



درس خارج فقه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

موضوع کلی: نکاح - فصل فی اولیاء العقد

تاریخ: ۲۴ شهریور ۱۴۰۴

موضوع جزئی: مسئله ۴ - مقام اول: بررسی اشتراط عدم مفسده - ادله اشتراط - دلیل اول: اجماع و بررسی آن -

دلیل دوم: روایات - روایت اول و بررسی آن - روایت دوم

جلسه: ۲

سال هشتم

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

خلاصه جلسه گذشته

بحث در مسئله چهارم پیرامون دو موضوع اعتبار عدم مفسده و اعتبار مصلحت در تزویج پدر و جد بود؛ یعنی اینکه آیا ولایت پدر و جد در امر نکاح مشروط به عدم مفسده برای مولی علیه است یا نه. در مرتبه بعد، اینکه آیا این ولایت مشروط به وجود مصلحت برای مولی علیه است یا نه. این دو مقامی است که ما درباره آن بحث می‌کنیم.

مقام اول: بررسی اشتراط عدم مفسده

در مقام اول، سخن در این است که اگر پدری برای دخترش عقد نکاح صورت بدهد و این کار مفسده داشته باشد، آیا این عقد صحیح است یا نه. به عبارت دیگر، آیا صحت و نفوذ عقد او مشروط به این است که مفسده‌ای برای دختر نداشته باشد؟ مفسده به این است که مثلاً دختر را به نکاح شخص مجنون دریاورد یا کسی که بیماری غیرمعارف دارد؛ این عقد برای این دختر مفسده دارد. اگر چنین عقدی ترتیب بدهد، نافذ است یا نه؟ پس بحث در اشتراط عدم المفسدة در صحت و نفوذ عقد ولی است. امام (ره) فرموده‌اند: عدم المفسدة شرط صحت و نفوذ عقد است. مشهور هم چنین فتوایی داده‌اند؛ بلکه این اتفاقی است.

ادله اشتراط عدم المفسدة

چند دلیل در این مقام ذکر شده که ما این ادله را بررسی می‌کنیم تا ببینیم آیا می‌تواند مقصود را اثبات کند یا نه.

دلیل اول: اجماع

دلیل اول اجماع است؛ برخی ادعای اجماع کرده‌اند. مثلاً مرحوم نراقی می‌فرماید: «الظاهر وجوب مراعاة الولی عدم المفسدة فی النکاح لظاهر الإجماع».^۱ صاحب مفتاح الکرامة^۲ هم ادعای اجماع کرده‌اند؛ شهید ثانی در مسالک^۳ ادعای اجماع نکرده بلکه ادعای اتفاق کرده است. بعضی‌ها ادعای عدم الخلاف کرده‌اند؛ عدم الخلاف و اتفاق و اجماع با یکدیگر فرق دارند. مرحوم آقای خویی فرموده: «اتفاقاً بل لم ينسب الخلاف فيه إلى أحد».^۴

پس در واقع اینجا سه گونه تعبیر وجود دارد؛ برخی مثل صاحب مفتاح الکرامة و مرحوم نراقی ادعای اجماع کرده‌اند؛ بعضی مثل شهید ثانی ادعای اتفاق کرده‌اند؛ برخی هم ادعای عدم الخلاف کرده‌اند. عدم الخلاف نسبت به اتفاق در مرتبه بالاتری است؛ طبیعی است که اتفاق و عدم الخلاف نمی‌تواند به عنوان دلیل قلمداد شود؛ نهایتش این است که مؤید مدعا خواهد بود. آن چیزی که می‌تواند دلیل باشد، اجماع است. اینجا ادعای اجماع شده است؛ باید ببینیم این دلیل می‌تواند اشتراط عدم

۱. مستند، ج ۱۶، ص ۱۶۷.

۲. مفتاح الکرامة، ج ۱۲، ص ۶۸۱.

۳. مسالک، ج ۷، ص ۱۴۴.

۴. کتاب النکاح، ج ۳۳ موسوعه، ص ۲۲۹.

بررسی دلیل اول

این اجماع منقول است و لذا اعتبار ندارد و قابل اتکا نیست. تحصیل اجماع هم ممکن نیست؛ برای اینکه برخی از فقها اساساً متعرض مسئله نشده‌اند و لذا نمی‌توان آنها را در ضمن مجمعی قرار داد. مثلاً شیخ طوسی در کتاب خلاف این مسئله را عنوان کرده که اگر ولی دختر صغیره را به تزویج کسی دریاورد که دیوانه یا مجذوم یا ابرص باشد، این عقد از نظر تکلیفی جایز است؛ بعد در مسئله دیگری حکم به صحت آن کرده است. اما آیا اینکه این صحت مشروط به اجازه است یا نه، که مثلاً بگوییم از باب فضولی می‌تواند صحیح باشد، یعنی قابلیت صحت دارد یا به تعبیر دیگر، صحت شأنیه دارد؛ یا اساساً این عقد قابل بهم زدن است یا نه؟ شیخ طوسی نسبت به این جهت چیزی نفرموده است. ممکن است حکم او به صحت حمل بر صحت شأنیه شود؛ اگر حمل بر صحت شأنیه شد و منوط به اجازه دختر بعد البلوغ شود، با اعتبار عدم المفسدة منافات دارد.

صاحب جواهر یک توضیحی نسبت به این کلام شیخ طوسی بیان کرده و گفته اینکه شیخ طوسی عقد دختر نابالغ توسط ولی را صحیح دانسته، معنایش آن است که اختیار بهم زدن عقد توسط دختر وجود ندارد. چون ولی حکم خود موّلی علیه را دارد؛ همچنان که دختر اگر عاقل و بالغ باشد و خودش قبول کند همسر یک دیوانه یا مجذوم شود، این عقد صحیح است (چون اختیار داشته و پذیرفته و لذا مانعی برای صحت عقد نیست؛ دیگر خیار برای او ثابت نیست). ولیّ او هم اگر چنین عقدی را برای دختر انجام بدهد، این عقد صحیح است و دختر حق بهم زدن این عقد را ندارد.^۱ اگر این توجیه صاحب جواهر را بپذیریم، قهراً باید بگوییم شیخ طوسی قائل به اعتبار عدم المفسدة نیست. حداقلش این است که اجماع را مخدوش می‌کند.

خلاصه آنکه دلیل اول، اجماع منقول است که گفتیم لا اعتبار به. بر فرض هم که این اجماع را معتبر بدانیم، چنین اتفاق و فتوایی در میان همه فقها وجود ندارد؛ یکی از آنها همین مخالفت شیخ طوسی است. البته بر فرض پذیرش توضیحی که صاحب جواهر داده است. به هر حال خود عدم تعرض نسبت به این مسئله می‌تواند مانعی در برابر اجماع باشد.

پس دلیل اول که مسئله اجماع باشد، قابل قبول نیست.

دلیل دوم: روایات

دلیل دوم برخی روایات است که در این مسئله نقل شده است. مرحوم آقای خویی سه روایت را نقل کرده و دلالت آنها را بر اشتراط پذیرفته است. ما این روایات را نقل می‌کنیم تا ببینیم آیا بر اشتراط عدم المفسدة در ولایت پدر و جد دلالت دارد یا نه.

روایت اول

اولین روایت، روایت ابی حمزه ثمالی است؛ مرحوم شیخ این روایت را مورد استناد قرار داده برای اعتبار عدم المفسدة در صحت بیع ولی. روایت مربوط به ولیّی است که می‌خواهد در اموال پسر تصرف کند و یک مالی از اموال پسر را بفروشد؛ امام(ع) فرموده: پدر نمی‌تواند بیش از مقدار احتیاج بردارد و به آیه «وَاللّٰهُ لَا يَحِبُّ الْفُسَادَ» استناد کرده است. «عَنْ أَبِي حَمَزَةَ الثَّمَالِيِّ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (ع) قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (ص) لِرَجُلٍ أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ ثُمَّ قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ (ع) وَمَا أَحَبُّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِ ابْنِهِ إِلَّا مَا اخْتِاجَ إِلَيْهِ مِمَّا لَا بُدَّ مِنْهُ إِنَّ اللَّهَ عَزَّوَجَلَّ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ».^۲

تقریب استدلال: همانطور که ملاحظه می‌فرمایید، این روایت در باب بیع ذکر شده است؛ لکن تعلیلی که در ذیل روایت آمده،

۱. جواهر، ج ۲۹، ص ۲۱۲.

۲. کافی، ج ۵، ص ۱۳۵، ح ۳؛ وسائل الشیعة، ج ۱۷، ص ۲۶۳، ح ۲.

عمومیت دارد و شامل نکاح هم می‌شود. اینکه می‌فرماید: «إِنَّ اللَّهَ لَا يَحِبُّ الْفُسَادَ»، اشاره به این دارد که هیچ‌جا فساد مطلوب نیست و در این جهت فرقی بین بیع و نکاح نیست؛ همانطور که در مورد بیع اموال مفسده می‌تواند مخل باشد، در مورد نکاح هم همینطور است و چه بسا نکاح به مراتب مهم‌تر از مال است. مرحوم آقای خویی از تعلیل در این روایت استفاده کرده و فرموده این روایت دلالت می‌کند بر اعتبار عدم المفسدة. لذا اگر ولی دخترش را به کسی تزویج کند که مثلاً مجذوم است مثل عقد فضولی می‌شود.

بررسی روایت اول

مرحوم آقای حکیم اشکالاتی را نسبت به استدلال به این روایت بیان کرده است^۱ که آنها را در ادامه بررسی می‌نماییم.

اشکال اول

اشکال اول این است که این روایت اجنبی عما نحن فیه؛ چون روایت در مورد فرزند بالغ است؛ می‌فرماید از اموال پسر بالغش به اندازه نیاز بردارد و بیشتر حق ندارد این کار را بکند. اما ما در مورد ولایت بر صغار بحث می‌کنیم؛ لذا این روایت قابل استدلال نیست.

بررسی اشکال اول

این اشکال قابل پاسخ است؛ چون:

اولاً؛ درست است که مورد روایت ابن و فرزند بالغ است؛ اما تعلیل عام است: «إِنَّ اللَّهَ لَا يَحِبُّ الْفُسَادَ» و استدلال به تعلیل ذیل روایت شده؛ لذا مورد مخصص نیست.

ثانیاً؛ حتی ممکن است بگوییم مورد روایت هم پسر بالغ نیست؛ چون ابن در نابالغ هم استعمال می‌شود. درست است که برای نابالغ تعابیر خاصی به کار می‌رود، اما عنوان ابن حتی برای نابالغ هم مورد استفاده واقع می‌شود.

اشکال دوم

اشکال دومی که مرحوم آقای حکیم در اینجا مطرح کرده، این است که ظاهر روایت نشان می‌دهد موضوع در روایت، تصرف پدر در اموال فرزند به نفع خود پدر است؛ کأن پدر می‌خواهد برای نیازهای خودش از اموال پسر بردارد و بفروشد. لذا امام (ع) فرموده بیشتر از مقدار نیاز بردارد. اما اینجا بحث ما در مورد نکاح و تزویج دختر است که نفع یا ضرر آن متوجه دختر است؛ پس باز هم از مانحن فیه فاصله دارد. ما در مورد ازدواج دختر بحث می‌کنیم که نفع و مصلحت و ضرر و فساد آن به خود دختر برمی‌گردد؛ اما روایت مربوط به نیازهای مالی خود پدر است. یعنی کأن از آن بیع، یک منفعتی عائد پدر می‌شود. لذا نمی‌توان به این روایت استناد کرد.

بررسی اشکال دوم

پاسخ این اشکال هم همان پاسخی است که به اشکال اول دادیم. این حرف درست است، ولی تکیه مستدل بر عمومیت تعلیل در ذیل روایت است؛ او به ذیل یعنی «وَاللَّهُ لَا يَحِبُّ الْفُسَادَ» استناد کرده است. بنابراین چه اشکالی دارد که مسئله به پدر مربوط شود یا به دختر؛ بیع باشد یا نکاح. عمده این است که هر گونه اقدام از ناحیه ولی و پدر، نباید متضمن فساد برای فرزند اعم از بالغ و نابالغ باشد.

۱. مستمسک، ج ۱۴، ص ۴۵۶.

اشکال سوم این است که مورد این روایت بیع است، در حالی که بحث ما در نکاح است؛ ما چگونه می‌توانیم حکمی را که در باب بیع ذکر شده، به غیر آن باب، از جمله باب نکاح تعمیم بدهیم؟

بررسی اشکال سوم

پاسخ این اشکال هم همان پاسخی است که به دو اشکال قبلی دادیم و آن اینکه عموم تعلیل، همه این محدودیت‌ها را کنار می‌زند؛ همانطور که عموم تعلیل موجب فرق بین پسر کبیر و غیر آن نمی‌شود و همانطور که عموم تعلیل فرق بین اقدام پدر به نفع خودش و غیر آن را کنار می‌زند، همانگونه اقتضا می‌کند که فرقی بین بیع و نکاح نباشد.

پس همگی این اشکالات با یک پاسخ قابل رفع است. بنابراین روایت ابی حمزه ثمالی اقتضا می‌کند که هر اقدام پدر و جد، از جمله تزویج دختر به کسی که ازدواج با او مستلزم مفسده است، درست نباشد؛ یعنی صحت و نفوذ کار ولی مشروط به عدم المفسدة است. معلوم است که هر اقدامی از جمله نکاح، نباید متضمن مفسده نسبت به دختر باشد.

روایت دوم

روایت دوم، صحیح‌ه فضل بن عبدالملک است؛ ما این روایت را قبلاً به مناسبت و در دفعات متعدد نقل کرده‌ایم. «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ إِنَّ الْجَدَّ إِذَا زَوَّجَ ابْنَةً ابْنَهُ وَ كَانَ أَبُوهَا حَيًّا وَ كَانَ الْجَدُّ مَرْضِيًّا جَازَ قُلْنَا فَإِنْ هُوَ أَبُو الْجَارِيَةِ هَوَى وَ هَوَى الْجَدُّ هَوَى وَ هُمَا سَوَاءٌ فِي الْعَدْلِ وَ الرِّضَا قَالَ أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ تَرْضَى بِقَوْلِ الْجَدِّ»^۱ بر طبق این روایت، اگر پدر دختر در قید حیات باشد و جد دختر او را تزویج کند، «وَ كَانَ الْجَدُّ مَرْضِيًّا جَازَ». البته در ادامه می‌گوید: اگر هم پدر و هم جد دختر، قصد تزویج دختر را به دیگری داشته باشند و هر دو اقدام کرده باشند و این دو هم در عدل و رضایت یکسان باشند، در اینجا قول کدام یک مقدم می‌شود؟ امام (ع) فرمود: من دوست دارم که دختر به قول جد رضایت بدهد.

تقریب استدلال: تقریب استدلال به این روایت که مرحوم آقای خویی فرموده، این است که تناسب حکم و موضوع اقتضا می‌کند که منظور از مرضی بودن جد، این است که آن اموری که به دختر مربوط می‌شود، مرضی باشد. عبارت ایشان این است: «إِنْ ظَاهِرُ التَّقْيِيدِ وَ بِمُلَاحَظَةِ مَنَاسِبَاتِ الْحُكْمِ وَ الْمَوْضُوعِ، فَهُوَ اعْتِبَارُ كَوْنِهِ مَرْضِيًّا بِلِحَظِ تَصَرُّفَاتِهِ الصَّادِرَةِ تَجَاهِ الْبَنْتِ»، ظاهر این است که عقد در صورتی صحیح است که جد مرضی باشد. مرضی بودن جد مربوط به دختر است؛ یعنی به نفع دختر باشد و به ضرر او نباشد. اگر این چنین باشد، این عقد نافذ و صحیح است، و الا صحیح نخواهد بود. «وَ إِلَّا فَكُونُهُ مَرْضِيًّا بِالنِّسْبَةِ إِلَى سَائِرِ تَصَرُّفَاتِهِ أَجْنَبِيٍّ عَنْ وَلايَتِهِ عَلَى الْبَنْتِ»^۲، اگر قرار بود مرضی بودن را طور دیگری معنا کنیم، این ربطی به ولایت او بر دختر ندارد؛ این روشن است.

پس آقای خویی دلالت این روایت را بر عدم المفسدة تمام می‌داند. لکن نسبت به استدلال به این روایت اشکالاتی وجود دارد که آنها را باید بررسی کنیم.

«والحمد لله رب العالمين»

۱. کافی، ج ۵، ص ۳۹۶، ح ۵؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۹۰، ح ۴.

۲. کتاب النکاح، ج ۳۳ موسوعه، ص ۲۲۹.