



## درس فارغ فقه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

موضوع کلی: نکاح

تاریخ: ۱۰ مهر ۱۴۰۲

مصادف با: ۱۶ ربیع الاول ۱۴۴۵

موضوع جزئی: احکام عقد - مسأله ۱۳ - فرع چهارم - دو موضوع در فرع چهارم -

بررسی موضوع اول: بطلان عقد نسبت به مقصود - کلام مرحوم حکیم و بررسی آن - کلام بعضی از بزرگان و بررسی آن

جلسه: ۳

سال پنجم

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

#### خلاصه جلسه گذشته

عرض کردیم امام(ره) در مسأله سیزدهم متعرض چهار فرع شده‌اند؛ موضوع این چهار فرع، اختلاف در جهاتی است که موجب تعیین زوجین می‌شود؛ یعنی اختلاف در اسم، وصف و اشاره. سه فرع را که در آنها حکم به صحت عقد کرده‌اند، در جلسه قبل بیان کردیم و ملاک حکم به صحت هم این شد که عقد تابع قصد است، آنچه که مقصود واقع شده، عقد نسبت به آن واقع می‌شود. اگر مقصود اسم باشد، عقد نسبت به اسم مذکور در عقد واقع می‌شود؛ اگر مقصود اشاره باشد، اگر مقصود وصف باشد، اینها مشکلی ندارد. البته دلیلی که شیخ طوسی و مرحوم علامه ذکر کرده بودند هم مورد اشکال قرار گرفت.

فرع چهارم آنجایی است که مقصود، وصف است اما اشاره هم در کنارش هست. تعبیر امام(ره) این بود: «و لو کان المقصود العقد علی الکبری فلما تخیل أن هذه المرأة الحاضرة هی تلک الکبری قال: «زوجتک هذه و هی الکبری» لا یقع العقد علی الکبری بلا إشکال». بعد نسبت به مشار إليها فرمودند له وجهاً اما احتیاط هم نباید ترک شود.

#### دو موضوع در فرع چهارم

امام اینجا دو ادعا مطرح کرده‌اند:

۱. یکی عدم وقوع عقد نسبت به آنچه که مقصود است، و دیگری تردد در وقوع عقد نسبت به مشار إليها. گفته زوجتک هذه التي هی الکبری، این دختر را که دختر بزرگ است به زوجیت تو در آوردم. هم وصف ذکر شده و هم اشاره. مقصود هم وصف است؛ اما می‌گویند اینجا عقد بر کبری واقع نمی‌شود. حالا سؤال این است که آیا قاعده العقود تابعة للمقصود اینجا تخصیص می‌خورد؟ یعنی با اینکه مقصود آن دختر بزرگتر است، اما چون اشاره به کسی دیگری شده، پس اینجا عقد تابع قصد نیست. یعنی کأن گفته شده کل عقد تابع للقصد الا فی بعض الموارد، که یکی اینجاست. آیا این قاعده تخصیص خورده یا اینکه مسأله، مسأله دیگری است؛ چون اگر به آن ملاک بخواهیم اینجا قضاوت کنیم، باید بگوییم اینجا عقد بر کبری و دختر بزرگتر واقع می‌شود؛ چرا امام فرموده لا یقع العقد علی الکبری؟ این ملاک در آن سه تا کارآیی داشت، اما چرا اینجا کارآیی ندارد؟

۲. دیگر اینکه اگر بر کبری واقع نمی‌شود، چرا در وقوع عقد بر مشار إليها تردید کرده‌اند و گفته‌اند لا یتربح الاحتیاط؟ این یک مسأله مهمی است.

نظیر این فرع در کلام مرحوم علامه هم اشاره شده است؛ اگر به خاطر داشته باشید در جلسه قبل هم عبارت علامه را ذکر کردیم: «ولو قال زوجتک هذه فاطمة و اشار إليها و کان اسمها زینب، فالوجهان للشافعية»: البته این فرعی که مرحوم علامه ذکر کرده، تعارض بین اشاره و اسم است؛ اینجا تعارض بین اشاره و وصف است. اگر بگویید من این را به زوجیت تو در آوردم

که اسمش فاطمه است، اما بعداً معلوم شود که اسمش زینب است، دو وجه دارد؛ یعنی در آن اشکال است؛ یک وجه صحت و یک وجه بطلان.

نظیر همین عبارت را صاحب جواهر هم دارد؛ عبارت صاحب جواهر را دقت بفرمایید: «أما إذا لم يكونا متطابقين بأن كانت المشار إليها زینب أو كانت بنته و لكن سماها بغير اسمها ففي صحة العقد ترجيحاً للإشارة أو البطلان لعدم بنت له بذلك الاسم أو ليست الحاضرة المسماة به وجهان، أقواهما الأول»، صاحب جواهر می‌گوید: اگر بگویند زوجتک هذه فاطمة اما بعد معلوم شود که اسم او فاطمه نبوده، یا بگویند زوجتک بنتی فاطمة در حالی که اسم دخترش فاطمه نبوده است؛ اینجا در صحت عقد دو وجه است: بطلان و صحت. یک وجه این است که اشاره را ترجیح بدهیم، یک وجه این است که بگوییم باطل است؛ اما خود ایشان می‌فرمایند اقواهما الاول، یعنی عقد صحیح است؛ یعنی اشاره ترجیح دارد بر آن اسم یا وصف. حالا این فرع بعینه منطبق بر فرع مورد بحث ما نیست اما به هر حال در جایی که بین اشاره و وصف تعارض و عدم تطابق باشد، مرحوم علامه و مرحوم صاحب جواهر، گفته‌اند دو وجه در آن هست، هم صحت و هم بطلان.

مرحوم آقای حکیم اینجا یک مطلبی دارند و مسأله را مبتنی بر یک موضوعی کرده‌اند که باید ببینیم این درست است یا نه.

#### **بررسی موضوع اول: بطلان عقد نسبت به مقصود**

دقت کنید که فرع مورد بحث ما، عدم تطابق بین وصف و اشاره است؛ این را هم تأکیداً عرض می‌کنم و در جمع‌بندی نهایی خواهم گفت که در همه این فروع مقصود واضح است؛ در قصد اختلافی نیست؛ یعنی روشن است که قصد عاقد به کدام زن تعلق گرفته است. پس در قصد اختلافی نیست. اینجا هم گفت «لو كان المقصود الكبرى»، قصد به آن تعلق گرفته، اما اشاره با آن سازگار نیست. اینجا باید دید چرا گفته‌اند فیه وجهان؟ هم صاحب جواهر کرده و هم مرحوم علامه، هر کدام هم یکی را ترجیح داده‌اند ولی فیه وجهان، مبنای دو وجه بودنش چیست؟

#### **کلام مرحوم آیت‌الله حکیم**

مرحوم آقای حکیم فرموده منشأ اشکال و اینکه در مسأله دو وجه قرار داده‌اند، این است که این قید به نحو وحدت مطلوب اخذ شده یا به نحو تعدد مطلوب؛ اگر به نحو تعدد مطلوب اخذ شده باشد، عقد صحیح است، اما اگر به نحو وحدت مطلوب اخذ شده باشد، باطل است. این یعنی چه؟ یعنی عقد را واقع کرده است بر وصف که دختر بزرگتر باشد و اشاره.

اینکه بعضی‌ها حکم به صحت کرده‌اند برای این است که اینها را دو مطلوب دیده‌اند؛ هم کبری بودن و هم مشار الیها بودن. چون هر دو مطلوب بوده و یکی حاصل نشده (الان این مشار الیها هست اما کبری نیست) به جهت مطلوبیت یک قید، می‌تواند عقد صحیح باشد. چون آن قید دیگر (یعنی کبری بودن) محقق نشده، خیار فسخ پیدا می‌کند؛ مثل همه مواردی که کسی یک قید از قیود مورد نظرش تحقق پیدا نکند. مثلاً می‌گوید بعنک هذا العبد الکاتب، اگر گفت من این عبد کاتب را به تو می‌فروشم، او هم قبل کرد؛ اگر عبد بودن یک مطلوب و کاتب بودن مطلوب دیگر بود، عقد نسبت به این عبد واقع می‌شود اما نسبت به کتاب بودن خیار فسخ پیدا می‌کند؛ می‌گوید حالا عبد هست اما چون کتابت ندارد، می‌توانیم معامله را بهم بزیم.

اما اگر تعدد مطلوب نباشد و وحدت مطلوب باشد، یعنی این یا عبد کاتب می‌خواهد یا اگر عبد کاتب نباشد، اصلاً نمی‌خواهد؛ او می‌خواهد یک کسی خواندن و نوشتن بلد باشد و کارهایش را انجام بدهد. اگر قید کتابت به نحو وحدت مطلوب، یعنی جزئی از عبد اخذ شده باشد، عقد باطل است.

پس حکم به صحت و بطلان متوقف بر این است که ما وصف کبری را در موضوع بحث خودمان به نحو تعدد مطلوب اخذ کنیم یا به نحو وحدت مطلوب؛ در صورت اول حکم به صحت می‌شود؛ می‌گوید بزرگتر نیست، ولی هذبه که هست، منتهی خیار فسخ پیدا می‌کند. اما اگر به نحو وحدت مطلوب اخذ شود، باید حکم به بطلان کنیم.<sup>۱</sup>

این فرمایش مرحوم آقای حکیم است؛ ایشان مبتنی کرده این مسأله را بر مسأله وحدت مطلوب و تعدد مطلوب. البته خود ایشان بعد فرموده «و لا ینبغی التأمل فی أن المرتکزات العرفیة تقتضی الأول». در یک چنین مواردی ارتکاز عرفی بر این است که به نحو تعدد مطلوب است؛ وقتی می‌گوید زوجتک هذبه هی الکبری، معلوم می‌شود هم «این» مهم است و هم «کبری بودن» و بزرگتر بودن.

می‌گوید برای عرف کآن هر دو مطلوبیت دارد، هر دو مرغوب است؛ مسأله وحدت مطلوب نیست؛ لذا باید حکم به صحت کنیم. بله، عقد صحیح است لکن له الخیار؛ جاهایی که قید مقوم موضوع باشد، آنجا دیگر نمی‌شود حکم به صحت کرد؛ مثلاً اگر کسی بگوید بعثتک هذا العبد الکاتب فبان أنه حمار، حالا از دور دیده یا بالاخره یک جوری یک چنین مشکلی پیش آمده؛ گفته من این عبد کاتب را به شما فروختم، اما بعد معلوم شد که اصلاً عبد نبوده است. این عبد دیگر جزء مقومات موضوع است؛ اینطور نیست که بگوییم کاتب بودن یک چیز است و عبد بودن یک چیز؛ این عبد مقوم موضوع معامله است؛ اگر نباشد اصلاً معامله باطل است. لذا ایشان هم مسأله را مبتنی بر وحدت و تعدد مطلوب کرده و هم چون می‌گوید در این موارد مقتضای ارتکاز عرفی تعدد مطلوب است، ما در اینجا حکم به صحت می‌کنیم و البته خیار فسخ ثابت می‌شود.

#### بررسی کلام مرحوم آیت‌الله حکیم

##### اشکال اول

یک اشکال مهم به اصل مدعای مرحوم آقای حکیم وارد است؛ چون اساساً مسأله وحدت و تعدد مطلوب در جایی است که هر دو جهت، مورد نظر و صحیح باشد و هیچ غلط و اشتباهی در آن رخ نداده و اشتباهاً عنوان نشده باشد. مثال می‌زند بعثتک هذا العبد الکاتب، اینجا نه عبد اشتباهاً ذکر شده و نه کاتب بودن، هر دو صحیحاً ذکر شده و هر دو هم مقصود است. یک جایی ممکن است مقصود و مطلوب واحد باشند. پس در مسأله وحدت و تعدد مطلوب اساساً پای غلط و اشتباه و خطا در میان نیست، در حالی که در مانحن فیه از این دو قید یکی مقصود است و دیگری مقصود نیست؛ یکی صحیحاً آورده شده و دیگری غلطاً و خطاً. پس این هذبه مسأله وحدت و تعدد مطلوب؛ این اشکال مهمی است که به مرحوم آقای حکیم وارد است. اصلاً ما نمی‌توانیم مانحن فیه را مبتنی بر وحدت و تعدد مطلوب کنیم. اینکه گفته زوجتک هذبه هی الکبری، یکی را اشتباهی گفته، نه اینکه هر دو اینجا مقصود باشد. پس ابتناء این مسأله بر وحدت و تعدد مطلوب، صحیح نیست.

##### اشکال دوم

مشکل دیگر این است که مرحوم آقای حکیم ادعا کرده‌اند که مرتکزات عرفی اقتضای تعدد مطلوب دارد؛ آیا واقعاً در این موارد هر جا عرف یک صیغه‌ای جاری کند که دو قید در آن ذکر شده باشد، اینجا به نحو تعدد مطلوب است؟ یعنی اگر عرف مواجه شود با همان عبد کاتب که مثال زدیم، که عبد بودن یک مطلوب است و کاتب بودن یک مطلوب دیگری است؛ بعد

۱. مستمسک، ج ۱۴، ص ۳۹۵.

معلوم می‌شود که کاتب نیست، آیا اینجا می‌توانیم حکم به صحت کنیم و خيار فسخ ثابت کنیم و بگوییم چون تعدد مطلوب است، عقد صحیح است؟ این را شما به عرف القاء کنید، آیا عرف این را می‌فهمد؟ نمی‌توانیم بگوییم این ارتکاز عرفی است؛ بله، در یک مواردی این چنین هست اما ارتکاز عرفی نیست. خیلی موارد هم هست که کسی اصلاً عبد با خصوصیت کاتب بودن می‌خواهد، اگر کاتب نباشد اصلاً این عبد به درد او نمی‌خورد. پس ارتکاز عرفی دانستن تعدد مطلوب، قابل قبول نیست. تا اینجا معلوم شد که فرع چهارم را اینطور که نمی‌توانیم حل کنیم؛ یعنی این راهی که مرحوم آقای حکیم طی کرده، مشکل را حل نمی‌کند. چطور باید حل کنیم؟ اینجا العقود تابعة للقصد اقتضا می‌کند عقد بر کبری واقع شود، چون فرض این است، المقصود هی الکبری؛ چه مانعی وجود دارد که ما بگوییم این عقد بر کبری واقع نشود؟ چرا مثل آن سه فرع قبلی صراحتاً حکم نمی‌کنیم به صحت عقد بر آنچه که مقصود است؛ آن سه فرع قبلی همین بود؛ گفت اگر مقصود وصف باشد، عقد بر آن واقع می‌شود؛ اگر مقصود اسم باشد، عقد بر آن واقع می‌شود؛ اگر مقصود اشاره باشد، عقد بر آن واقع می‌شود. اینجا هم مقصود کبری است؛ تنها چیزی که وجود دارد، اشاره کنار آن آمده است. اگر بگوییم این قاعده و ملاک تخصیص خورده، چنین چیزی پذیرفته نیست؛ ما هیچ کجا نداریم که العقود تابعة للقصد الا فی کذا؛ چون اساساً این قاعده یک قاعده تبعیدی نیست. عقد تابع قصد است، چون عقد حقیقتش انشاء است، ایجاب و قبول است؛ انشاء ایجاب و قبول، متعلق می‌خواهد؛ منشأ باید معلوم باشد؛ در انشاء، قصد باید وجود داشته باشد. عقد هم دقیقاً تابع همین قصد است؛ پس قاعده تخصیص بردار نیست. این احتمال منتفی است.

احتمال دیگر که بگوییم اینجا قاعده تخصیص نخورده بلکه این مورد اساساً از صغریات قاعده محسوب نمی‌شود؛ درست است گفته‌اند المقصود هو الکبری، ولی اینجا اساساً قصد به کبری تعلق نگرفته بلکه به مشار الیها تعلق گرفته، یا اصلاً به آن هم تعلق نگرفته است. آیا این را می‌توانیم بگوییم؟ یعنی به قاعده دست نزنیم، قاعده را گرفتار تخصیص و استثنا نکنیم، اما بگوییم این مورد از صغریات آن قاعده نیست، برای همین است که این قاعده در اینجا جریان پیدا نمی‌کند.

### کلام بعضی بزرگان

اینجا بعضی از بزرگان فرموده‌اند علت اینکه اینجا عقد نسبت به کبری واقع نمی‌شود، این است که عقد انشاء شده علی الحاضرة لا علی الموصوفة؛ یعنی متعلق عقد، متعلق انشاء، کبری نیست بلکه مشار الیها است (حالا اینکه نسبت به مشار الیها واقع می‌شود یا نه، این بحث دیگری است؛ چون گفتیم امام دو تا ادعا اینجا مطرح کرده است؛ ما فعلاً اولی را درست کنیم و بعد برویم سراغ دومی). ایشان فرموده برای اینکه اینجا عقد انشاء شده علی الحاضرة لا علی الموصوفة أو المسمی، ولو گمان کرده که این همان است.

### بررسی کلام بعضی بزرگان

این خروج از فرض است؛ ما نمی‌توانیم بگوییم مثلاً این قصدش کبری بوده اما انشاء بر حاضره کرده؛ اگر این را بگوییم یعنی دیگر مقصود کبری نیست؛ مدعای ایشان این است که در آن سه صورت، همانی که مقصود بوده مورد انشاء هم بوده؛ مثلاً عقد را بر فاطمه انشاء کرده، گمان می‌کرده این دختر بزرگتر است؛ یکی از فروع ثلاثه این بود. اما اینجا بین مورد انشاء و مقصود

تفاوت حاصل شده است.<sup>۱</sup>

خلاصه حرف ایشان این است که در آن سه مورد کان المقصود فيها مورداً للانشاء، ولكن هنا انشئ العقد على الحاضرة لا على الموصوفة. ولی این به نظر ما تمام نیست؛ اگر ما بگوییم مقصود و مورد انشاء اینجا تفاوت کرده، اولاً این از عبارات استفاده نمی‌شود؛ به چه دلیل شما می‌گویید مورد انشاء یک چیز دیگری است؟ این مثل بقیه آنها گفته زوجتک هذه و هی الکبری، یا زوجتک هذه الکبری من بناتی؛ این بزرگترین دختر تو ... چطور شما می‌گویید بین اینها تفاوت است؟ بنابراین این حرف هم درست نیست.

### بحث جلسه آینده

پس ما دو تا مطلب را اینجا بگوییم و بحث این مسأله را تمام کنیم: ۱. اینکه عدم وقوع عقد نسبت به این کبری و موصوف، به چه دلیل است. ۲. اگر نسبت به این واقع نمی‌شود، چرا نسبت به آن قید دیگر و جزء دیگر واقع نشده است؟ این دو ادعا را باید اینجا بررسی کنیم. راه‌هایی که آقایان برای اولی طی کرده‌اند هیچ کدام تمام نیست.

«والحمد لله رب العالمین»

---

۱. انوار الفقاهة، ج ۲، ص ۲۷۳.