



درس فارغ فقه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

تاریخ: ۲۵ اردیبهشت ۱۴۰۲

موضوع کلی: نکاح

مصادف با: ۲۴ شوال ۱۴۴۴

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

دلیل پنجم و بررسی آن - دلیل ششم و بررسی آن

جلسه: ۶۱

سال پنجم

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

خلاصه جلسه گذشته

بحث در ادله اشتراط تعیین زوجین در عقد نکاح بود؛ عرض کردیم چند دلیل برای اشتراط ذکر شده است؛ سه دلیل را در جلسه گذشته مورد بررسی قرار دادیم و معلوم شد که این ادله نمی تواند شرطیت تعیین زوجین در عقد نکاح را ثابت کند. چند دلیل دیگر باقی مانده که این ادله را هم مورد بررسی قرار می دهیم.

دلیل چهارم

دلیل چهارم، دلیلی است که مرحوم آقای خویی به آن استناد کرده و به نظر ایشان با این دلیل شرطیت تعیین ثابت می شود، و آن هم برخی از آیات و روایاتی است؛ از جمله آیات، آیه ۳۲ سوره نور: «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ»، همچنین آیه «مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ»^۱. این آیات که در آنها امر به نکاح صورت گرفته، چگونه دلالت می کند بر اشتراط؟ ایشان می فرماید این احکام چون به نحو عموم بیان شده، انحلال پیدا می کند؛ «و انکحوا الایامی منکم» انحلال پیدا می کند و مقتضای انحلال این است که کل فرد فرد من الرجال و النساء که نیازمند ازدواج هستند، مخاطب این خطاب هستند. یعنی کأن خطاب به مردان می گوید: یا زید! آنکح فرداً من النساء؛ فرد من النساء یعنی فرد معین و مشخص. «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ» در واقع کأن انحلال پیدا می کند به عدد مردان؛ در مورد زنان هم به عدد افراد انحلال پیدا می کند. قطعاً این آیه نمی خواهد بگوید که همه ایامی را به نکاح در بیاورید یا همه ما طاب لکم من النساء را به نکاح در بیاورید، بلکه انحلال اقتضا می کند هر فردی مستقلاً حکمی در مورد او ثابت شود و طبیعتاً اگر خطاب به افراد باشد، این خطاب متوجه هر فردی می شود؛ بنابراین لازمه انحلال، تعیین است.

روایات هم همینطور؛ در روایاتی که امر به نکاح مطرح شده، آنجا هم پای انحلال در میان است و مقتضای انحلال عموم این است که نکاح برای تک تک افراد جایز یا لازم است و وقتی تک تک افراد این خطاب را دارند، پس باید معین باشند.^۲

بررسی دلیل چهارم

به نظر می رسد این دلیل مخدوش است؛ برای اینکه:

اولاً: اصل مسأله انحلال از ناحیه برخی مورد تردید واقع شده است؛ اینکه این خطابات اگر به نحو قانونی لحاظ شوند - که ما این مبنا را اختیار کردیم - دیگر اصلاً مسأله انحلال معنا ندارد.

۱. سوره نساء، آیه ۳.

۲. موسوعه مرحوم آقای خویی، ج ۳۳، کتاب النکاح، ص ۱۶۲.

ثانیاً: سلماً که مبنای مشهور در باب انحلال خطابات را بپذیریم، لازمه انحلال این نیست که حتماً فرد فرد مخاطبان باید معلوم و معین باشند. به عبارت دیگر بین انحلال و فرد معین ملازمه نیست؛ آنچه در این مقام لازم داریم، این است که موضوع معین باشد و تعیین موضوع مساوق با فردیت نیست. موضوع باید مشخص باشد، موضوع ممکن است به جای اینکه یک فرد باشد، یک کلی باشد؛ در جلسه گذشته هم مثال زدیم که تعلق حکم به یک کلی، محذوری ندارد. مثلاً آیات نکاح به همین موضوع «ما طاب لکم من النساء» تعلق بگیرد، چه محذوری دارد؟ «ما طاب لکم من النساء»، یعنی از آن زنانی که برای شما پاکیزه هستند و شما می‌پسندید، خوش دارید؛ اگر یک عنوان کلی مثل «ما طاب لکم من النساء» موضوع حکم قرار بگیرد، این چه محذوری دارد؟ بله؛ ترتب آثار نکاح و مهم‌ترین آنها یعنی جواز استمتاع، مبتنی بر این است که فرد معین باشد؛ نهایت این است که با تسلیم تحقق پیدا می‌کند، مثل قبض و اقباض در بیع کلی؛ آنجا هم آثار بیع مترتب می‌شود، منتهی بعد از قبض و اقباض. اما اگر قبض و اقباض یا تسلیم صورت نگرفته باشد و این مانع جواز تصرف در مبیع شود، موجب بطلان عقد بیع نیست؛ می‌تواند عقد بیع صحیح باشد، اما آثاری که بر بیع مترتب می‌شود، بعد از تسلیم مبیع محقق شود. اینجا هم همینطور است؛ جواز استمتاع زوج و زوجه بعد از اینکه آن فرد تشخیص پیدا کرد و مثلاً تسلیم صورت گرفت، ممکن خواهد بود.

پس صحت و بطلان عقد یک امر است، آنچه که برای صحت عقد نکاح لازم است، این است که موضوع معینی داشته باشد؛ اما این آیات دلالت نمی‌کند بر اینکه در عقد نکاح باید فرد معین باشد.

پس واقع این است که مقتضای انحلال عموم، مسأله تعیین نیست و مطلبی هم که مرحوم آقای خوئی فرموده‌اند (که چون اینها عام هستند و عام انحلال پیدا می‌کند، پس به مقتضای انحلال باید زوجین معین باشند) قابل قبول نیست. چون گفتیم اصل انحلال محل تردید است؛ و بر فرض هم انحلال را بپذیریم، لازمه‌اش این نیست که زوجین حتماً باید معین شده باشند؛ لذا از این خطابات و از این آیات و روایات چنین مطلبی استفاده نمی‌شود.

دلیل پنجم

دلیل پنجم، بنای عقلاست؛ این دلیل را مرحوم آقای حکیم در مستمسک^۱ ذکر کرده‌اند. تعبیر ایشان این است که زوجیت یک اعتبار خاصی است که براساس ارتکاز عقلائی بدون تعیین طرفین تحقق پیدا نمی‌کند؛ مثل امور ذات الاضافه. در امور ذات الاضافه هم تا طرفین آن محقق نشوند، مثل بنوت و ابوت و فوقیت و تحتیت تحقق پیدا نمی‌کند.

اما بیان روان‌تر و چه بسا کم‌نقص‌تر این است که عقلای عالم بنایشان بر این است که هرکاری می‌خواهند انجام بدهند، چه در نکاح و چه در غیر نکاح، همه چیز باید معین باشد؛ اگر بیع می‌کنند، باید عوضین معین باشد؛ اگر نکاح می‌کنند، باید زوج و زوجه معین باشد؛ هیچ‌کسی را شما نمی‌توانید در بین عقلا پیدا کنید که به صورت غیرمعین عقد را انجام بدهند یا عقد نکاح را بر یک فرد غیرمعین صورت بدهند. این یک بنای عقلایی است؛ این بنای عقلا هم از طرف شارع مورد ردع و منع قرار نگرفته، بلکه امضا و تأیید هم شده است. شما یک نفر و یک قوم و یک ملتی را در عالم پیدا نمی‌کنید که در باب نکاح بگویند که من یک زنی گرفته‌ام، حالا بعداً معلوم می‌شود که چه کسی است. یک وقت است که می‌خواهد بیان نکند، این حرف دیگری است؛ ولی اینکه تعیین نشود و به حسب واقع معین نباشد و در عقد هم ذکر نشود، واقعاً خلاف سیره و روش عقلاست.

۱. مستمسک، ج ۱۴، ص ۳۷۳.

بررسی دلیل پنجم

این دلیلی است که می‌توانیم آن را بپذیریم و واقع این است که اشکالی متوجه این دلیل نیست. اگر هم کسی ادعا کند که سیره عقلانی چنین چیزی نیست، به قول آقایان جزاف است؛ کسی بگوید عقلا بین زوج غیر معلوم یا زوجه غیر معلوم عقد نکاح واقع می‌کنند، این تحکم و حرف بی‌دلیل و ادعای بی‌وجه است. پس به نظر ما دلیل پنجم می‌تواند اشتراط تعیین را ثابت کند.

سؤال:

استاد: دلیل فرق می‌کند؛ دلیل دوم که در جلسه گذشته ذکر کردیم، همان قیاس شکل اول بود. آنجا ما در کبرای آن دلیل خدشه کردیم. اینجا اصلاً کاری به آن کبرای کلی که در جلسه گذشته گفتیم نداریم؛ اینجا سراغ سیره عقلا می‌رویم. می‌گوییم عقلا این کار را نمی‌کنند؛ اگر هم کسی می‌خواهد اشکال کند، باید بگوید عقلا این کار را انجام می‌دهند؛ یعنی در صغرای سیره خدشه کند.

به هر حال ما این را قبول داریم؛ عقلا این چنین عقد نمی‌کنند؛ عقد نکاح را بدون تعیین زوج و زوجه واقع نمی‌کنند. اینکه عقلا نسبت به کلی فی الذمه یا کلی فی المعین چه روشی دارند، آنها را در چهارچوب سیره‌های عقلایی چگونه توجیه کنیم، این بحث دیگری است. آن چیزی که مسلم است، این است که در مورد نکاح عقلا چنین عقدی را واقع نمی‌کنند و آن را صحیح نمی‌دانند.

دلیل ششم

دلیل ششم، روایت «نهی النبی عن بیع الغرر» است؛ می‌گویند اگر عقد نکاح بدون تعیین زوجین واقع شود، یک عقد غرری است و پیامبر(ص) از غرر نهی کرده‌اند. این دلیل را کآن می‌توانیم در قالب یک قیاس بیان کنیم که مقدمه اول آن این است که عقد نکاح بدون تعیین زوجین - یا هر دو یا یکی - عقد غرری محسوب می‌شود. کبرایش هم این است که عقد غرری یا غرر مورد نهی واقع شده است. نتیجه کاملاً روشن است که عقد نکاح منهی عنه است. وقتی می‌گویید عقد نکاح غرر و غرر مورد نهی قرار گرفته، نتیجه‌اش این است که نکاح اگر شرطش مراعات نشود و زوجین معین نشوند، غرری می‌شود.

بررسی دلیل ششم

این یک استدلالی است که صورت فنی هم دارد. در باب غرر بحث زیاد است؛ ما اینجا باید بدانیم منظور از غرر که در این جمله آمده چیست. «نهی النبی عن الغرر» یعنی چه؛ آن وقت ببینیم آیا اگر نکاح بدون تعیین صورت بگیرد، غرری است؟ یعنی هم صغری و هم کبری باید واکاوی شود.

در مورد کبری خودش محل بحث است که آیا آن روایت «نهی النبی عن الغرر» است یا «نهی النبی عن بیع الغرر»؛ هر دو نقل شده است. اگر «نهی النبی عن الغرر» باشد، این اختصاص به بیع ندارد و شامل همه عقود و معاوضات و غیر آنها می‌شود. اگر «نهی النبی عن بیع الغرر» باشد، اینجا چنانچه به ظاهر این عبارت جمود داشته باشیم، فقط مختص بیع است و شامل غیر بیع نمی‌شود. اما برخی ضمن اینکه روایت را «نهی النبی عن بیع الغرر» می‌دانند، معتقدند بیع خصوصیت ندارد؛ ما از بیع الغاء خصوصیت می‌کنیم یا می‌گویند تنقیح مناط می‌کنیم و مناط غرر هر جایی که تحقق پیدا کرد، باعث بطلان می‌شود. می‌گویند اینکه پیامبر(ص) فرموده «نهی النبی عن بیع الغرر» در واقع نهی پیامبر(ص) از آن مناط و ملاک موجود در بیع است. آن ملاک کدام است؟ غرر. مثل اینکه بگویند لا تأکل الرمان الحامض؛ این حامض کآن می‌شود مناط و علت حرمت اکل رمان. اگر این

الغاء خصوصیت شود و ما مناط حرمت را کشف کنیم، آن وقت شما حرمت یا عدم جواز اکل را به هر چیز ترش می‌توانید سرایت بدهید؛ چون رمان خصوصیتی ندارد. یعنی می‌خواهد بگوید هر چیزی که ترش بود، نباید بخوری؛ حالا ممکن است یک غذای خاصی باشد که ترش باشد.

پس خود «نهی النبی عن بیع الغرر» یا «نهی النبی عن الغرر» بحث‌هایی درباره آن صورت گرفته است. اگر «نهی النبی عن الغرر» باشد، به حسب نظر بدوی می‌تواند کبری قرار بگیرد؛ اگر «نهی النبی عن بیع الغرر» باشد، اینجا دو تا دیدگاه است: بعضی‌ها می‌گویند مختص بیع است، بعضی‌ها می‌گویند ما الغاء خصوصیت از بیع می‌کنیم یا از راه تنقیح مناط، این را در همه موارد غرر جاری می‌دانیم. از این سه فرضی که ذکر کردیم، استدلال تنها روی دو فرض قابل تصویر است و روی یک فرض قابل تصویر نیست.

به علاوه، غیر از این اختلافی که گفتیم، اساساً باید دید غرر به چه معناست؛ در مورد غرر سه معنا گفته شده است. در بین اهل لغت و همچنین فقها در مقام تفسیر این روایت و بیان آن، این معانی را ذکر کرده‌اند. آن سه معنا عبارت است از: ۱. خدعه و فریب؛ ۲. جهالت؛ ۳. خطر. خودش مورد اختلاف است؛ بعضی‌ها می‌گویند خطر به معنای معرضیت للهلاکه است، معرضیت از بین رفتن؛ چیزی در معرض از بین رفتن قرار بگیرد. بعضی‌ها خطر را به این معنای ریسک گرفته‌اند. بین لغویین این اختلاف هست؛ اما از میان فقها یک عده‌ای آن را به معنای خدعه دانسته‌اند که البته کمتر قائل دارد؛ یک عده‌ای آن را به معنای جهالت دانسته‌اند و یک عده آن را به معنای خطر. لذا بعضی گفته‌اند که چون غرر نزد اهل لغت چند معنا دارد، در مواجهه با این روایت نمی‌دانیم کدام معنا اراده شده است. لذا معتقدند این روایت مجمل می‌شود.

یکی از اختلافات دیگر در این باره این است که نهی از غرر یا بیع غرر، تکلیفی است یا وضعی؟ صرفاً حرمت و معصیت را بیان می‌کند، یعنی اگر کسی بیع غرری کرد مرتکب حرام شده؟ یا اینکه حکم وضعی را هم در برمی‌گیرد؛ یعنی صحت و بطلان. «نهی النبی عن بیع الغرر» ممکن است کسی بگوید دلالت بر بطلان بیع می‌کند.

پس ما از ابعاد مختلف اینجا باید بحث کنیم. یکی اینکه در لغت و بین فقها واژه غرر به چه معناست. دوم اینکه روایت «نهی النبی عن الغرر» است یا «نهی النبی عن بیع الغرر». سوم اینکه نهی تکلیفی است یا وضعی. این جهات که اشاره شد، مجموعاً استناد به این روایت را برای اثبات اشتراط تعیین زوجین با دشواری مواجه می‌کند. لذا ما تنها بر بعضی از فروض این دلیل و بنابر بعضی از مبانی می‌توانیم این استدلال را بپذیریم؛ بنابر برخی از مبانی، این دلیل پذیرفته نیست.

۱. بر این مبنا که غرر به معنای خدعه و فریب باشد که اکثر فقها هم آن را نپذیرفته‌اند و اکثر اهل لغت هم آن را به این معنا نمی‌دانند. این استدلال تمام نیست. اینکه بگوییم پیامبر(ص) از خدعه نهی کرده؛ عقد نکاح هم عقدی است که اگر در آن تعیین صورت نگیرد، خدعه محقق می‌شود؛ پس نتیجه این است که عقد باطل است، چون مورد نهی قرار گرفته است. ما این را نمی‌توانیم بپذیریم؛ نمی‌توانیم بگوییم اگر تعیین صورت نگیرد، خدعه لزوماً محقق می‌شود. ممکن است خدعه و فریب پیش بیاید، ولی اینکه عدم تعیین را ملازم با خدعه بدانیم، این قابل قبول نیست.

سؤال:

استاد: ممکن است خدعه از این مسیر هم اتفاق بیفتد. لزوماً به آن مسأله عدم شناخت بر نمی‌گردد؛ ممکن است خدعه و فریب

در این بستر شکل بگیرد، از راه عدم تعیین. لذا این معنا به نظر بعید می‌آید.

۲. اگر غرر را به معنای جهالت گرفتیم، چنانچه شیخ انصاری این معنا را ذکر کرده و یک عده‌ای هم آن را پذیرفته‌اند، طبیعتاً معین نبودن زوجین به عنوان اینکه جهالت را در پی دارد، می‌تواند غرری باشد.

۳. اگر غرر را به معنای خطر یا معرضیت للهلاکه دانستیم، باز اینجا معلوم نیست بتوانیم به این دلیل استناد کنیم. چون عدم تعیین اینطور نیست که آن را در معرض هلاکت قرار بدهد. لذا اگر زوجین معین نشود، لزوماً خطر به دنبال ندارد.

پس مجموعاً از میان این شش دلیل، آن دلیلی که قابل اتکاء است و به استناد آن می‌توان گفت باید زوجین معین شوند، بناء عقلاست. آن وقت اگر بناء عقلا دلیل شد، میزان تعیین هم بدست عقلاست؛ ممکن است عقلا بگویند تعیین صد در صدی لازم نیست. هر چند اینطور نیست و به نظر می‌رسد زوجین در نکاح دقیقاً باید معین باشد. در همه مواردی که مرجع بناء عقلا و سیره عقلاست و هرجایی که سیره عقلا را دلیل قرار می‌دهیم، برای تعیین دامنه و قلمرو آن هم باید به سراغ عقلا برویم. به نظر می‌رسد عقلا مجموعاً تعیین را در مورد زوجین شرط می‌دانند.

بحث جلسه آینده

اینجا یک روایتی نقل شده که به حسب این روایت، شرطیت منتفی است، باید آن را بررسی نماییم.

«والحمد لله رب العالمین»