



درس فارغ فقه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

موضوع کلی: نکاح - فصل فی اولیاء العقد

تاریخ: ۳۰ شهریور ۱۴۰۴

مصادف با: ۲۸ ربیع الاول ۱۴۴۷

موضوع جزئی: مسئله ۴ - مقام اول: بررسی اشتراط عدم مفسده - ادله اشتراط - دلیل چهارم: لاضرر -

بررسی دلیل چهارم - اشکال - پاسخ - مؤید: اصالة الفساد - بررسی احتمال عدم صحت نکاح حتی در فرض اجازه -

مبنای احتمال عدم صحت

جلسه: ۴

سال هشتم

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

دلیل چهارم: لاضرر

بحث در ادله اشتراط عدم المفسدة در ثبوت ولایت پدر و جد نسبت به نکاح دختر بود؛ چند دلیل مورد بررسی قرار گرفت. دلیل اول، اجماع و دلیل دوم، روایات و دلیل سوم، انصراف اطلاقات بود که مورد بررسی قرار گرفت. دلیل چهارم، دلیل نفی ضرر است. لاضرر بر طبق مبنای مشهور هرگونه حکم ضرری را در شریعت نفی می‌کند و حاکم بر همه ادله است؛ یعنی به استناد قاعده لاضرر چنانچه حکمی در شریعت موجب ضرر بر غیر شود، این حکم نفی شده است. این قاعده بر همه ادله احکام اولیه حکومت دارد؛ یکی از احکام اولیه، جعل الولاية للأب و الجد است. به مقتضای برخی روایات، پدر و جد بر دختر ولایت دارند؛ این یک حکم وضعی است؛ ولایت از احکام وضعیه است. حالا اگر ولایت پدر و جد به گونه‌ای باشد که موجب مفسده و ضرر بر دختر شود، به استناد لاضرر منتفی است. به عبارت دیگر، ولایت پدر و جد اختصاص دارد به جایی که مفسده نداشته باشد؛ ولایت به نحو مطلق ثابت نیست به گونه‌ای که حتی صورتی که ضرر و مفسده برای دختر دارد را دربر بگیرد. پس چون اطلاق ادله ولایت پدر و جد به گونه‌ای که شامل فرض مفسده شود، موجب ضرر بر دختر است، قاعده لاضرر آن را مرتفع و منتفی می‌کند؛ لذا با کمک این قاعده می‌توانیم عدم المفسدة را شرط بدانیم و بگوییم ولایت پدر و جد منوط به عدم مفسده است، یا به تعبیر دیگر، نکاح دختر توسط پدر و جد در صورتی صحیح و نافذ است که مفسده و ضرری برای دختر نداشته باشد. وقتی می‌گوییم مفسده نباشد، معنایش این است که در صورت وجود مفسده، آن عقد صحیح نیست و این یعنی عدم ولایتها علیها.

این دلیل را صاحب جواهر^۱ ذکر کرده است؛ مرحوم آقای حکیم هم در مستمسک^۲ به این دلیل استناد کرده است.

بررسی دلیل چهارم

اشکال

نسبت به این دلیل هم اشکالی مطرح شده و آن اینکه دلیل لاضرر در مواردی که در عقد یا معامله‌ای ضرر باشد، نهایتش این است که لزوم را برطرف می‌کند؛ مثلاً فرض بفرمایید اگر کسی معامله غبنی انجام بدهد، با لاضرر لزوم این معامله برداشته می‌شود و شخص خیار فسخ دارد و می‌تواند معامله را بهم بزند، اما اصل عقد مشکلی ندارد؛ لاضرر تا جایی که جلوی ضرر را

۱. جواهر، ج ۲۹، ص ۲۱۳.

۲. مستمسک، ج ۱۴، ص ۴۵۶.

بگیرد کارآیی دارد و اینجا به حدی که ضرر را بردارد، تأثیر دارد و آن هم رفع لزوم عقد است، اما با خود عقد کاری ندارد. اینکه بگوییم لاضرر عقد را باطل می‌کند، این محل اشکال است. ولی شما به استناد لاضرر، عقد پدر و جد در فرض وجود مفسده را باطل می‌کنید؛ وقتی می‌گویید این عقد در صورت مفسده نافذ نیست، این معنایش آن است که این عقد صحیح نیست.

پاسخ

پاسخ این اشکال آن است که لاضرر در مورد معاملات و عقود مالیّه، لزوم را نفی می‌کند. چون در عقود مالی، اصل عقد مشکلی ندارد و ضرری نیست. اما لزوم آن و اینکه طرفین ملزم به وفا باشند و اختیار بهم زدن معامله را نداشته باشند، ضرری است. در جایی که غبن وجود دارد، در جایی که ضرر وجود دارد، در جایی که مبیع یا ثمن فاسد باشد، اگر حکم به لزوم شود مستلزم ضرر است. لذا لاضرر لزوم را برمی‌دارد؛ اما در موردی مثل نکاح، اصل عقد در صورت اشتغال بر مفسده ضرری است. دختری که پدرش او را به زوجیت مرد معتاد بیکار در آورده، اینجا ضرر و مشکل در اصل عقد است؛ لذا لاضرر متوجه خود عقد می‌شود و جلوی نفوذ و صحت عقد را می‌گیرد و اصل صحت را نفی می‌کند.

این قلت: اگر لاضرر در عقد نکاحی که دارای مفسده است، مانع صحت و نفوذ این عقد می‌شود، لازمه‌اش آن است که حتی با اجازه لاحق هم صحیح نشود. به عبارت دیگر، در ادامه همین مسئله امام و مرحوم سید آورده‌اند که اگر عقد مشتمل بر مفسده باشد، یكون فضولياً. عبارت مرحوم سید این است: «و إلا یكون العقد فضولياً کالاجنبی». امام هم همین را فرموده که با اجازه لاحق این عقد صحیح می‌شود. سؤال این است که اگر عقد به خاطر مفسده نافذ نباشد، به معنای انهدام است؛ پس دیگر اجازه لاحق نمی‌تواند آن را تصحیح کند. اگر عقد منعقد نشود، آن وقت چطور با اجازه لاحق صحیح می‌شود؟

قلت: اگر عقد مشتمل بر ضرر و مفسده باشد، صحت فعلیه ندارد؛ یعنی نمی‌تواند موجب زوجیت شود و نافذ نیست و آثار زوجیت بر آن بار نمی‌شود. اما صحت شأنیه دارد؛ در تمام موارد عقد فضولی، صحت شأنیه وجود دارد؛ به این معنا که گویا همه اجزاء و ارکان عقد محقق شده و تنها یک جزء آن محقق نیست و آن هم رضایت و اذن و اجازه یکی از طرفین معامله است. وقتی او اجازه کند، این صحت به فعلیت می‌رسد؛ قابلیت صحت دارد اما صحت آن فعلی نیست. عقد نکاح اگر مشتمل بر مفسده باشد نافذ و صحیح نیست؛ چون عدم المفسده در ولایت پدر شرط است. اما همین عقد که نافذ نیست و صحت آن فعلی نشده، این قابلیت را دارد که با اجازه دختر، صحت آن فعلی شود. اینکه می‌گویند عقد فضولی مراعی به اجازه اصیل است، این به چه معناست؟ یعنی عقدی که همه شرایط و اجزاء عقد در آن تحقق دارد إلا اذن و اجازه و رضایت. بله، تا زمانی که او اجازه نکرده، این عقد منعقد نشده است؛ اما شکل و شرایط آن، همه چیز آن تمام است؛ یک قالبی درست شده که اگر اجازه کند، آنگاه به فعلیت می‌رسد.

سؤال:

استاد: هر عقد فضولی همینطور است. فرض این است که در این صورت ولایت ندارد؛ می‌گوییم اگر ولی دخترش را به زوجیت کسی در بیاورد که موجب مفسده شود برای آن دختر، آیا ولایت داشته که این کار را بکند یا نه؟ می‌گوییم در این مورد ولایت نداشته است؛ وقتی می‌گوییم این مشروط به عدم المفسده است، معنایش این است که حق نداشته که این کار را بکند. در جلسه گذشته هم عرض کردم که بعضی‌ها می‌گویند این عقد صحیح و تمام است؛ برای اینکه می‌گویند الولی نازل منزله المولی علیه؛ همانطور که اگر خودش این کار را می‌کرد، عقد تمام بود، حالا این هم تنزیل شده منزله مولی علیه، اگر عقد کند ولو

مشمول بر مفسده باشد، صحيح و تمام است. بعضی‌ها این را گفته‌اند، در حالی که ما این را رد کردیم؛ گفتیم مشهور، بلکه متفق علیه است که اینطور نیست که ولی هر کاری که خواست انجام بدهد و مثلاً دختر را به زوجیت کسی دریاورد که نه تنها مصلحت ندارد بلکه مفسده دارد؛ می‌گوییم حد این ولایت تا اینجاست و در آن صورت ولایت ندارد.

بنابراین با لاضرر هم می‌توانیم اعتبار عدم المفسده و شرطیت آن را در صحت و نفوذ عقد و به تعبیر دیگر در ثبوت ولایت در نکاح دختر را ثابت کنیم.

مؤید: اصالة الفساد

این چهار دلیل قابل تأیید به یک مؤید است؛ ما با وجود این ادله نیاز به اصل نداریم، اما اصالة الفساد در باب معاملات هم مؤید اشتراط است. اگر فرض کنیم هیچ یک از ادله چهارگانه نتواند شرطیت عدم المفسده را در ولایت ثابت کند، شک داریم آیا عقدی که جد و پدر برای دختر انجام داده‌اند و مشمول بر مفسده است، صحیح و نافذ است یا نه. اصل فساد اقتضا می‌کند که این عقد فاسد باشد؛ پس مشروط به عدم المفسده است.

بررسی احتمال عدم صحت نکاح حتی در فرض اجازه

هذا تمام الكلام فى المقام الاول. قبل از اینکه وارد مقام دوم شویم، در عبارت مرحوم یک ذیلی وجود دارد؛ ایشان فرموده: «و ألا يكون العقد فضولاً كالأجنبى و يحتمل عدم الصحة بالإجازة أيضاً»، این مطلب در عبارت تحریر نیست، اما در عروه آمده است. منظور ایشان این است که این عقد حتی با اجازه لاحق دختر هم صحیح نمی‌شود؛ یعنی صحت شأنیه هم ندارد. تا اینجا اثبات شد عدم المفسده قطعاً در صحت فعلیه معتبر است؛ یعنی تا زمانی که مفسده هست، این عقد صحت فعلیه ندارد و برای اینکه صحت فعلیه پیدا کند، باید دختر بعد البلوغ این عقد را اجازه کند؛ یعنی می‌شود عقد فضولی. اگر اجازه نکند، این عقد صحیح نیست؛ ولی اگر اجازه کند، این عقد صحیح است. مرحوم سید یک احتمالی را مطرح کرده و آن اینکه این عقد حتی با اجازه لاحق هم صحیح نمی‌شود. چند تن از محشین به ایشان اشکال کرده‌اند؛ امام(ره) و مرحوم آقای خویی در اینجا تعلیقه دارند. عبارت امام این بود: «لکنه ضعیف»، این احتمال ضعیف است. مرحوم محقق نائینی، محقق عراقی، مرحوم آقای خویی، همه اینها به سید اشکال کرده‌اند که این احتمال که حتی بعد از اجازه هم عقد صحیح نباشد، احتمال ضعیف و بعیدی است. سؤال این است که اولاً چرا مرحوم سید این احتمال را ذکر کرده و مبنای این احتمال چیست؟ به عبارت دیگر، مستند کلام سید چیست و ثانیاً مستند مستشکلین به مرحوم سید چیست؟ چرا برخی گفته‌اند که این احتمال ضعیف است؟

مبنای احتمال عدم صحت

مبنای احتمال عدم صحت این است که در مورد عقد فضولی بحثی مطرح شده که آیا وجود مجیز در حال عقد و اهلیت آن برای اجازه و امضا در حین صدور عقد، لازم است یا نه؟ مثلاً آن وقتی که کسی مال دیگری را می‌فروشد (یک غاصبی خانه دیگری را می‌فروشد) و در زمان عقد، مالک اهلیت برای اجازه داشته، منتها یا خبر نداشته یا به او نگفته‌اند و اجازه‌ای در کار نبوده است؛ اذن و رضایت نبوده است. اما در آن موقعیت اهلیت برای این کار داشته است. اینجا این عقد قابلیت لحوق اجازه را دارد؛ صحت عقد فضولی مشروط به آن است که آن طرف در زمان عقد، اهلیت اجازه داشته باشد. اما اگر اهلیت اجازه نباشد مثل مانحن فیه که دختر در هنگام عقد بالغ نبوده تا بتواند اجازه کند، عقد حتی با اجازه لاحق هم صحیح نمی‌شود. یک وقت دختر بالغ است و پدرش او را به زوجیت کسی درمی‌آورد؛ در همان هنگام و در حین عقد، دختر صلاحیت و اهلیت اجازه را داشته است. اما وقتی نابالغ است، نمی‌تواند این عقد را اجازه کند. لذا در این صورت عقد باطل است.

پس مبنای احتمال عدم صحت در صورتی که عقد جد و ولی مشتمل بر مفسده باشد، این است که آن دختر در هنگام عقد اهلیت برای اجازه نداشته، لذا مرحوم سید احتمال داده که این عقد باطل باشد و اجازه بعدی هم نمی‌تواند کمکی به آن عقد کند. پس معلوم شد که چرا مرحوم سید این احتمال را مطرح کرده است.

مرحوم آقای خویی اشکالی نسبت به این احتمال و مبنای آن مطرح کرده و براساس آن فرموده‌اند: «لکنه بعید»، این احتمال بعید است. ایشان می‌گویند صحت عقد فضولی بعد از حقوق اجازه، تارة به عنوان یک امری بر طبق قاعده لحاظ می‌شود و آخری به عنوان مدلول روایات؛ یعنی یک وقت می‌گوییم قاعده اقتضا دارد که عقد فضولی بعد از حقوق اجازه صحیح باشد. یک وقت هم می‌گوییم به حسب قاعده عقد فضولی با حقوق اجازه تصحیح نمی‌شود، ولی چون روایات خاصه‌ای داریم که دلالت بر صحت می‌کند، حکم به صحت آن می‌شود. پس اینکه عقد فضولی با اجازه لاحق تصحیح شود، دو وجه می‌تواند داشته باشد؛ یا بگوییم این علی القاعده است و قاعده اقتضا می‌کند که با اجازه بعدی صحیح شود، چون همه چیز این عقد تمام است و فقط یک مشکل دارد و آن هم رضایت مالک است. وقتی رضایت حاصل شد، عقد صحیح و تمام است، یا بگوییم به حسب قاعده، عقد فضولی حتی با اجازه لاحق هم صحیح نمی‌شود، ولی چون روایاتی وارد شده که دلالت بر صحت عقد فضولی در صورت اجازه مالک می‌کند، تعبداً آن را می‌پذیریم. پس این یک وقت طبق قاعده است و یک وقت مستفاد از روایات و از باب تعبد پذیرفته می‌شود.

مرحوم آقای خویی می‌گوید مطلبی که مرحوم سید فرموده، تنها در یک صورت درست است و آن اینکه ما صحت عقد فضولی با فرض حقوق اجازه را از باب تعبد بدانیم، نه طبق قاعده. یعنی بگوییم صحت طبق قاعده نیست، ولی به خاطر روایات ما ملتزم به صحت عقد فضولی بعد از حقوق اجازه شده‌ایم. لذا باید به مقداری که در روایات بیان شده بسنده شود؛ به طور کلی اگر روایتی برخلاف قاعده باشد، باید به مقدار متیقن اکتفا کنیم و بیشتر از آن نمی‌توانیم پا را فراتر ببریم. اینجا قاعده اقتضا می‌کند که عقد فضولی صحیح نباشد. ولی روایاتی وارد شده که دلالت بر صحت آن می‌کند. لکن تا چه حد می‌توانیم از قاعده خارج شویم؟ آیا این مطلق است یا باید به یک محدوده اکتفا کنیم؟ ایشان می‌گویند قدر متیقن از روایات، صحت عقد فضولی بر فرض حقوق اجازه در جایی است که مجیز وجود دارد و اهلیت اجازه دارد. اما اگر جایی مجیز وجود ندارد و اهلیت اجازه ندارد، نمی‌توانیم حکم به صحت عقد فضولی کنیم.

پس بنابراین علت اینکه مرحوم سید احتمال عدم صحت را حتی با فرض حقوق اجازه مطرح کرده، این مبنا است که چنین اقتضایی دارد. آن مبنا این است که آن کسی که می‌خواهد بعداً عقد را اجازه کند، باید در حال عقد جایز التصرف باشد و اهلیت اجازه داشته باشد و الا اجازه او صحیح نیست و اینجا چون دختر جایز التصرف نیست و اهلیت اجازه ندارد، نمی‌تواند بعداً هم اجازه کند. آیا این حرف درست است یا نه؟ چرا این احتمال ضعیف است؟ این را ان شاء الله بیان خواهیم کرد. بنابراین دو مطلب اینجا داریم: ۱. دلیل این احتمال که سید فرموده چیست؛ ۲. دلیل ضعف آن چیست. دلیل این احتمال را ذکر کردیم؛ اما چرا ضعف دارد و بعید است؟ ان شاء الله در جلسه آینده بیان خواهیم کرد.

«والحمد لله رب العالمین»