



درس فارغ فقه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

موضوع کلی: نکاح

تاریخ: ۷ آبان ۱۴۰۲

مصادف با: ۱۳ ربیع الثانی ۱۴۴۵

موضوع جزئی: احکام عقد - مسأله ۱۸ - مقام اول: بررسی شرط خیار عقد - ادله عدم جواز -

بررسی دلیل دوم (مخالفت با شرع) - دلیل سوم، چهارم، پنجم، ششم و بررسی آنها

جلسه: ۱۴

سال ششم

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

خلاصه جلسه گذشته

بحث در ادله عدم جواز اشتراط خیار در عقد نکاح بود؛ دلیل اول و پاسخ آن را در جلسه گذشته عرض کردیم. اینکه شرط خیار برخلاف مقتضای عقد باشد، این مورد خدشه قرار گرفت. دلیل دوم این بود که شرط خیار در عقد نکاح برخلاف شرع است و شرطی که مخالف شرع باشد، باطل است. دلیل آن این است که مسأله خیار و حق فسخ اگر از حقوق باشند، طرفین می‌توانند آن را اسقاط کنند و این حق را از خودشان سلب نمایند؛ اما اگر مسأله لزوم از احکام شرعی باشد، اینجا دیگر نمی‌توانند برخلاف شرع آن را نفی کنند و نادیده بگیرند. در عقد نکاح، لزوم از احکام شرعی است؛ شاهد آن هم عدم جواز تقایل در عقد نکاح است؛ همه متفق‌اند که زوج و زوجه نمی‌تواند با توافق و با گفتگو با یکدیگر این عقد را منفسخ کنند؛ تنها راه از بین رفتن زوجیت، طلاق است. بدون طلاق این جدایی حاصل نمی‌شود. این حاکی از آن است که لزوم عقد نکاح به عنوان حکم شرعی است؛ چون اگر از حقوق بود، طرفین می‌توانستند از این حق خودشان صرف نظر کنند و آن را اسقاط کنند. این محصل دلیل دوم است.

بررسی دلیل دوم

این دلیل هم صحیح نیست؛ چون عمده دلیل بر اینکه لزوم در عقد نکاح از احکام شرعی محسوب می‌شود نه از حقوق، عدم جواز تقایل است؛ اینکه این دو نمی‌توانند با تقایل عقد نکاح را از بین ببرند، بدین معنا است که بین عدم جواز تقایل و عدم جواز اشتراط خیار ملازمه وجود دارد؛ معنای سخن مستدل این است که چون تقایل در عقد نکاح جایز نیست، پس اشتراط خیار هم جایز نیست؛ دارد ادعا می‌کند یک ملازمه‌ای بین این دو را. باید ببینیم آیا واقعاً چنین ملازمه‌ای وجود دارد؟

به نظر می‌رسد این ملازمه در جانب نفی قابل پذیرش نیست، هر چند در قالب اثبات می‌توان آن را پذیرفت؛ یعنی کسی ممکن است بگوید از جواز تقایل برمی‌آید جواز شرط خیار؛ یعنی ما بگوییم اگر در جایی دو نفر در عقدی با توافق و تقایل می‌توانند عقد را بهم بزنند، از این می‌تواند جواز شرط خیار هم بدست بیاید؛ این ملازمه در جانب اثبات قابل قبول است. اگر فرض کنیم دو نفر با تقایل بتوانند عقد بیع را بهم بزنند، ما می‌گوییم لازم‌اش این است، پس می‌تواند از همان ابتدا برای خودشان خیار قرار بدهند. اما اگر گفتیم تقایل جایز نیست، تقایل به این معنا که دو نفر بتوانند بدون سبب خاصی عقد را بهم بزنند؛ اگر گفتیم این جایز نیست، به چه دلیل این لازم‌اش آن باشد که اینها نتوانند برای خودشان حق خیار قرار بدهند؟ این ملازمه یا باید بر پایه عرف استوار باشد یا بر پایه شرع؛ و چنین چیزی اینجا وجود ندارد.

به عبارت دیگر ما اینجا دو فرض و دو احتمال می‌توانیم در نظر بگیریم:

۱. یک احتمال این است که این دو نمی‌توانند تقابیل کنند، چون عقد ذاتاً چنین اقتضائی دارد. اگر ما به نوعی توانستیم استفاده کنیم عقد ذاتاً اقتضا دارد که تقابیل جایز نباشد، ملازمه ثابت می‌شود؛ یعنی از عدم جواز تقابیل که برخاسته از ذات عقد است، می‌توانیم عدم جواز خیار را نتیجه بگیریم.

۲. احتمال دیگری هم اینجا وجود دارد و آن اینکه عدم جواز تقابیل ناشی از ذات عقد نباشد، بلکه به این دلیل باشد که خودشان در متن عقد حق خیار برای خودشان نگذاشته‌اند؛ چون حدوداً این حق را برای خودشان قائل نشده‌اند، در ادامه هم نمی‌توانند با خیار، عقد را بهم بزنند.

از آنجا که عدم جواز تقابیل ناشی از یکی از این دو احتمال می‌تواند باشد، ملازمه ثابت نمی‌شود. ما در صورتی می‌توانستیم از عدم جواز تقابیل نتیجه بگیریم عدم جواز شرط خیار را که ذات عقد اقتضای عدم جواز تقابیل داشت؛ اما حالا که معلوم شده که این ممکن است به دلیل دیگری باشد یعنی عدم قرار دادن حق خیار، پس دیگر به ذات عقد مربوط نیست. لذا از عدم جواز تقابیل نمی‌توانیم بدست بیاوریم عدم جواز شرط خیار را.

با این بیان معلوم می‌شود اگر کسی شرط خیار کند در عقد نکاح، این برخلاف شرع نیست. دلیل دوم این بود که شرط خیار جایز نیست چون برخلاف شرع است؛ یعنی لزوم از احکام است و نه از حقوق؛ لذا کسی نمی‌تواند برخلاف شارع بگوید من می‌خواهم لزوم را بهم بزنم. شاهدش هم این است که تقابیل در نکاح جایز نیست؛ این نشان می‌دهد لزوم در عقد نکاح از احکام است و نه حقوق. پاسخ ما این شد که این دلیل نمی‌تواند اثبات کند که لزوم در عقد نکاح از احکام است. حالا اگر دلیل دیگری بود، قابل بررسی بود؛ وقتی این مسأله ثابت نشد، دیگر ما نمی‌توانیم جعل خیار در عقد نکاح را برخلاف شرع بدانیم.

سؤال:

استاد: ما الان چیزی نمی‌گوییم؛ می‌گوییم این آقا که ادعا می‌کند از احکام است، با این شاهد ثابت نمی‌شود. اگر وجه دیگری برای اینکه لزوم در نکاح را از احکام قرار بدهد ارائه کنند، این را باید بررسی کنیم. اینکه همه قائل هستند، بله؛ اینکه اتفاق داریم بر عدم صحت تقابیل در عقد نکاح، بسیار خب، حرف ما دقیقاً همین است که از کجا معلوم این عدم صحت ناشی از ذات عقد باشد، به نحوی که حکم بودن لزوم را اثبات کند؟ ما نمی‌دانیم وجه آن چیست؛ همه گفته‌اند جایز نیست. اما آیا این مستلزم آن است که لزوم عقد، حکم باشد؟ همه حرف ما در این است که این ملازمه قابل اثبات نیست؛ چون می‌گوییم عدم جواز تقابیل همانگونه که می‌تواند ناشی از ذات عقد باشد، می‌تواند به دلیل دیگری هم باشد و آن اینکه ابتداءً در خود عقد برای خودشان حق خیار قرار ندهند؛ بحث ما در ملازمه است؛ این ملازمه وجود ندارد.

مرحوم آقای حکیم هم ضمن اینکه این وجه را ذکر کرده‌اند، یک عبارتی دارند در مستمسک که می‌فرماید «اللهم الا أن یناقش فی ذلک بدعوی کون ذلک مقتضی اطلاقه لا مقتضی ذاته»^۱، مگر اینکه ما در این وجه مناقشه کنیم به اینکه عدم صحت تقابیل مقتضای اطلاق عقد است، نه مقتضای ذات عقد؛ یعنی اگر مقتضای ذات عقد بود، ما از عدم جواز تقابیل می‌توانستیم نتیجه بگیریم عدم جواز خیار را. اما لعل این مقتضای اطلاق عقد باشد؛ منظور از اطلاق عقد چیست؟ یعنی همین که طرفین برای خودشان حق خیار قرار نداده‌اند؛ چون این حق را قرار نداده‌اند، تقابیل هم جایز نیست. این اشکالی است که مرحوم آقای

۱. مستمسک، ج ۱۴، ص ۴۰۵.

حکیم کرده و توضیح آن همین است که ما ذکر کردیم.

سؤال:

استاد: همه احتمال است؛ ما نمی‌دانیم؛ شما می‌توانید بگویید ناشی از این است؟ در حد احتمال این را می‌توانید بگویید، اما قاطع هستید به این مسأله به نحوی که ملازمه اثبات شود؟ ... ما در همین حد که عدم جواز تقابیل لازمه‌اش عدم جواز خیار نیست، اگر این را بتوانیم اثبات کنیم، کافی است برای رد دلیل دوم.

دلیل سوم

دلیل سوم این است که در برخی روایات که ظاهرش حصر است، نکاح را فقط در موارد خاصی قابل فسخ می‌دانند و این معنایش آن است که در غیر این موارد، نکاح قابل فسخ نیست. اگر در غیر این موارد نکاح قابل فسخ نباشد، پس حق خیار معنا ندارد؛ شرط خیار دیگر صحیح نیست. موارد خاصی را ذکر کرده‌اند، برص، جزام، جنون، عفل؛ صحیحه حلبی: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: إِنَّمَا يُرَدُّ النِّكَاحُ مِنَ الْبَرَصِ وَالْجُذَامِ وَالْجُنُونِ وَالْعَقْلِ»^۱ که در این موارد نکاح فسخ می‌شود و از بین می‌رود، یعنی دیگر نیازی به طلاق ندارد در صورتی که یکی از این چهار عامل پیدا شود. این روایت حصر کرده اسباب فسخ نکاح را در این چهار عامل؛ این معنایش آن است که در غیر از این موارد، فسخ نکاح جایز نیست. پس شرط خیار که خارج از این چهار مورد است، صحیح نیست و کسی نمی‌تواند با خیار عقد نکاح را بهم بزند.

بررسی دلیل سوم

این دلیل هم مردود است؛ این دلیل و این وجه در صورتی پذیرفته می‌شود که حصر حقیقی از آن استفاده شود. اگر امام (ع) در این روایت در مقام بیان حصر حقیقی بود (حصر حقیقی یعنی عوامل رد و فسخ نکاح تنها و تنها این چهار عامل است و غیر از اینها دخالتی ندارد) آن وقت می‌توانستیم این دلیل را بپذیریم؛ ولی حصر حقیقی از این روایت استفاده نمی‌شود. چون یقیناً بعضی از امور دیگر هم موجب فسخ نکاح می‌شود، از جمله ارتداد؛ ارتداد در این روایت نیامده است؛ یا مثلاً رضاع. معلوم می‌شود اینجا حصر حقیقی در کار نیست؛ اگر حصر اضافی است، پس مانعی از اینکه حق خیار هم یکی از عوامل رد نکاح محسوب شود، ندارد.

اینجا مجموعاً ده وجه ذکر شده که ما بالاشاره از آن عبور می‌کنیم؛ بعضی‌ها را مرحوم آشتیانی در تقریرات ذکر کرده و بعضی‌ها را مرحوم آقای حکیم ذکر کرده و برخی را هم صاحب جواهر ذکر کرده است. از جامع المقاصد و مسالک و اینها ذکر کرده‌اند.

دلیل چهارم

صاحب جامع المقاصد و مسالک گفته‌اند که اصلاً نکاح معاوضه نیست تا اشتراط در آن صحیح باشد؛ اشتراط در جاهایی که معاوضه محسوب می‌شوند صحیح است، اما چون معاوضه محسوب نمی‌شود، شرط در آن معنا ندارد. دلیل بر اینکه نکاح معاوضه محسوب نمی‌شود، این است که علم به صفات معقود علیه در آن لازم نیست، برخلاف بیع؛ در بیع که معاوضه است، علم به صفات معقود علیه لازم است؛ اما عقد نکاح بدون علم به این صفات هم صحیح است.

بررسی دلیل چهارم

این دلیل هم جای تأمل دارد؛ ما فرض کنیم که نکاح معاوضه نیست، چون تعابیر برخی از فقها حاکی از این است که نکاح هم

۱. وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۲۱۰، باب ۱ از ابواب العیوب و التدلیس، ح ۱۰.

نوعی از معاوضه است یا یشبه بالمعاوضة. حالا ما فرض می‌کنیم سخن مستدل مبنی بر عدم کون النکاح من المعاوضات صحیح باشد، لکن به چه دلیل گفته می‌شود که اشتراط در غیر معاوضات صحیح نیست؟ این خودش اول کلام است؛ این صرف یک ادعاست که چون معاوضه نیست، پس اشتراط در آن معنا ندارد؛ این خودش جای بحث دارد.

سؤال:

استاد: ما همین را رد می‌کنیم که بین کون العقد معاوضه و صحة الاشتراط، به چه دلیل ملازمه باشد؟ به چه دلیل در غیر معاوضات اشتراط صحیح نباشد؟

دلیل پنجم

دلیل پنجم که در کلمات برخی آمده، این است که نکاح به نوعی عبادت محسوب می‌شود یا به تعبیر دقیق‌تر، در نکاح شائبه عبادت است، و در عبادات خیار داخل نمی‌شود. اینها همه شکل قیاسی دارد؛ اگر بخواهیم در قالب قیاس قرار بدهیم، ... شرط خیار برخلاف مقتضای عقد است؛ شرط برخلاف مقتضای عقد جایز نیست، پس شرط خیار جایز نیست. دومی هم همینطور، شرط خیار برخلاف شرع است؛ کبری هم می‌شود شرط برخلاف شرع جایز نیست؛ نتیجه این است که شرط خیار جایز نیست. سومی هم همینطور، نکاح از معاوضات نیست؛ تنها در معاوضات شرط خیار جایز است؛ حالا اینجا باید دو تا قیاس تشکیل شود تا به آن نتیجه برسد. این هم همینطور که در نکاح شائبه عبادت است، در عبادات خیار جایز نیست، پس در نکاح خیار جایز نیست. همه این وجوهی که گفتیم، به نوعی به شکل قیاس ارائه می‌شود.

بررسی دلیل پنجم

این دلیل هم کما تری؛ اولاً خود مستدل ادعا کرده فیه شائبه العبادة؛ عبادت حقیقی نیست؛ شوب من العبادة، رائحة من العبادة، آن هم به خاطر اینکه ترغیب به آن شده و پیامبر(ص) فرموده «النکاح سنتی». روایاتی که در باب اهمیت نکاح وارد شده، اینها همه به نوعی حکایت می‌کند از اینکه یک رنگ و بویی از عبادت در آن هست؛ شائبه‌ای از عبادت در آن وجود دارد، ولی عبادت حقیقی محسوب نمی‌شود.

ثانیاً، بر فرض که عبادت یا شوب من العبادة در آن باشد، کبری قیاس محل اشکال است. اینکه فرموده‌اند در عبادات شرط جایز نیست، اینطور نیست؛ کلیت آن مردود است. در بعضی عبادات می‌توان شرط کرد؛ در برخی از اجزاء حج و برخی دیگر از اعمال عبادی، شرط می‌تواند ذکر شود. لذا هم صغری مخدوش است و هم کبری. در ادله قبلی هم اینطور بود؛ ملاحظه فرمودید که در بعضی‌ها مثل دلیل اول و دوم اشکال در صغری بود؛ در دلیل اول گفتیم این شرط برخلاف مقتضای عقد نیست. در دلیل دوم گفتیم این شرط برخلاف شرع نیست؛ یعنی در صغری اشکال کردیم. در دلیل سوم هم در صغری و هم در کبری اشکال کردیم؛ در دلیل چهارم هم همینطور، هم در صغری و هم در کبری اشکال کردیم.

دلیل ششم

دلیل ششم این است که اشتراط خیار در عقد نکاح به ضرر زن محسوب می‌شود و لاضرر این را برمی‌دارد، پس اشتراط خیار جایز نیست. این هم یک صورت قیاسی دارد؛ اگر شرط خیار شود، این به ضرر زن است. بالاخره زنی که عقد ببندد با مردی و به قول عوام یک اسمی بالای سر او بیاید، اگر ازدواجش بهم بخورد بالاخره برای او خوب نیست و باعث می‌شود شأن او تنزل پیدا کند و دیگر رغبتی به نکاح با او مثل سابق نباشد؛ وقتی این نکاح متزلزل باشد و هر آن مرد بتواند آن را بهم بزند، به تعبیر برخی باعث ابتذال المرأة می‌شود؛ یعنی برای زن ضرر دارد. لاضرر هم دلالت می‌کند بر اینکه حکم ضرری در اسلام

وجود ندارد؛ اینکه یک حکمی موجب ضرر باشد، در اسلام جعل نشده است.

بررسی دلیل ششم

این دلیل هم مردود است؛ اینجا صغری اشکال دارد؛ کبری درست است؛ حالا با معنایی که مشهور است، چون نظر ما در لاضرر با نظر مشهور متفاوت است. اینکه می‌گوید حق خیار موجب ضرر برای زن است، این در صورتی است که فقط برای مرد ثابت شود، در حالی که اینجا سخن از حق خیار برای طرفین است؛ اگر خود زن این حق برای او ثابت شود، چه بسا این حق او را از یک ضرری نجات بدهد. اگر مرد مثلاً اهلیت و شایستگی نداشته باشد، این به ضرر نیست؛ او خودش را از یک ضرر نجات می‌دهد. پس دلیل ششم هم نمی‌تواند اثبات کند عدم جواز اشتراط خیار را.

سؤال:

استاد: ما اینجا نمی‌خواهیم بگوییم آیا راه فراری هست یا نه؛ مستدل می‌گوید این برای زن ضرر دارد؛ ما می‌گوییم این در صورتی است که این حق فقط برای او مرد ثابت شود، در حالی اینجا بحث هر دو است. همین کافی است برای اینکه استدلال را منهدم کند.

بحث جلسه آینده

چند دلیل دیگر باقی مانده که در جلسه آینده بیان خواهیم کرد.

«والحمد لله رب العالمین»