



درس فارغ فقه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

موضوع کلی: نکاح

تاریخ: ۸ آبان ۱۴۰۲

مصادف با: ۱۴ ربیع الثانی ۱۴۴۵

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

دلیل هفتم، هشتم، نهم و بررسی آنها

جلسه: ۱۵

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 شرط خیار در عقد نکاح بود؛ تا اینجا شش دلیل بر عدم جواز ذکر کردیم و معلوم شد هیچ یک از این شش دلیل نمی‌تواند بطلان این شرط را ثابت کند.

دلیل هفتم

دلیل هفتم این است که اساساً نیازی به ذکر این شرط نیست؛ چون این شرط به نظر عرف و به حسب قاعده برای آن است که اگر مثلاً کاری بدون مطالعه انجام شده باشد، بتواند خود را از مخرجه نجات بدهد. اگر زنی ازدواج کرده و با یک مشکلاتی مواجه شده، بتواند خود را از این گرفتاری خلاص کند؛ لکن در مسأله ازدواج و نکاح نوعاً با فکر و تأمل اقدام می‌شود؛ دیگر این شرط نیاز نیست؛ چون اینطور نیست که کسی بدون مطالعه و فکر و تأمل ازدواج کند و اساساً نکاح بر این اساس استوار است، کأن او از اول با اختیار و با مطالعه این زوجیت را پذیرفته است. بنابراین دیگر وجهی ندارد که ما شرط خیار را جایز بدانیم برای حل آن مشکلات. به حسب غالب در نکاح این چنین است؛ اما در بیع اینطور نیست که با فکر و تأمل چیزی را بخرند؛ مثلاً در بازار یک لحظه می‌بینند و می‌خرند، اینطور نیست که تحقیق کنند، بررسی کنند و با چشم باز خرید کنند. بنابراین چون نیاز و حاجتی به این خیار نیست، اشتراط آن هم جایز نیست.

بررسی دلیل هفتم

و هو کما تری؛ این دلیل بسیار ضعیف است؛ چون:

اولاً: مسأله حاجت معلوم نیست در جواز و صحت دخالت داشته باشد؛ مسأله اشتراط خیار ولو چندان حاجتی به آن پیش نیاید، ولی بالاخره برای یک مورد نادر هم اگر پیش‌بینی شود، هیچ اشکالی ندارد و لازم نیست ما حاجت را به معنای عام که نوعاً این احتیاج وجود داشته باشد، در نظر بگیریم. یک کسی دوست دارد پیش‌بینی کند همه احتمالات را ولو برای احتمالات ضعیف و در عقد اینها را در نظر بگیرد؛ این محذوری ندارد.

ثانیاً: اینکه می‌گویند در نکاح با فکر و تأمل اقدام می‌شود برخلاف بیع، این چنین نیست؛ خیلی وقت‌ها نکاح هم بلا فکر صورت می‌گیرد؛ این همه ازدواج‌هایی که بدون تحقیق و مطالعه و تعمق انجام می‌شود و سرانجام خوبی ندارد. در بیع هم اینطور نیست که مردم بلا فکر اقدام به خرید یا فروش کنند؛ اتفاقاً چون در امر ازدواج هیجانانگیز، احساسات و عواطف گاهی غلبه پیدا می‌کند، اصلاً برخی اذهان و ابصار را به روی واقعیات می‌بندد. لذا این دلیل هم نمی‌تواند عدم جواز شرط خیار را ثابت کند.

دلیل هشتم برخی روایاتی است که دلالت بر عدم تزلزل در نکاح می‌کند؛ از این روایات برمی‌آید که نکاح هیچ تزلزل و ناستواری در آن راه ندارد؛ هر چه هست قطعیت، دوام و استمرار است؛ و طبیعی است اشتراط خیار با این وصف که در روایات برای نکاح گفته شده، سازگار نیست. مثلاً در روایتی از ابان بن تغلب درباره صیغه متعه آمده: «قَالَ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) فَإِنِّي أَسْتَحْيِي أَنْ أَدُكَّرَ شَرْطَ الْأَيَّامِ»، می‌گوید به امام صادق (ع) عرض کردم من حیا و شرم می‌کنم که شرط ایام را ذکر کنم، مثلاً بگویم برای مدت دو یا سه روز، خجالت می‌کشم که این چنین در امر نکاح مدت را ذکر کنم. «قَالَ (ع) هُوَ أَضْرُّ عَلَيْكَ»، امام (ع) فرمود: اگر نگویی، برای تو ضرر بیشتری دارد؛ تو الان شرم می‌کنی شرط مدت کنی، خجالت می‌کشی و این را یک ضرر می‌دانی، در حالی که اگر نگویی ضرر آن بیشتر است. «قُلْتُ وَ كَيْفَ»، پرسیدم چطور ضرر آن بیشتر است؟ «قَالَ (ع) لِإِنَّكَ إِنْ لَمْ تَشْرَطْ كَانَ تَرْوِجِ مَقَامٍ... وَ لَمْ تَقْدِرْ عَلَى أَنْ تُطَلِّقَهَا إِلَّا طَلَّاقَ السَّنَةِ»، می‌فرماید اگر شرط ایام نکنی، این تزویج دائم می‌شود، تزویجی که مستقر شده، ازدواجی که استقرار پیدا کرده است و دیگر نمی‌توانی از او جدا شوی مگر به نحو طلاق سنت؛ یعنی خود به خود تمام نمی‌شود، نیازمند طلاق است.

در این روایت به وضوح درباره نکاح فرموده نکاح یک امر مستقر است که جدا شدن و بینونت در آن جز با طلاق ممکن نیست. این خیلی روشن بر عدم جواز دلالت می‌کند.

یا مثلاً در روایتی که از ابن‌بکیر نقل شده، اینطور آمده: «إِنَّ سُمِّيَ الْأَجَلَ فَهُوَ مُتَعَةٌ وَ إِنْ لَمْ يَسَمَّ الْأَجَلَ فَهُوَ نِكَاحٌ بَاتٌ؟»؛ می‌فرماید اگر اجل و مدت ذکر شود، این نکاح متعه و نکاح موقت است؛ اما اگر اجل ذکر نشود، این نکاح قطعی و دائم است. اینکه می‌گوید قطعی و حتمی است، یعنی هیچ تزلزلی در آن نیست و ذکر شرط خیار با این حقیقت که نکاح دائم، نکاح بات و حتمی است، سازگار نیست.

بررسی دلیل هشتم

درست است که نکاح دائم، نکاح بات و قطعی و حتمی است؛ منتهی این قطعیت و استقرار به حسب اقتضا است؛ یعنی اقتضاء استمرار در آن هست. طبع این عقد این چنین است که لولا عروض المانع، دائم خواهد بود. لذا این ناظر به جنبه اقتضاء عقد نکاح است، ولی منافات ندارد همین عقدی که اقتضاء استمرار دارد، با عروض مانع و با شرط خیار دیگر استمرار نداشته باشد؛ و الشاهد علی ذلک آن مواردی که نکاح به واسطه آن فسخ می‌شود، مثل عیوبی که در جلسه گذشته نام بردیم؛ آنجا با آشکار شدن این عیوب، نکاح فسخ می‌شود و دیگر نیازی به طلاق ندارد. روایت ابان که می‌فرماید «وَ لَمْ تَقْدِرْ عَلَى أَنْ تُطَلِّقَهَا إِلَّا طَلَّاقَ السَّنَةِ»، اگر در نکاح مدت ذکر نشود، این نکاح دائم است و نکاح دائم جز با طلاق از بین نمی‌رود؛ این ناظر به فرض شرط خیار نیست، این نمی‌گوید کسی حق ندارد شرط خیار کند؛ نهایت چیزی که از روایت ابان استفاده می‌شود، این است که عقد اگر مطلق باشد و شرطی در کنارش ذکر نشده باشد، برای بهم خوردن آن راهی جز طلاق نیست؛ اما آیا این دلالت می‌کند بر اینکه حق اشتراط خیار هم ندارد؟ این عبارت اساساً ناظر به آن فرض نیست؛ بلکه ناظر به فرض اطلاق است که هیچ شرطی در آن ذکر نشده است.

۱. وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۴۷، باب ۲۰ از ابواب المتعة، ح ۲.

۲. همان، ح ۱.

دلیل نهم، اجماع است؛ ادعای اجماع شده بر عدم جواز شرط خیار. این اجماع هم منقول و هم محصل است؛ اجماع منقول توسط برخی از جمله شیخ طوسی در خلاف و مبسوط و سرائر و جامع المقاصد و مسالک نقل شده و مرحوم آقای حکیم هم در مستمسک به آن اشاره کرده است؛ عبارت مرحوم آقای حکیم این است: «اتفاقاً کما فی کشف اللثام بل فی الجواهر لا اجد خلافا فی بطلان شرط الخیار، بل لعل الاجماع بقسمیه علیه»؛ می‌گوید من خلافاً در این ندیدم، بلکه اجماع به هر دو قسم آن (محصل و منقول) بر بطلان شرط خیار در عقد نکاح وجود دارد. مرحوم شیخ در مکاسب هم همین را دارد، می‌گوید: «و عن الخلاف و المبسوط و السرائر و جامع المقاصد و المسالک الاجماع علیه». بنابر حکایت مرحوم شیخ، شیخ طوسی در خلاف و مبسوط، ابن ادریس در سرائر، محقق ثانی در جامع المقاصد، شهید ثانی در مسالک، اینها همه ادعای اجماع کرده‌اند؛ پس اجماع منقول تحقق دارد.

اجماع محصل هم در مسأله هست؛ یعنی فتاوا را اگر از زمان شیخ طوسی تا به حال بررسی کنیم، می‌بینیم کسی فتوا به جواز نداده است؛ همه فتوا به بطلان داده‌اند و گفته‌اند اگر شرط خیار ذکر شود، این باطل است.

کلام مرحوم حکیم

تنها در میان فقها صاحب حدائق قول به بطلان را به مشهور نسبت داده است؛ این را مرحوم آقای حکیم هم در مستمسک دارند: «فاذا العمدة فيه الاجماع المدعی» ایشان ظاهراً تحصیل اجماع نکرده، می‌گوید عمده دلیل اجماعی است که ادعا شده است، «و إن كان ظاهر الحدائق وجود القائل بالجواز لانه نسب المنع الى المشهور» صاحب حدائق گفته مشهور قائل به بطلان شده‌اند، اجماع نگفته. معنای اینکه مشهور قائل به بطلان شده‌اند، این است که در مقابل یک عده‌ای هم قائل به جواز شده‌اند. بعد مرحوم آقای حکیم می‌گوید «ولکن لم يعرف بذلک قائل و لا من نسب ذلک الى قائل»^۱ ایشان می‌گوید ما هیچ قائلی پیدا نکردیم که به جواز معتقد شده باشد؛ و حتی کسی را هم ندیدیم که قول به جواز را به کسی نسبت بدهد. با اینکه این چنین است، نه کسی قائل به جواز شده، یک نفر هم پیدا نشده قائل به جواز شود، کسی را هم که قول به جواز را به او نسبت بدهند، پیدا نکردیم؛ با این حال صاحب حدائق می‌گوید «نسب الى المشهور الجواز». اینکه صاحب حدائق قول به بطلان را به مشهور نسبت داده، معنایش آن است که عده‌ای قائل به جواز هستند، اما واقع این است که کسی قائل به جواز نشده است.

بررسی کلام مرحوم حکیم

لکن باید ببینیم آیا واقعاً صاحب حدائق این مطلب را فرموده، یعنی صاحب حدائق به مشهور نسبت داده؟ ظاهراً این است که اصلاً حدائق هم نسبت به مشهور نداده است؛ مرحوم آقای حکیم می‌گوید صاحب حدائق نسبت به مشهور داده، ولی عبارات صاحب حدائق را که ملاحظه می‌کنیم، معلوم می‌شود ایشان هم این مطلب را به مشهور نسبت نداده است.

ما اینجا دو مسأله داریم و از اول هم گفتیم مسأله ۱۸ متضمن دو مسأله است؛ یکی اینکه آیا شرط خیار در عقد نکاح جایز است یا نه؛ دوم، شرط خیار در مهر است. در مسأله اول به دنبال بحث از عدم جواز شرط خیار، یک بحث دیگری پیش آمده که حالا اگر این شرط جایز نباشد، اما کسی این شرط را در عقد نکاح ذکر کند، آیا عقد باطل است یا نه؟ در متن تحریر هم

بود که فرمودند «المشهور بطلان العقد» مشهور قائل‌اند به اینکه عقد باطل است. «فلو شرطاه بطل الشرط بل المشهور علی بطلان العقد ایضاً» آن چیزی که به مشهور نسبت داده شده، مسأله عدم جواز شرط خیار نیست، بلکه بطلان عقد است در صورتی که چنین شرطی شود. صاحب حدائق هم همین را فرموده است و بعید نیست این منشأ اشتباه شده باشد؛ صاحب حدائق هم فرموده «و المشهور بطلان العقد ای باشرط الخیار فیه» مشهور بطلان عقد است؛ نمی‌گوید مشهور عدم جواز شرط است. این مسأله باعث شده که گمان کنند این مربوط به شرط خیار است. باز در یک جای دیگر این تعبیر را دارد «المشهور بین الاصحاح بطلان النکاح بشرط الخیار». مشهور این است که اگر شرط خیار ذکر شود، نکاح باطل است؛ اما این ربطی به بطلان شرط ندارد؛ همین جا شما ملاحظه فرمودید امام(ره) با اینکه می‌گوید «لایجوز اشتراط الخیار فی عقد النکاح» اما قائل به این است که اگر کسی این شرط را در عقد نکاح کند، شرط باطل می‌شود، ولی عقد باطل نیست؛ لذا مقابل مشهور، قائل به صحت عقد شده است.

سؤال:

استاد: بحث در انتساب به مشهور است؛ بله، مشهور قائل به بطلان هستند و یک عده هم نیستند؛ اما آیا مشهور قائل به عدم جواز شرط هستند؟ از این عبارت این مطلب بدست می‌آید؟ اینجا دو مسأله است؛ یکی جواز اشتراط عقد نکاح یا عدم جواز؛ اینجا همه قائل به عدم جواز هستند. حال اگر کسی این شرط باطل را شرط کند، عقد هم باطل می‌شود یا نه؟ اینجا مشهور می‌گویند باطل می‌شود؛ آن چیزی که صاحب حدائق گفته و به مشهور نسبت داده، مربوط به مطلب دوم است؛ اما عدم جواز شرط خیار را به مشهور نسبت نداده و نگفته المشهور عدم جواز اشتراط الخیار. این به طریق اولی که شما می‌گویید، بله، به طریق اولی مشهور این را می‌گویند اما آیا غیر مشهور این حرف را نگفته‌اند؟ چنین ملازمه‌ای نیست. ما می‌خواهیم بگوییم اینکه در مسأله دوم بطلان عقد را نسبت به مشهور داده، این غیر از نسبت دادن عدم جواز شرط خیار به مشهور است؛ آن چیزی که صاحب حدائق گفته دومی است، نه اولی؛ اما مرحوم آقای حکیم به صاحب حدائق نسبت داده که ظاهرش این است که ایشان عدم جواز شرط خیار را به مشهور نسبت داده است؛ آن مشهوری که در دومی بوده را در اولی هم ذکر کرده است، در حالی که ایشان راجع به این چیزی نگفته؛ با اینکه خود مرحوم آقای حکیم فرموده ما قائل به جواز پیدا نکردیم، حتی کسی که این را به یک قولی نسبت داده باشد، پیدا نکردیم؛ یعنی کأن کسی قائل به جواز نیست.

پس اجماع منقول در مسأله وجود دارد؛ ملاحظه فرمودید بسیاری از بزرگان تصریح به اجماع کرده‌اند. به علاوه، به فرمایش صاحب جواهر «بل لعل الاجماع بقسمیه علیه» حتی اجماع محصل هم بر این وجود دارد. اجماع منقول خودش فی نفسه معتبر نیست؛ مگر اینکه مبنای شیخ انصاری را بپذیریم که شهرت اگر به آن ضمیمه شود، از باب تعاضد شاید مجموعاً قابل پذیرش باشد. اما اگر اجماع منقول را هم نپذیریم، بالاخره اجماع محصل در اینجا وجود دارد. اگر اجماع پذیرفته شود، دیگر باید فتوا به عدم جواز داد.

ملاحظه فرمودید تا اینجا از این نه دلیل، غیر از دلیل آخر یعنی اجماع، هیچ کدام دال بر عدم جواز نبود؛ همه آنها مورد خدشه قرار گرفت.

دلیل دهم

بعضی از بزرگان دلیل دیگری در اینجا ذکر کرده‌اند که آن را هم نقل می‌کنیم و مورد بررسی قرار می‌دهیم. البته ایشان ادعا

می‌کند این دلیل را من ندیدم کسی نقل کند؛ این کأن حاصل فکر خود ایشان است. منتهی برای اینکه این دلیل معلوم شود، یک مقدمه‌ای را ذکر می‌کند. اگر این دلیل را هم بپذیریم، کأن مجموعاً دو دلیل برای عدم جواز وجود دارد. ادامه بحث را جلسه آینده ذکر خواهیم کرد. سوره احزاب، آیه ۲۸ و ۲۹ را مطالعه بفرمایید؛ این آیات منشأ یک بحثی شده و روایاتی در اینجا وارد شده که بعضی از آن روایات به نظر ایشان بر مدعا دلالت می‌کند؛ حالا باید ببینیم آیا این دلیل می‌تواند مدعا را اثبات کند یا نه.

«والحمد لله رب العالمین»