



درس فارغ فقه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

موضوع کلی: نکاح

تاریخ: ۱ خرداد ۱۴۰۲

مصادف با: ۲ ذی القعدة ۱۴۴۴

موضوع جزئی: احکام عقد - مسأله ۱۲ - اشتراط صحت عقد به تعیین زوجین - تفصیل مرحوم سید و بررسی آن

جلسه: ۶۴

سال پنجم

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

خلاصه جلسه گذشته

عرض کردیم مرحوم سید در مسأله ۱۷ یک عبارتی دارند که محل بحث و گفتگو واقع شده است. محصل فرمایش ایشان این است که برای صحت عقد نکاح، تمیز واقعی زوجین کفایت می‌کند. یعنی اگر به حسب مقام ثبوت، زوجین معلوم و معین باشند، این کافی است برای صحت عقد.

تفصیل مرحوم سید

البته ایشان یک تفصیلی در مسأله داده که محل بحث واقع شده است؛ می‌گوید تمیز واقعی زوجین کفایت می‌کند به شرط اینکه بعد از عقد امکان علم باشد؛ ولی اگر امکان علم نباشد، «فالاقوی البطلان». این دو صورت را در قالب مثال عرض می‌کنم؛ می‌گوید:

۱. اگر پدر بگوید زوجتک بنتی الکبری، دختر بزرگم را به تزویج تو در آوردم؛ اما وقتی عقد می‌کند، خودش دقیقاً نمی‌داند کدام یک از این دو دختر بزرگتر هستند، چون تاریخ تولد آنها را فراموش کرده است؛ می‌گوید اینجا چنانچه بعد از عقد امکان علم وجود داشته باشد، مثلاً با رجوع به دفتر یا کتابی که تاریخ ولادت فرزندان را می‌نویسد، می‌تواند معلوم کند که کدام یک از این دخترها بزرگتر است؛ اینجا عقد صحیح است. چون در حال عقد تمیز واقعی وجود دارد و معلوم است که دختر بزرگ کدام است؛ منتهی خودش آن موقع علم ندارد ولی بعداً می‌تواند علم پیدا کند.

۲. اما اگر در همین صورت امکان علم نباشد، یعنی مثلاً تاریخ ولادت دخترها را از یاد برده و دفتر و نوشته‌ای هم که در آن تاریخ ولادت را مکتوب کرده باشد ندارد، اینجا می‌فرماید «فالاقوی البطلان»، اقوی این است که این عقد باطل است. با اینکه تمیز واقعی هست اما او نمی‌تواند تعیین کند که کدام بزرگتر است. دلیل ایشان این است که ادله از این مورد انصراف دارد.

عبارت ایشان این است: «و لا یلزم تمیز ذلک المعین عندهما حال العقد»، چیزی که نزد طرفین معین است، لازم نیست در حال عقد متمایز باشند؛ «بل یکفی التمییز الواقعی مع امکان العلم به بعد ذلک»، تمیز واقعی کفایت می‌کند در صورتی که امکان علم به تمیز بعد از عقد وجود داشته باشد؛ «كما إذا قال زوجتک بنتی الکبری و لم یکن حال العقد عالماً بتاریخ تولد البنین»، مثل اینکه می‌گوید من دختر بزرگم را به تو تزویج کردم، در حالی که حین عقد، خود او از تاریخ تولد دو دخترش آگاهی ندارد. «لکن بالرجوع إلی الدفتر یحصل له العلم»، اما با رجوع به دفتر، علم برای او حاصل می‌شود. «نعم إذا کان ممیزاً واقعاً و لکن لم یمكن العلم به ظاهراً كما إذا نسی تاریخ ولادتهما و لم یمكنه العلم به فالاقوی البطلان»، لکن اگر به حسب واقع اینها متمایز باشند و واقعاً معلوم باشد که کدام است، ولی او نمی‌تواند ظاهراً علم به آن پیدا کند، مثل اینکه تاریخ ولادت این دو

را فراموش کرده و امکان علم و آگاهی به تاریخ ولادت هم برای او نیست، اینجا فرموده «فلاقوی البطلان لانصراف الأدلة عن مثله»، برای اینکه ادله از مثل این مورد منصرف است و نمی‌تواند شامل این مورد شود و حکم به صحت از آن استفاده شود. «فالقول بالصحة و التشخيص بالقرعة ضعيف»، پس اینکه کسی بگوید عقد صحیح است، لکن با قرعه این را معین و مشخص می‌کنیم، قول ضعیفی است. این محصل فرمایش ایشان است که به دو صورت و قول دیگری که در صورت دوم هست، اشاره کرده است.

بررسی تفصیل مرحوم سید

اینجا البته با توجه به بحثی که تا به حال داشتیم، باید ملاک را معلوم کنیم؛ در جلسه گذشته هم اشاره کردم که در جمع‌بندی بحث به اقوال هم یک اشاره‌ای می‌کنم و آن اینجا تعیین کننده است، که به طور کلی وقتی سخن از تعیین و مشخص شدن زوجین در عقد نکاح به میان می‌آید، آیا تعیین به حسب مقام ثبوت و عالم واقع فقط ملاک است یا اینکه در مقام اثبات به این معنا که در عقد هم صریحاً یا ظاهراً یا بالکنایه و با مجاز (البته نه به حدی که به مجاز مستنکر برسد) باید ذکر شود.

۱. اینجا عده‌ای قائل هستند تعیین هم در مقام ثبوت و هم در مقام اثبات لازم است، مثل محقق عراقی که عبارتش را در جلسه گذشته خواندیم که معتقد است علاوه بر تعیین در مقام ثبوت و به حسب واقع، این باید به نوعی با لفظ هم ابراز شود؛ صرف مقوله و معاهده پیشین، که عقد مبنیاً علیه واقع می‌شود کافی نیست.

۲. یک عده‌ای معتقدند تعیین به حسب مقام ثبوت کافی است و نیازی نیست در مقام اثبات و در عقد به نوعی با لفظ و قرینه‌ای این ذکر شود. نظر امام و مرحوم سید همین است؛ اینها از کسانی هستند که معتقدند تعیین در مقام ثبوت کافی است و در عقد به لفظ و فعل و قرینه‌ای نیاز نداریم. لذا مرحوم سید فرمود: «و لایلزم تمیز ذلك المعین عندهما حال العقد» این تازه یک پله بالاتر را می‌گوید، می‌گوید حتی تمیز در حال عقد برای طرفین هم لازم نیست، «بل یکفی التمییز الواقعی» یعنی به حسب واقع معلوم باشد که عقد بر چه کسی واقع می‌شود.

اشکالات محشین به مرحوم سید

اشکالی که آقایان اینجا نسبت به مرحوم سید کرده‌اند عمدتاً راجع به صورت دوم است که ایشان فتوا به بطلان داده است، «لاقوی البطلان». نوعاً گفته‌اند اینجا باید احتیاط کنیم و به حسب ادله نمی‌توانیم بگوییم باطل است.

۱. مرحوم آقای بروجردی فرموده‌اند «محل تأمل فلا یترک الاحتیاط بالطلاق»، اینکه فتوا به بطلان بدهیم اشکال دارد، احتیاط این است که طلاق بدهند؛ یعنی گویا عقد واقع شده ولی احتیاط این است که طلاق داده شود و دوباره عقد شود.

۲. امام (ره) اینجا فرموده‌اند «محل اشکال فلا یترک التخلص بالاحتیاط»؛ اینها اشکال کرده‌اند به مرحوم سید در فتوا به بطلان و می‌گویند باید احتیاط کرد.

۳. مرحوم آقای خوبی یک اشکال دیگر کرده و می‌گوید «فی القوة اشکال»؛ ابتدا همین اشکالی که آقایان دارند را مطرح می‌کند، بعد می‌گوید چطور شما فتوا به بطلان می‌دهید؟ اینجا جای فتوا به بطلان نیست. «بل الصحة غیر بعیده» بلکه بالاتر، بعید نیست که بگوییم این عقد صحیح است.

۴. مرحوم محقق عراقی یک اشکال دیگری کرده و می‌گوید: «بل الاقوی اجراء حکم الشبهة المحصورة علیهما»، اینجا باید

حکم شبهه محصوره جاری شود که ما علم اجمالی داریم به وقوع العقد علی احدهما، دقیقاً مثل علم اجمالی به خمریت احد الانائین و احکام آن جاری شود.

خود مرحوم سید هم در متن به نظر آنها اشاره کرده که قائل شده‌اند که عقد صحیح است لکن با قرعه تشخیص می‌دهیم؛ می‌گوییم چون امکان علم نیست، عقد صحیح است و با قرعه معلوم می‌کنیم که کدام یک به تزویج در آمده است. پس امر دایر بین این چند قول است.

وجه اینکه نوعاً اشکال کرده‌اند به مرحوم سید و مخصوصاً اکثراً نسبت به فتوای ایشان به بطلان اشکال کرده‌اند، این است که اگر ما ملاک را تمیز واقعی و به حسب مقام ثبوت بدانیم و در مقام اثبات لازم ندانیم، دیگر فرقی بین این دو صورت نیست. بالاخره اینجا تمیز واقعی وجود دارد، اینجا به حسب واقع اینها از هم متمایز هستند؛ منتهی علم به تمایز و تعیین برای این پدر یا آن طرف دیگر حاصل نمی‌شود.

یک نکته را توجه کنید و آن اینکه مرحوم سید در حقیقت کأن یک امر اضافه را اینجا شرط می‌داند و می‌گوید برای صحت، صرف تطابق واقعی کافی نیست بلکه باید نزد متعاقدين احراز شود، حالا یا حین العقد یا بعد العقد؛ احراز نزد متعاقدين را شرط می‌داند. اما دیگران چنین چیزی را لازم نمی‌دانند؛ می‌گویند ادله اشتراط تعیین بیش از اینکه در مقام ثبوت باید معین باشد، بر چیزی دلالت ندارد. کسانی که قائل به صحت شده‌اند، بعضی از آنها معتقدند که همانطور که اگر کسی بعد از عقد برای او مشتبه شود که عقد بر چه کسی واقع شده، عقد صحیح است ولی با قرعه معین می‌شود. اینجا هم می‌گویند اگر بعد از عقد مشتبه شود که مثلاً زوج یا زوجه کدام است، اطلاقات ادله نکاح، این عقد را تصحیح می‌کند لکن می‌گویند مشتبه را باید با قرعه تعیین کرد. این هم در حقیقت کأن یک اشتباهی است که حین عقد یا قبل از عقد پدید آمده و فرقی بین اشتباه قبل العقد و اشتباه بعد العقد نیست. پس اولاً می‌گویند حکم به صحت می‌شود، ثانیاً با قرعه مسأله را حل می‌کنیم. طبق این بیان، کاری هم به احتیاط و اینها ندارند.

صاحب جواهر ابتداءً می‌فرماید اطلاقات ادله نکاح اقتضای صحت دارد و اگر عقد صحیح باشد، برای خروج از اشتباه باید با قرعه آن را معین کنیم، ولی بعد می‌فرماید: احتمال دارد بگوییم چون قاعده اولیه در باب معاملات اقتضای فساد دارد، اگر جایی شک کنیم که این عقد صحیح است یا فاسد، باید به اصالة الفساد مراجعه کنیم. در جایی که عقد می‌کند و طرفین به حسب واقع متمیز هستند اما نزد متعاقدين متمیز نیستند ولی بعد از عقد امکان علم وجود دارد، مشکلی در صحت آن نیست؛ اما اگر بعد از عقد امکان علم نباشد، اینجا به اصالة الفساد رجوع می‌کنیم. این مطلبی است که صاحب جواهر فرموده است.^۱

مرحوم آقای حکیم به صاحب جواهر اشکال کرده‌اند که رجوع به اصل یا رجوع به قدر متیقن، در صورتی است که اطلاقات کارایی نداشته باشند؛ اما اگر اطلاقات ادله نکاح بتواند شامل این مورد شود، این عقد صحیح است.

پس معلوم می‌شود عمده اختلاف مرحوم سید با صاحب جواهر و مثل مرحوم آقای حکیم، محقق عراقی و حتی مرحوم آقای خوئی در مسأله اطلاقات است که ایشان می‌گویند اطلاقات منصرف از این مورد است؛ عبارت ایشان بود: «فلاقوی البطلان لانصراف الأدلة عن مثله»، چون ادله از مثل این مورد انصراف دارند. مرحوم سید می‌گوید با توجه به انصراف ادله، پس کأن

اطلاقی وجود ندارد و اصل فساد اقتضا می‌کند که این عقد باطل باشد.

حق در مسأله

اینجا بین سه نظر (فتوا به بطلان، احتیاط وجوبی که طلاق بدهد، و فتوا به صحت یا میل به صحت) در این مسأله، کدام رأی و نظر صحیح به نظر می‌آید؟

شاید آنچه که امام(ره) در تعلیقه فرموده‌اند که باید راه احتیاط پیش گرفته شود، این اقرب الی الصواب است. برای اینکه اگر بخواهیم حکم به صحت کنیم، به چه دلیل بگوییم این صحیح است؟ مرحوم آقای خوئی بیانشان این است که چرا حکم به بطلان کنیم؟ این زن به حسب واقع معین است، سایر شروط عقد هم که موجود است، همه شروط صحت عقد اینجا محقق است؛ تعیین هم حاصل است، چون به حسب واقع معین است. تنها مشکل این است که به حسب مقام اثبات، تمیز ممکن نیست. ولی ما دلیلی بر اینکه باید تمیز در مقام اثبات محقق شود نداریم؛ بنابراین چرا حکم به بطلان کنیم؟ بعد تنظیر می‌کند به همان مسأله اشتباه در زوج و زوجه که اگر بعد العقد اشتباه پیش بیاید، کسی حکم به بطلان نمی‌کند. اینجا هم همینطور است. بنابراین باید بگوییم عقد صحیح است، لکن چون الان اثباتاً معین نیست، برای آنکه آثار زوجیت مترتب گردد و این اشتباه برطرف شود، باید رجوع به قرعه کنیم، چون القرعة لکل امر مشکل؛ و هیچ کدام از این دو ترجیحی بر دیگری ندارند. یعنی همان قولی که مرحوم سید گفته ضعیف، مرحوم آقای خوئی آن را تقویت کرده است.

ما الان مواجه هستیم با اینکه حکم به صحت کنیم نسبت به این عقد یا بطلان؛ از یک طرف نمی‌توانیم حکم به بطلان کنیم، برای اینکه فرض این است که به حسب واقع شرط را دارد، یعنی تعیین به حسب مقام ثبوت حاصل است؛ تمیز به حسب مقام واقع وجود دارد؛ سایر شرایط هم هست. پس فتوا به بطلان واقعاً وجهی ندارد؛ چرا بگوییم باطل است؟ اینکه اکثراً به مرحوم سید اشکال کرده‌اند، مسأله‌شان این است که وقتی شرایط حاصل است، چرا اطلاقات ادله شامل این مورد نشود؟ همه حرف سید این بود که اطلاقات ادله منصرف از این مورد است؛ آقایان هم می‌خواهند بگویند به حسب واقع چون معین است، مشکلی در شمول اطلاقات نیست. ادله اشتراط تعیین را هم که نگاه می‌کنیم، آنها هم زائد بر تعیین به حسب واقع چیزی ندارند. آنها می‌گویند باید معلوم باشند، نمی‌گویند حتماً باید در عقد ذکر شود؛ می‌گویند باید معلوم باشد، این ظهور دارد در همان تعیین به حسب واقع. پس به نظر می‌رسد فرمایش مرحوم سید تمام نیست.

اگر این چنین است، چرا حکم به صحت نکنیم و حکم به احتیاط کنیم؟ مثل مرحوم آقای خوئی بگوییم صحیح است و با قرعه مشکل را حل می‌کنیم، مثل مرحوم آقای حکیم، مثل مرحوم محقق عراقی، که اینها می‌گویند صحیح است. وجه احتیاط این است که درست است به حسب واقع متعین است و معلوم است بنت الکبری کدام است، اما الان راهی برای تمیز و مشخص شدن آن وجود ندارد. دلیل قرعه هم برای اشتباه بعد العقد می‌تواند راهگشا باشد، اما اینکه بخواهیم قرعه را برای موردی که حین العقد هم مشتبه است از آن کمک بگیریم، به نظر می‌رسد راه درستی نیست. بله، عقلاً در جایی که بعد العقد اشتباه شود، ممکن است با قرعه این مسئله را حل کنند؛ اما اگر از حین عقد این مشتبه باشد و متعاقباً ندانند عقد بر کدام یک صورت گرفته، اینجا معلوم نیست عقلاً قرعه را تجویز کنند، که ما با قرعه تعیین کنیم. مسأله از حین عقد مشتبه است؛ لذا قرعه نمی‌تواند مشکل را حل کند. اینجا چه باید کنیم؟ اینجا با توجه به اینکه تطبیق این شرط بر مورد و واقعاً راهی برای

تعیین نداریم، هیچ طریقی جز احتیاط در مقابل ما نیست.

پس اینکه امام فرمودند «لا یترک التخلص بالاحتیاط» به نظر می‌رسد این فرمایش تمام است. نه فتوا به صحت و تشخیص از راه قرعه صحیح است، نه فتوا به بطلان قابل قبول است، بلکه همانطور که اعظم از محشین عروه مثل مرحوم آقای بروجردی، امام و برخی دیگر فرموده‌اند، اینجا باید بگوییم چاره در احتیاط است، به این معنا که هم فرض می‌کنیم عقد واقع شده، و لذا طلاق می‌دهیم و دوباره عقد می‌کنیم. به نظر می‌رسد این اقرب الی الصواب است.

سؤال:

استاد: من گفتم در مقام ثبوت این هست، به حسب واقع هم معلوم است که دختر بزرگ چه کسی است؛ در آن ادله‌ای که شرط تعیین کرده‌اند، بیش از این استفاده نمی‌شود که باید واقعاً معلوم باشد که سر چه کسی را می‌خواهند بتراشانند. بنتی الکبری که می‌گوید، بالاخره معلوم است که دختر بزرگتر است و معین است. توصیف کنند، بالاخره معلوم باشد بر چه کسی دیدن که شرط نیست؛ دیدن غیر از تعیین است. قدیم‌ها که ازدواج می‌شد، نه پسر دختر را می‌دید و نه دختر پسر را می‌دید تعیین به حسب مقام ثبوت تحقق دارد، واقعاً معلوم است که دختر بزرگ کدام است و عقد بر او واقع شده است. در ادله هم چیزی بیش از اینکه باید معلوم و معین باشد زوج و زوجه، چیزی نداریم. اینجا معین است؛ کجا دارد که باید در عقد ذکر کنید؟ به حسب واقع معلوم است، اینکه پدر الان نمی‌داند مگر آنجایی که بعداً علم پیدا می‌کند اما در حال عقد نمی‌داند، آنجا را چه می‌گویید؟ ... پس معلوم می‌شود تمیز و تعیین واقعی هست، ولو در حال عقد پدر اصلاً نمی‌داند، اینجا را چه می‌گویید؟

«والحمد لله رب العالمین»