخی شروط که همگی حکم به صحت آن کرده‌اند و عقد معلق بر برخی امور که ادعا شده همگی آن را باطل می‌دانند؛ بالاخره جمع کثیری معتقدند به دلیل اجماع تعلیق در عقد مبطل عقد است. همین جماعت می‌گویند اگر عقدی مشروط به یک شرطی شود این صحیح است؛ ما الفرق بین الشرط و المعلق علیه؟ الان مخصوصاً در عقد نکاح گاهی مشروطاً به سکونت در یک شهر خاص واقع می‌شود؛ می‌گوید من همسر تو می‌شوم به شرط اینکه از شهر خودم بیرون نروم؛ یا من همسر تو می‌شوم به شرط اینکه اجازه دهی درسم را ادامه دهم. از این قبیل شروط زیاد مطرح می‌شود که عقد را مشروط به این شروط کنند. چطور در همه اینها حکم به صحت شده اما اگر معلق شود بر یک امری مثل چیزی که الان مشکوک الحصول است یا در آینده اتفاق خواهد افتاد اما تحقق آن مشکوک است، باطل می‌شود. فرق اصلی این است که در مواردی که عقد نکاح مشروط به برخی از شروط می‌شود، آنجا کأن یک التزامی در ضمن التزام

دیگر محقق می‌شود. یعنی مثلاً مرد ملتزم می‌شود به اینکه محل سکونت را از این شهر تغییر ندهد، ولی این التزام در ضمن التزام به اصل نکاح است. پس اصل نکاح واقع می‌شود و این ملتزم به آن عقد شده و هیچ تعلیقی هم در آن نیست؛ نه در منشأ و نه در انشاء، طبق شرایط خودش نکاح واقع شده است. ولی این التزام در ضمنش یک التزام دیگر هم وجود دارد؛ التزام به اینکه من از این شهر خارج نمی‌شوم. این فرق می‌کند با آنجایی که خود عقد معلق شود؛ یا ما بگوییم انشاء را معلقاً واقع می‌کند یا منشأ در آن معلق می‌شود. می‌گوید من همسری تو را می‌پذیرم، تو را به زوجیت خودم درمی‌آورم به شرط اینکه معتاد نباشی؛ شرط می‌کند اگر معتاد باشی، خداحافظ؛ این صحیح است. شرط می‌کند از نظر جسمی سالم باشد، این درست است و هیچ اشکالی تولید نمی‌کند. اما اگر شرط کند و بگوید من به شرطی زن تو می‌شوم که فلان مقدار در بانک پول داشته باشی، این باطل است؛ این تعلیق بر امر استقبالی یا حالی مشکوک عند العاقد است. بالاخره زن که دارد عقد را می‌خواند، نمی‌داند اینقدر پول دارد یا نه، نوع مردم هم نمی‌دانند؛ امر حالی است ولی مشکوک. ما گفتیم این مبطل است؛ خود آقایان هم این صورت را مبطل می‌دانند. اگر ازدواج و انشاء نکاح مشروط به داشتن یک ثروت و مالی واقع شود، اما اگر شرط عدم خروج از بلد، شرط سلامت از برخی از عیوب، اینها در کنار نکاح ذکر شود هیچ اشکالی تولید نمی‌کند؛ چرا؟ چون در شروطی که به آن اشاره شد، در حقیقت التزام به چیزی در ضمن التزام به اصل نکاح است. ملتزم می‌شود، این هم تحت اختیار او هست؛ یا حتی مسأله سلامت و عدم بیماری، بالاخره این التزامی در ضمن آن التزام است. اگر به التزامش عمل نکرد و به التزام دوم پایبند نبود، آن وقت طرف مقابل حق فسخ پیدا می‌کند؛ چون از شرط تخلف کرده است، از آن التزام عقب کشیده است. اما اینکه می‌گوید من به شرطی همسر تو می‌شوم یا زن به مرد می‌گوید من تو را به همسری خود برمی‌گزینم، به شرط اینکه فلان مقدار در حساب بانکی تو پول باشد؛ این التزام نیست. یک وقت می‌گوید اینقدر پول به من بده، این می‌شود التزام؛ یک وقت می‌گوید اینقدر پول داشته باشی، این التزام نیست، این یا معلوم الحصول یا مشکوک. گفتیم اگر مشکوک باشد، چه امر حالی و چه استقبالی، مبطل عقد است. اگر معلوم الحصول باشد، آن هم حالی، به شرط اینکه عاقد بدانند یا غالب مردم بدانند، این صحیح است و مبطل نیست.

پس بین شرط و تعلیق فرق است، چون در شرط سخن از التزام به چیزی در ضمن التزام دیگر است؛ التزام به یک شیء در ضمن التزام به نکاح، ولی در تعلیق همانطور که دانستید مسأله کاملاً متفاوت است.

#### **بررسی شروط ضمن عقد نکاح**

آخرین مطلبی که در سؤال دوستان هم بود و مناسب است به آن پرداخته شود و پس از آن بحث از مسأله ۱۰ تمام می‌شود، مربوط به برخی شروط ضمن عقد نکاح است. الان مرسوم است در موقع ازدواج آن دفاتری که رسماً زن و شوهر به عنوان اسناد رسمی امضا می‌کنند و عاقد هم قبل العقد این شروط را برای مرد و زن می‌خواند؛ یعنی وقتی می‌خواهد عقد بخواند، این شروط را یا قبل یا در همان لحظه به مرد و زن یادآور می‌شود که مثلاً اگر مرد اعتیاد پیدا کند زن حق طلاق پیدا می‌کند، اگر مثلاً جرمی مرتکب شود که مدت طولانی در زندان بماند، یا بدرفتاری با همسر داشته باشد، در تمام این موارد حق طلاق به زن داده می‌شود. دوازده ماده است؛ مثلاً اینکه اگر بدون دلیل و بدون سببی که از ناحیه همسر پیش آمده، مرد همسرش را طلاق بدهد، نیمی از اموالی که بعد از نکاح کسب کرده باید به زن بدهد. سخن در این است که این دوازده شرطی که در حین

نکاح ذکر می‌کنند و همه به نفع زن است، آیا اینها شرعاً صحیح است؟ و اگر صحیح است، اینها تعلیق محسوب می‌شود یا از قبیل شروط است؟

شاید بتوانیم بگوییم اکثر اینها در حقیقت از قبیل وکالت بلاعزل به زوجه در صورت تحقق یکی از آن امور است. یعنی در واقع این شروط همه به این مسأله برمی‌گردد که مرد در ضمن عقد نکاح وکالت مشروط به زن می‌دهد بدون اینکه حق عزل او را داشته باشد، تا اگر یکی از آن مسائل اتفاق افتاد او حق داشته باشد طلاق خودش را بگیرد. در جلسه گذشته هم اشاره کردیم که «الطلاق بید من اخذ بالساق» حق طلاق در اختیار مرد است؛ اما به دلایل فراوان و مشکلاتی که پیش آمده بود و واقعاً در حق بسیاری از زنان اجحاف شده بود، مردانی بودند که انواع و اقسام آزار و اذیت‌ها داشتند، با خانواده بدرفتاری داشتند، در زندان بودند و همسرشان را طلاق نمی‌دادند و مشکلات فراوانی متوجه این دسته از همسران و خانواده‌های آنها می‌شد. برای اینکه جلوی این اجحاف را بگیرند و قدمی به نفع بانوان برداشته شود، این شروط را در ضمن عقد نکاح گنجانند. تمامی این شروط شاید بتوانیم بگوییم همه از نوع وکالت مشروط است.

ما اگر گفتیم وکالت به طور کلی حتی اگر به صورت تعلیقی هم باشد مبطل نیست، مسأله اینجا واضح و روشن است. اصلاً لازم نیست تلاش کنیم که این را به عنوان شروطی قرار دهیم که التزام در ضمن التزام به نکاح محسوب می‌شوند. می‌گوییم اساساً این موارد همه اگر از جنس تعلیق هم باشد، وکالت معلقاً علی اختیار الزوجة الثانية، معلقاً بر اعتیاد به مواد مخدر واقع شود، این اشکال ندارد، آن هم به صورت بلاعزل. نکاح مشروط شده به شرط وکالت اعطایی از ناحیه مرد برای این امور؛ این هیچ محذوری ندارد. چون اینجا هم شرط داریم و هم تعلیق. نکاح مشروط شده به ۱۲ شرط؛ حقیقت و مرجع این شروط یک نوع وکالت است، ولی این وکالت به نحو معلق است. پس نکاح مشروط شده به وکالت معلق؛ حالا این چطور است؟ هم می‌توانیم بگوییم التزام به وکالت در ضمن التزام به اصل نکاح است؛ شرط وکالت هست اما این وکالت معلق بر یک امری است که حصول آن مشکوک است. گفتیم وکالت ولو به صورت مشکوک، ولو بر یک امر استقبالی، هیچ مانعی ندارد؛ عرف این را مستنکر نمی‌داند و اتفاقاً خیلی بین عرف رواج دارد و شایع است. حتی کسانی که قائل به اعتبار تنجیز هستند، وکالت را استثنا کرده‌اند. آنهایی هم که می‌گویند تنجیز به نحو مطلق معتبر نیست، بلکه فی الجمله معتبر است، آنها هم تکلیف‌شان روشن است؛ گفتیم اساساً برخی از موارد تعلیق عند العرف مستنکر محسوب نمی‌شود. پس به نظر می‌رسد این شروطی که ذکر شده از نظر شرعی موجه و قابل قبول است.

فقط یک شرطی را بعضی از بزرگان اشکال کرده‌اند و آن اینکه اگر مرد زنش را بدون دلیل طلاق بدهد، باید نیمی از اموال خودش را که بعد از ازدواج تحصیل کرده به زن بدهد. اشکال این است که اینجا جهالت وجود دارد؛ اگر جایی جهل در شرط باشد، به صحت شرط لطمه می‌زند و «نهی النبی عن الغرر» جلوی این را می‌گیرد؛ می‌گوید این غرر است، اینکه نیمی از اموالش را بدهد معلوم نیست چقدر است؛ شرط کند نیمی از اموالش را بدهد، چون آن موقع واقعاً نیمی از اموال معلوم نیست، این غرری است؛ لذا می‌گویند این شرط در بین شروط دوازده‌گانه لایخلو من اشکال.

اما به نظر می‌رسد این شرط هم مثل سایر شروط است و مشکلی در آن نیست؛ اینجا درست است که مقدار کل مال معلوم نیست و او نمی‌داند در هنگام طلاق چه مقدار مال خودش را باید ببخشد، اما اینکه به زن می‌گوید که نیمی از اموال من برای

تو، ولو مقدارش معلوم نباشد، این چه محذوری دارد؟ مثلاً اگر بگویند در فلان معامله هر چه سود کردم نصفش برای تو؛ اینجا دارد هبه می‌کند نیمی از سود و مال خودش را شرط می‌کند که اگر من بدون دلیل تو را طلاق دادم، نیمی از اموال خودم را به تو بدهم. اینجا وکالت به آن معنا نیست؛ گرچه تصویر وکالت هم در اینجا ممکن است؛ چون ممکن است بگوییم این بازگشتش به این است که دارد زن را وکیل می‌کند که تو وکیل هستی نیمی از اموال من را به نام خودت کنی. ولی اگر این هم نباشد، همین که شرط می‌کند و می‌گوید من نیمی از اموال خودم را به تو می‌بخشم، اینجا یک قراری است که به ازاء طلاق بدون جهت، نیمی از اموال خودش را به او بدهد. معاوضه نیست که بگوییم احد العوضین مجهول است، پس عقد باطل است؛ این یک شرطی در ضمن نکاح است. شرط می‌کند که اگر این چنین شد، من نیمی از اموال خودم را به تو هبه کنم؛ حالا اینجا مقدار موهوب معلوم نباشد، محذور و مشکلی ایجاد نمی‌کند. به نظر می‌رسد آنجایی که شرط عدم جهالت شده و معلومیت تا غرر پیش نیاید، در مواردی است که معاوضه‌ای در کار است و باید عوضین معلوم باشد، اما در مانحن فیه این چنین نیست. هذا تمام الكلام فی المسألة العاشرة.

«والحمد لله رب العالمین»