



درس فارج فقه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

موضوع کلی: نکاح

تاریخ: ۱۵ مهر ۱۴۰۲

مصادف با: ۲۱ ربیع الاول ۱۴۴۵

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

بررسی موضوع اول: بطلان عقد نسبت به مقصود - حق در مسأله - اشکال به امام

جلسه: ۴

سال پنجم

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

خلاصه جلسه گذشته

در مسأله سیزدهم عرض کردیم چهار فرع مورد تعرض واقع شده است؛ سه فرع و ملاک حکم به صحت عقد در این فروع بیان شد. لکن فرع چهارم پیرامون تعارض بین اشاره و وصف یا تعارض بین اشاره و اسم است، آن هم به نحوی که در مورد ترجیح یکی از این دو، اختلاف وجود دارد. در آن سه فرع هم تعارض بود، تعارض بین آنچه که قصد به آن تعلق گرفته، یعنی وصف یا اسم یا اشاره با امر دیگر. اما در فرع چهارم مشکل این است که یک طرف اشاره و یک طرف وصف یا اسم است. فرمود «لو کان المقصود العقد علی الکبری» قصد به وصف دختر بزرگتر تعلق گرفته، اما گمان کرده دختر بزرگتر همان است که در مجلس عقد حاضر شده و گفته زوجتک هذه التی هی الکبری و او هم قبلت گفته است. اینجا عرض کردیم امام دو ادعا مطرح کرده‌اند؛ یکی اینکه این عقد نسبت به کبری واقع نمی‌شود بلا اشکال؛ دوم اینکه در آن نسبت به مشار الیها تردید کرده و سرانجام گفته‌اند احتیاط در تجدید عقد یا طلاق است.

ادعای اول را که چرا با اینکه مقصود در عقد، وصف بزرگتر بودن است واقع نمی‌شود، در جلسه گذشته اجمالاً برخی از انظار و آراء را درباره آن مطرح کردیم. یک حرفی مرحوم آقای حکیم داشتند؛ مبنایی که ایشان برای این مسأله ذکر کردند، بیان شد و ما آن را رد کردیم. بعضی از بزرگان دلیل دیگری برای عدم وقوع عقد ذکر کرده‌اند که آن را هم رد کردیم.

حق در موضوع اول

مقتضای تحقیق در مسأله چیست؟ بالاخره اینکه گفته زوجتک هذه و هی الکبری، با اینکه قصد نسبت به وصف بزرگتر بودن واقع شده، آیا عقد نسبت به آن واقع می‌شود یا نه. به عبارت دیگر اینکه گفته شده العقود تابعة للمقصود، که مبنای حکم به صحت در سه فرع قبلی بود، اینجا تخصیص می‌خورد؟ یعنی می‌گوییم عقد تابع قصد هست مگر در این مورد؛ یا مسأله اساساً به گونه دیگری است؟

به نظر ما عقد نسبت به کبری واقع نمی‌شود همانطور که در متن هم آمده و امام هم این را فرموده است؛ اما نه براساس مبنایی که مرحوم آقای حکیم گفتند، و نه به دلیلی که بعضی از بزرگان گفته‌اند، بلکه به دلیل دیگری ما این ادعا را می‌کنیم و آن اینکه اساساً کبری و بزرگتر بودن مقصود بالذات نیست؛ ما باید مسأله را به گونه‌ای تصویر کنیم که از فرض بحث هم خارج نشویم. فرض بحث کجاست؟ لو کان المقصود العقد علی الکبری، این فرض ماست؛ مقصود عقد بر آن دختر بزرگتر است؛ لکن تخیل آن هذه المرأة الحاضرة هی الکبری، گمان کرده این زنی که در جلسه حضور دارد همان دختر بزرگتر است و بر همین اساس عقد را جاری کرده است. ما اینجا یک مقصود بالذات داریم و یک مقصود بالعرض؛ در مانحن فیه مقصود بالذات مشار الیها است؛ مقصود

بالعرض، کبری است. چون عقد بر مقصود بالذات واقع نشده، یعنی نسبت به مشار الیها بلکه نسبت به مقصود بالعرض واقع شده (کبری)، پس عقد تحقق پیدا نمی‌کند و نکاح واقع نمی‌شود. توضیح آنکه:

به طور کلی العقود تابعة للمقصود، یکی از قواعد معروف و مشهور بین اصحاب و فقهاست؛ العقود تابعة للمقصود یا به تعبیر دیگر قاعدة تبعية العقود للمقصود. مجمع علیها است؛ همه فرق مسلمین این را قبول دارند و اساساً این یک امر عقلایی است، همانطور که قبلاً هم اشاره شد. لکن اینکه معنای تبعیت عقد از قصد چیست، صاحب عناوین می‌گوید: در این باره دو احتمال جریان دارد که هر دو هم ممکن است، یعنی مانعة الجمع نیست.

۱. یکی اینکه عقد لایتحقق الا بالقصد، یعنی اگر کسی غافل و نائم باشد، ناسی باشد، غلط و هازل باشد، عقد واقع نمی‌شود. پس معنای تبعیت عقد از قصد، یعنی عدم تحقق العقد بدون القصد.

۲. احتمال دوم اینکه عقد نیازمند موجب و قابل است، نیازمند عوض و معوض است؛ تا موجب و قابل نباشد، عقد تحقق پیدا نمی‌کند و اثری بر آن مترتب نمی‌شود. ایشان گفته هر دو در اینجا محتمل است.

یک احتمال دیگری هم که شاید نزدیک‌تر به حقیقت مفاد این قاعده باشد، این است که به طور کلی عقد با همه ارکان، خصوصیات، شرایط و جزئیات واقع نمی‌شود مگر به قصد؛ یعنی تمام خصوصیات در عوض و معوض و شرایط تابع قصد است. این یک معنای جامع‌تر و احتمال‌آمیز است چون اصل اینکه عقد نیازمند قصد است، مسلم است منتهی علاوه بر این، آن شروط و جزئیات و خصوصیات هم تابع قصد است.

حالا اینکه دلیل و مستند این قاعده چیست، اینجا محل بحث ما نیست ولی اصل آن یک امر مسلم است؛ عمده این است که یک مواردی را به عنوان نقض بر این قاعده ذکر کرده‌اند. گفته‌اند شما که می‌گویید عقد تابع قصد است، با مواردی برخورد می‌کنیم که در آنها عقد تابع قصد نیست؛ از جمله بیع الغاصب لنفسه، کسی که مال دیگری را برای خودش می‌فروشد، قصدش به این تعلق گرفته که این مال را که مال دیگری است، برای خودش بفروشد؛ ولی عقد برای او واقع نمی‌شود؛ نهایت این است که اگر مالک اجازه کند، این عقد برای مالک واقع می‌شود. پس اینجا عقد تابع قصد نشد؛ اثر عقد حصول ملکیت برای مالک است اذا اجاز، در حالی که مقصود فروشنده غاصب این نبوده؛ او می‌خواسته پول حاصل از فروش این مال را به جیب خودش بزند. شاید هفت یا هشت مورد نظیر این را ذکر کرده‌اند که عقد تابع قصد نیست؛ حال آیا ما باید قائل به تخصیص شویم و بگوییم این قاعده تخصیص خورده است؟ عده‌ای این را گفته‌اند و راه‌هایی طی شده؛ اما به نظر ما حق آن است که در هیچ یک از این موارد قاعده تبعیت عقود للمقصود تخصیص نخورده و استثنایی هم در کار نیست؛ چون خروج برخی از این موارد از این قاعده، خروج موضوعی و تخصصی است. محامل دیگری هم برای آن ذکر کرده‌اند که حالا من نمی‌خواهم وارد آن بحث شوم. حداقل این است که در مواردی که به نظر می‌رسد استثنا و تخصیص در کار است، نه، این استثنا نیست. مثلاً در بیع غاصب لنفسه خود را مالک می‌پندارد و قصد انتقال عوض به خود را می‌کند که مالک ادعایی محسوب می‌شود. پس اینجا هم عقد تابع قصد است.

در این فرع چهارم هم مثل سه فرع قبلی، ما آن ملاک را حفظ می‌کنیم. مثلاً اینکه گفته بود زوجتک فاطمة التي هي الكبری و مقصود هم اسم است، گفتیم عقد بر فاطمه واقع می‌شود ولو اینکه بزرگتر هم نباشد. چرا؟ چون العقود تابعة للمقصود. اینجا هم همینطور است؛ اینجا هم ما با همین شاخص و ملاک، مسأله را بررسی می‌کنیم. گفته زوجتک هذه التي هي الكبری، می‌گوید این

را که دختر بزرگتر است به تزویج تو درمی آورم. فرض هم این است که مقصود کبری است. پس تعارض بین اشاره و وصف است. اسم هم همینطور است؛ یک وقت می گوید زوجتک هذه التي اسمها فاطمة، مثل همان عبارت مرحوم علامه و صاحب جواهر که اشاره به همین بود، تعارض بین اشاره و اسم؛ حالا اینجا تعارض بین اشاره و وصف است. اینجا اگر ما می گوییم عقد بر کبری که وصف است واقع نمی شود، به چه دلیل می گوییم؟ برای اینکه در این مورد درست است که مقصود کبری است، لکن این مقصود بالذات نیست. آن چیزی که مقصود بالذات است، مشار الیها است. چون عقد نسبت به مقصود بالذات واقع نشده، حکم به بطلان می شود. بنابراین با همان ملاک العقود تابعة للمقصود، اینجا حکم به بطلان می کنیم و پای ملاک دیگری در کار نیست. اینکه ما بگوییم این مورد ربطی به آن قاعده ندارد یا بگوییم مثلاً اینجا انشاء العقد على الحاضرة لا على الموصوفة، چنانچه بعضی از بزرگان گفته اند، اگر منظور ایشان همین باشد که ما می گوییم، حرف درست است؛ نه اینکه بیاییم بین مقصود و منشأ تفکیک کنیم، اینها تفکیک شدنی نیست. بله، حرف های قبل از عقد ممکن است راجع به یک نفر باشد، انشاء بر یک نفر باشد ولی کسی که انشاء به او تعلق گرفته، همان مقصود است؛ منظور ما هم از قصد، یعنی آن قصد حین الانشاء، نه اینکه قصد قبلاً یک چیزی بوده و حالا یک چیز دیگری شده باشد.

پس اینکه عقد تابع قصد است، یک قاعده مقبول است. و اینجا تخصیص نمی خورد استثنا نیست؛ اینجا اگر می گوییم عقد نسبت به کبری واقع نمی شود، برای اینکه کبری و بزرگتر بودن مقصود هست ولی قصد به آن اولاً و بالذات تعلق نگرفته بلکه قصد اولاً و بالذات به مشار الیها متعلق شده است، و لذا عقد نسبت به آن واقع نمی شود، چون قصد اولاً و بالذات قصد به کبری متعلق نشده است. پس به چه دلیل ازدواج نسبت به دختر بزرگتر واقع شود؟

اما اینکه می فرمایید به چه دلیل؛ چرا شما می گوید مقصود بالذات مشار الیها است و نه وصف؟ این شاید از باب ترجیح اشاره نسبت به آن دو باشد؛ صاحب جواهر یک اشاره ای به این مطلب داشتند. درست است می گوید لو كان المقصود هو الكبری، اما در حقیقت ما که الان مواجه شدیم با تعارض بین وصف و اشاره، به حسب آنچه که با آن مواجه هستیم باید بگوییم عقد بر کبری واقع نمی شود؛ می گوید «این»؛ حتی در جایی که اسم هم بیاورد، اگر بگوید زوجتک فاطمة التي هي الحاضرة، این معلوم است که اسم طریقیست دارد اینجا. بعد به چه دلیل بگوییم نسبت به اسم عقد واقع می شود اما نسبت به هذه واقع نمی شود؛ به چه دلیل این حرف را بزنیم؟ همین جا اگر مقصود بالذات کبری باشد، مشار الیها مقصود بالعرض باشد، ما می گوییم اینجا عقد نسبت به کبری واقع می شود. مثال زدم، فرض کنید این شنیده که دختر بزرگتر یک امتیازاتی دارد و مثلاً اموالی دارد یا یک عناوینی بر او مترتب می شود، این فکر می کند که اگر دختر بزرگتر را بگیرد برایش بهتر است؛ مقصود هو الكبری و اینجا اولاً و بالذات قصدش تعلق به کبری گرفته است؛ حالا اگر گفت زوجتک بنتک الکبری التي هي الحاضرة، اینجا باید چه بگوییم؟ عقد نسبت به چه کسی واقع می شود؟ کبری. ولو اشاره دارد، ولو این مشار الیها است، اما این قصدش تعلق گرفته به دختر بزرگتر؛ حالا فکر کرده آن الحاضرة هي الكبری، اینجا مقصود بالذات دختر بزرگتر است، این اشاره یا مشار الیها مقصود بالعرض است؛ اینجا برای چه بگوییم لایقع العقد على الكبری، چون فرض ما این است که خود عاقد قصدش را می داند. بله، یک وقت در مقام داوری و قضاوت دیگران و در مقام اختلاف و تنازع می خواهیم حکم کنیم؛ یک وقت می خواهیم ببینیم اینجا واقعاً عقد بر چه واقع می شود. اگر بحث اختلاف و تنازع نباشد، بالاخره اینجا هر دو را گفته، صیغه را جاری کرده و خودش و دیگران هم می مانند که عقد در

اینجا بر چه واقع شده است؛ چون خود صیغه و عقد هم یک شرایطی دارد. همه می‌دانند که قصد چه بوده، اینجا برای چه بگوییم لایقع العقد علی الکبری؟

پس از نظر فتوا و اینکه امام فرموده «لا یقع العقد علی الکبری بلا اشکال»، ما با ایشان موافق هستیم؛ ولی شرطش این است که کبری مقصود بالذات نباشد و فرض هم این است که نیست؛ در تعارض بین اشاره و وصف، اشاره قوی‌تر است و ملاکش هم همان قاعده‌ای است که در سه فرع قبلی به آن استناد کردیم؛ می‌گوییم چرا لایقع العقد علی الکبری، برای اینکه العقود تابعة للقصود، عقد تابع قصد است، عقد باید تابع قصد باشد؛ و اینجا قصد واقعی و اولاً و بالذات به کبری تعلق نگرفته است. پس عقد محقق نمی‌شود. با این بیان معلوم می‌شود که این قاعده تخصیص نخورده و استثنایی در کار نیست.

سؤال:

استاد: من گفتم دلیل ما این است؛ لذا در ادعای دوم برخلاف ایشان ما قائل به صحت شدیم و اصلاً می‌گوییم احتیاط وجهی ندارد. ایشان احتیاط کرده، با این ملاک ما حالا خواهیم گفت که در ادعای دوم، یعنی وقوع عقد نسبت به مشار الیها، می‌گوییم جایی برای احتیاط نیست؛ آنجا باید بگوییم صحیح است. ما دو فرض می‌کنیم؛ می‌گوییم تارة مقصود یک اشکال ما به بعضی از بزرگان این بود که ایشان مسأله را جوری فرض کرده ... یعنی دلیلی که آورده در حقیقت مسأله را از مفروض بحث خارج کرده است.

اشکال به امام

نسبت به کلام امام می‌گوییم اینکه امام می‌گوید مقصود هو الکبری، ما دو حالت و دو صورت می‌توانیم تصویر کنیم؛ تارة مقصود بالذات هو الکبری و أخرى مقصود بالعرض هو الکبری. اگر مقصود بالذات هو الکبری باشد، عقد نسبت به آن واقع می‌شود؛ چه دلیلی دارد واقع نشود؟ قصد کرده، حالا تخیل آن هذه الکبری هی الحاضرة، یک اشتباهی کرده و گمان کرده دختر بزرگتر همان است که در مجلس نشست است؛ اینجا به چه دلیل بگوییم عقد نسبت به کبری واقع نمی‌شود؟ پس در حالت اول وجهی برای حکم به عدم وقوع عقد برای دختر بزرگتر نیست. حالت دوم این است که بگوییم مقصود بالذات مشار الیها است؛ ذکر وصف کبری هم یا قصد وصف کبری هم قصد بالعرض است؛ در این صورت لایقع العقد بالنسبة الی الکبری بلا اشکال.

پس ما به امام عرض می‌کنیم اینجا دو فرض و دو حالت قابل تصویر است؛ در یک صورت لایقع العقد علی الکبری و در یک صورت، یقع العقد علی الکبری. هر کدام که باشد، ملاک همان قاعده تبعیة العقود للقصود است؛ آن قاعده هم تخصیص نمی‌خورد و هیچ مشکلی هم نیست. بله، عرض کردم که یک وقت شما می‌گویید ما اصلاً نمی‌دانیم مقصود بالذات کدام است و مقصود بالعرض کدام؛ آنجا باید برویم سراغ ظهورات عرفی. این می‌شود خارج از فرض مورد نظر امام؛ یک وقت ما می‌گوییم اصلاً ما نمی‌دانیم مقصود در اینجا کدام است؛ ما باشیم و این جمله، ... اختلاف هم هست ... زوجتک بنتک الکبری التی هی الحاضرة، حتماً هم می‌دانیم بین اینها تعارض است؛ کبری با حاضرة دو تا هستند، می‌گوییم ما باشیم و ظهور عرفی این جمله، ظهور عرفی این صیغه و این جمله چه اقتضایی دارد؟ اینجا لایبعد القول بتقدیم الاشارة؛ این را می‌توانیم بگوییم. البته اشاره هم دو جور داریم؛ اشاره یک وقت مشار الیها مشاهد است، می‌گوید «این»؛ یک وقت اشاره می‌کند و می‌گوید آن دختری که در اتاق نشسته، ندیده؛ یک وقت حاضرة فی هذه الغرفة، یک وقت می‌گوید الحاضرة فی تلك الغرفة؛ اینها فرق می‌کند. بنابراین نسبت به ادعای اول به

نظر ما اینکه به طور مطلق بگوییم عقد لایقع علی الکبری، این صحیح نیست.

سؤال:

استاد: اگر قصدی نسبت به آن ندارد ... از شما سؤال می‌کنم که اگر این چنین است، چرا می‌گوید لایقع العقد علی الکبری بلا اشکال؟ ... دیگران هم همین را گفته‌اند؛ گفته‌اند بین منشأ و مقصود در اینجا تفاوت است یعنی شما می‌گویید فرض مسأله این است که اینجا هم باید حکم به صحت کنیم؛ ... این معلوم می‌شود قصد به این تعلق گرفته اشتباه در تطبیق است و الا می‌گوید عقد را بر این دارم واقع می‌کنم، پس مقصود هست باید ببینیم مقصود بالذات است یا بالعرض شما می‌روید سراغ وحدت و مطلوب آقای حکیم ...

«والحمد لله رب العالمین»