



## درس فارغ فقه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

موضوع کلی: نکاح

تاریخ: ۲۴ اردیبهشت ۱۴۰۲

مصادف با: ۲۳ شوال ۱۴۴۴

موضوع جزئی: احکام عقد - مسأله ۱۲ - اشتراط صحت عقد به تعیین زوجین - ادله اشتراط - دلیل اول و بررسی آن -

دلیل دوم و بررسی آن - دلیل سوم و بررسی آن

جلسه: ۶۰

سال پنجم

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

### خلاصه جلسه گذشته

عرض کردیم موضوع بحث در مسأله ۱۲ یکی از شرایط صحت عقد است و آن اینکه زوجین در عقد نکاح باید تعیین شوند؛ یا با اسم، یا با اشاره، یا با وصف ذکر شوند، به گونه‌ای که از سایرین متمایز شوند. دو فرع هم به دنبال ذکر این شرط متعرض شده‌اند.

### ادله اشتراط تعیین زوجین

بحث در این است که آیا این شرط لازم است و اگر لازم است، دلیل این اشتراط چیست؟ چند دلیل بر اشتراط تعیین زوجین در عقد ذکر شده است.

### دلیل اول

دلیل اول، اجماع است؛ بسیاری از فقها ادعای اجماع کرده‌اند، از جمله شیخ طوسی در مبسوط، ابن ادریس در سرائر که آن را به عنوان یک امر مسلم و جزء ارسال مسلمات قرار داده است؛ مرحوم علامه در تذکره، صاحب کاشف اللثام، اینها ادعای اجماع کرده‌اند. در کشف اللثام این چنین نوشته‌اند: «و لو زوجها الولی افتقر العقد أو الولی فیہ اتفاقاً إلی تعیینها کما لا بدّ من تعیین الزوج مطلقاً إمّا بالإشارة أو بالاسم أو بالوصف الراجع للاشتراك»؛ البته صاحب کشف اللثام تعبیر اجماع به کار نبرده، فرموده اتفاقاً، یعنی مسأله شرط تعیین زوجین مورد اتفاق است. صاحب جواهر هم در جواهر الکلام اجماع را از برخی دیگر حکایت و نقل کرده است. صاحب مستمسک این عبارت را دارد: «اجماعاً کما فی التذکره و اتفاقاً کما فی کشف اللثام»<sup>۱</sup>، می‌گوید شرط تعیین زوجین به تعبیر برخی اجماعی است، چنانچه مرحوم علامه در تذکره فرموده، و به تعبیر برخی اتفاقی است چنانچه صاحب کشف اللثام فرموده است. به هر حال برخی ادعای اجماع کرده‌اند، بعضی هم به جای تعبیر اجماع، از واژه اتفاق استفاده کرده‌اند.

### بررسی دلیل اول

اگر اتفاق منظور باشد، اتفاق بما هو اتفاق ارزش و اعتباری ندارد و حجت نیست. چون اتفاق تنها در صورتی می‌تواند دلیل محسوب شود که کاشف از رأی معصوم (ع) باشد. بنابراین تعبیر به اتفاق نمی‌تواند دلیل باشد؛ فو قش این است که مؤید قلمداد شود. اما بخشی از این اجماعاتی که به آنها اشاره شد، اجماعات منقول است؛ اجماعات منقول هم اعتبار ندارد. اجماع محصل

۱. کشف اللثام، ج ۷، ص ۴۹.

۲. مستمسک، ج ۱۴، ص ۳۹۲.

هم در صورتی فایده دارد که فقها متعرض مسأله شده باشند و نظرشان را مبنی بر اشتراط بیان کرده باشند؛ اما اگر یک مسأله‌ای اساساً در بین فقهای متقدم مطرح نبوده و متعرض نشده‌اند و لذا به این جهت مخالفتی از سوی آنها ابراز نشده، اینها را نمی‌توانیم جزء موافقین قلمداد کنیم. اگر کسی می‌خواهد تحصیل اجماع کند ولو آراء همه علما را تحصیل نکند، اما بالاخره امهات کتب و بزرگان را باید ببیند؛ اگر آنها متعرض مسأله شده باشند و رأی موافق داده باشند، چه بسا بتوانیم تحصیل اجماع کنیم، البته با شرایط خودش. اما اگر فقها اصولاً متعرض نشده باشند، نمی‌توانیم اینها را به صرف عدم مخالفت در زمره مجمعین قرار دهیم. چون در مورد این گروه، اساساً موافقت یا مخالفت سالبه به انتفاء موضوع است.

پس شاید تحصیل اجماع مشکل باشد. وقتی نه اجماع منقول و نه اجماع محصل در مسأله کمکی نمی‌کند، نمی‌توانیم این را به عنوان یک دلیل بپذیریم و بگوییم اجماعی است که زوجین باید در عقد نکاح به یکی از روش‌هایی که گفته شد، معین شوند. بله، می‌توانیم بگوییم لاجلاف فی ذلک، یا می‌توانیم بگوییم اتفاق علیه الاصحاب، که این قهراً با اجماع متفاوت است.

#### **دلیل دوم**

دلیل دوم، دلیلی است که مرحوم علامه در تذکره ذکر کرده‌اند و آن اینکه عقد نکاح مانند سایر عقود است؛ یعنی فرقی بین عقد نکاح و سایر عقود نیست؛ یک عقدی است مثل سایر معاملات بالمعنی الاعم. در سایر عقود، عوضین باید مشخص باشند؛ یکی از شرایط عوضین که در کتاب البیع مرحوم شیخ به صورت کلی ذکر کرده و از آن در باب بیع استفاده می‌کند، معین بودن و معلوم بودن عوضین است؛ عوضین باید معلوم باشند. آنگاه نتیجه می‌گیرد که در عقد نکاح هم باید طرفین معین و معلوم باشند. در حقیقت آنچه مرحوم علامه فرموده، کأن یک قیاس شکل اول است، یک صغری و یک کبری دارد؛ صغری این است که عقد نکاح مانند سایر عقود است یا یکی از عقود است؛ کبری هم این است که در همه عقود عوضین باید معین باشند؛ نتیجه اینکه در عقد نکاح هم باید زوجین که حکم عوضین را دارند، معین باشند. این استدلالی است که مرحوم علامه ذکر کرده‌اند. البته این می‌تواند با بیان دیگری هم ذکر شود؛ عقد نکاح مثل همه عقود است، در همه عقود تعیین معتبر است، نتیجه اینکه در عقد نکاح هم تعیین معتبر است.

#### **بررسی دلیل دوم**

اگر بخواهیم در این استدلال خدشه کنیم، یا باید در صغری اشکال و ایراد کنیم یا در کبری. در مورد کبری شاید به نحو کلی تعیین عوضین مسلم نیست؛ اینکه بگوییم طرفین در عقد باید معین باشند یا عوضین باید تعیین شوند و الا عقد باطل است، این را نمی‌توانیم به نحو موجه کلیه بگوییم؛ برای اینکه در بعضی از عقود و بعضی صور آنها، با اینکه تعیین در کار نیست، اما عقد باطل نیست. مثلاً در عقد بیع گاهی تعیین انجام نمی‌شود و به صورت کلی انجام می‌شود؛ یا در عقد اجاره گاهی به صورت کلی آن منفعت ذکر می‌شود. پس تعیین به گونه‌ای که ممتاز از غیر شوند، اینطور نیست که در همه عقود اعتبار داشته باشد. بنابراین در کلیت کبرای استدلال مرحوم علامه، می‌توان خدشه کرد.

علت اینکه در کبری خدشه شد، این است که واقعاً یک دلیلی که براساس آن بگوییم در تمام عقود تعیین معتبر است، نداریم. در بیع هم که شرط تعیین ذکر شده، آنجا بحث است. البته باید به گونه‌ای هم نباشد که غرری باشد، چون در مورد غرر بحث است که اگر مجهول مطلق باشد، واقعاً موجب غرر است و «نهی النبی عن بیع الغرر» مانع صحت این معامله است. اما شما فرض کنید بیع بر کلی فی المعین، صاع من صبرة، در آن به یک معنا تعیین نیست. بله، فی الجملة در حدی که از جهالت مطلق

دریابید، تعیین شده اما آن تعیینی که اینجا به آن اشاره شد، در بیع کلی وجود ندارد. پس ما دلیل محکمی نداریم که براساس آن بخواهیم کبری را ثابت کنیم.

در مورد صغری هم می‌توانیم بگوییم از جهاتی مانند سایر عقود است، اما اینکه بگوییم عقد نکاح در همه جهات مثل سایر عقود است، این هم قابل اثبات نیست. عقد نکاح فی‌الجمله عقد است، ارکان عقد را باید داشته باشد؛ اما اینکه در همه عقود، همه شرایط مانند هم باشد، دلیلی بر آن نیست. بالاخره بعضی از عقود یک شرایط اختصاصی دارند، بعضی از عقود این چنین نیستند؛ ما می‌خواهیم عرض کنیم حتی در مورد صغری هم جای شبهه و ایراد وجود دارد.

سؤال:

استاد: تعیین در عوضین یا طرفین عقد، به صورتی که در اینجا به آن اشاره شد، نه، دلیلی نداریم. نقض کردیم به کلی فی‌المعین؛ کلی فی‌المعین، صاع من صبرة، آیا این معین است؟ عرض کردم فی‌الجمله یک تعیینی دارد؛ یک صاع از پیمان، اما کدام صاع و کدام پیمان؟ انبار پر از گندم است، معین است که این گندم را دارید می‌خرید. .... آنها یک چیز مازاد بر بقیه عقود ندارند، استثنا نیستند؛ آنها هم طبق قاعده صحیح هستند؛ اگر شما اثبات کنید که مثلاً بیع کلی فی‌المعین یک استثنا محسوب می‌شود از مطلق بیع، بله، اما اینها استثنا نیستند. اینطور نیست که بگویند همه جا تعیین شرط است الا در بیع کلی فی‌المعین.

...

سلمنا به یک دلیل خاصی این شروط نسبت به بعضی از عقود منتفی شود، همین هم کافی است برای اینکه آن کلیت زیر سؤال برود. حتی همین هم اگر باشد، برای اشکال به استدلال کافی است؛ چون در کبری باید کلیت محفوظ بماند، به نحو موجب کلیه ثابت شود که در همه عقود تعیین شرط است. این مواردی که شما می‌گویید، کلیت را مخدوش می‌کند.

پس دلیل دوم هم نمی‌تواند اثبات کند.

#### دلیل سوم

دلیل سوم، دلیلی است که مرحوم علامه در تذکره فرموده و البته برخی دیگر هم تبعاً للعلامه این دلیل را ذکر کرده‌اند و آن اینکه عقد نکاح دارای آثاری است؛ وقتی بین دو نفر علقه زوجیت حاصل می‌شود، یکی از مهم‌ترین آثار نکاح و علقه زوجیت بین دو نفر، جواز استمتاع است؛ فرق نمی‌کند زوج نسبت به زوجه و زوجه نسبت به زوج. شما فرض کنید جایی را که عقد نکاح صورت بگیرد و طرفین تعیین نشده باشند، به صورت کلی بیان شده باشد یا یکی از دو طرف تعیین نشده باشد؛ مثلاً گفته این مرد، کاملاً معین شده، ابن فلان، دارای وصف فلان و باز مؤکداً بالاشارة هم معین شده است. اما طرف دیگر یعنی زوجه، به صورت کلی ذکر شده باشد. اینجا اگر عقد واقع شود، اولین اثر آن این است که مرد بتواند از زن استمتاع کند؛ این اثر بر چه چیزی مترتب می‌شود؟ اثر بر طبیعت زوجه مترتب می‌شود یا بر زوجه معینه؟ می‌خواهد استمتاع داشته باشد، از چه استمتاع داشته باشد؟ بگوییم برو از طبیعت زوجه استمتاع ببر؟ باید معین باشد تا جواز استمتاع به عنوان یک اثر اینجا صدق کند. بنابراین چون عدم تعیین - چه نسبت به زوج و چه نسبت به زوجه - مستلزم یک تالی فاسد است، پس نتیجه می‌گیریم که تعیین معتبر است.

به عبارت دیگر اینجا یک قیاس استثنایی تشکیل می‌دهیم؛ باید این استدلال‌ها را به صورت فنی بیان کنیم؛ ممکن است اسم

قیاس استثنائی در کلمات علامه نیامده باشد، اما اگر بخواهیم قالب فنی به آن بدهیم، می‌شود قیاس استثنائی. شکل قیاس اینطور می‌شود: اگر تعیین در عقد نکاح معتبر نباشد، پس باید حکم کنیم به جواز استمتاع از زوجه غیر معینه، مثل طبیعت الزوجة. لکن استمتاع از طبیعت الزوجة یا جواز استمتاع از زوجه غیر معینه، ممکن نیست. نتیجه این است که در عقد نکاح باید زوجین تعیین شوند؛ این یک قیاس استثنائی است که مقدمه دوم آن روشن است. بله، استمتاع از طبیعت الزوجة ممکن نیست. مقدمه اول هم عمدتاً اثبات ملازمه بین مقدم و تالی در آن مهم است؛ اینکه اگر تعیین نشود پس باید قائل به استمتاع از طبیعت شویم، چه ملازمه‌ای وجود دارد که اگر تعیین نباشد سر از جواز استمتاع از طبیعت درمی‌آورد.

### بررسی دلیل سوم

این مقدمه اول باید ثابت شود؛ اشکال در همین مقدمه اول است. مستدل می‌گوید اینجا معلوم است که ملازمه وجود دارد؛ وقتی شما زوجه را معین نمی‌کنید، این معنایش آن است که عقد بر طبیعت زوجه واقع شده و نه زوجه معینه، فو قش کمی دایره‌اش را با ذکر برخی صفات تنگ کرده باشد. اما وقتی عقد واقع می‌شود بین این مرد و آن زوجه غیر معینه، طبیعتاً اگر اثری بخواهد بر آن مترتب شود، اثر بر آن طبیعت مترتب می‌شود، بر عقدی که بر آن زوجه غیر معینه واقع شده است، و اثر که جواز استمتاع باشد، طبیعتاً برای مرد این است که از طبیعت الزوجة یا زوجه غیر معینه استمتاع کند. ما هم قبول داریم. استمتاع از طبیعت ممکن نیست؛ طبیعت زن که قابل استمتاع نیست؛ استمتاع وقتی است که این زن تشخص داشته باشد و خودش را در اختیار مرد قرار بدهد. اما آیا عدم ترتب اثر فعلی مانع صحت عقد است؟ چه کسی گفته عقد باطل می‌شود؟ چه کسی گفته اگر تعیین صورت نگیرد، عقد باطل می‌شود؟ بله، ما هم قبول داریم که فعلیت استمتاع منوط به معین بودن زوجه است؛ اما آیا اگر استمتاع فعلیت نداشته باشد، موجب بطلان می‌شود؟ ما مواردی داریم که عقد نسبت به یک زنی صحیح است اما فعلیت استمتاع نیست. حداقل اکثر استمتاعات مقدور نیست، مثل عقد بر صبیّه یعنی دختر شیرخواره بنا بر قول به صحت؛ تا بالغ نشود استمتاع از او جایز نیست. جواز استمتاع فعلیت ندارد، اما عقد هم باطل نیست. یا مثلاً در مورد زن حائض که استمتاع اصلی از او امکان ندارد و جواز استمتاع فعلیت ندارد، عقد او صحیح است ولی فعلیت جواز استمتاع منوط به رفع این مانع است. پس اینطور نیست که در نکاح یک شرطی داشته باشیم به نام فعلیت جواز استمتاع. حتی اگر جواز استمتاع ممنوع باشد و فعلیت پیدا نکرده باشد، عقد صحیح است؛ این مانع صحت عقد نیست و موجب بطلان عقد نمی‌شود.

اگر بخواهیم حتی در غیر نکاح هم از سایر عقود نمونه نقل کنیم، برخی موارد را می‌توانیم ذکر کنیم. در باب بیع هم می‌توانیم این را ذکر کنیم که گاهی اوقات اثر آن عقد فعلیت پیدا نمی‌کند. مثلاً در بیع صرف و سلم، با اینکه عقد صحیح است لکن تا زمانی که قبض صورت نگرفته، ملکیت پدید نمی‌آید. تا زمانی هم که ملک نشده، جواز تصرف ثابت نیست و فعلیت ندارد. اما در عین حال عقد صحیح است. به هر حال موارد متعددی داریم که براساس آن موارد، ولو اثر عقد فعلیت پیدا نکرده، اما عقد صحیح است.

پس این دلیل هم نتوانست مدعا را ثابت کند.

سؤال:

استاد: اگر همین طبیعت در قالب یک فرد تشخص پیدا کند، ... هیچ فرقی نمی‌کند این کلی فی المعین تا زمانی که نیامده در

قالب یک فرد تشخص پیدا نکرده، امکان تصرف در آن نیست. یعنی جواز تصرف فعلیت پیدا نکرده است. .... این هم معین نشده، ولی بعد که می‌گویند این آن زن است، مثل آن می‌ماند و فعلیت پیدا می‌کند. .... بحث این است که می‌گویند تا فرد نباشد، جواز استمتاع نیست؛ خیلی از عقود اینطور است و آثار هم فعلی نیست، اما یک شرایطی که پیدا می‌شود فعلیت پیدا می‌کند. به عبارت دیگر مسأله صحت عقد منوط به فعلیت آثار عقد نیست. صحت عقد دایر مدار فعلی بودن آثار عقد نیست.

«والحمد لله رب العالمین»