



درس فارج فقه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

موضوع کلی: نکاح - فصل فی اولیاء العقد

تاریخ: ۳۱ شهریور ۱۴۰۴

موضوع جزئی: مسئله ۴ - مقام اول: بررسی اشتراط عدم مفسده -

مصادف با: ۲۹ ربیع الاول ۱۴۴۷

بررسی احتمال عدم صحت نکاح حتی در فرض اجازه - بررسی احتمال عدم صحت - کلام محقق خوئی و بررسی آن -

نتیجه بحث در مقام اول

جلسه: ۵

سال هشتم

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

خلاصه جلسه گذشته

بحث در اشتراط ولایت پدر و جد به عدم المفسده در نکاح دختر بود. نتیجه این شد که ولایت پدر و جد مشروط به عدم مفسده است و چنانچه عقد آنها مشتمل بر مفسده باشد، نافذ نیست؛ لذا همانند عقد فضولی نیازمند اجازه لاحقه است. لکن مرحوم سید در عروه یک احتمالی را در اینجا مطرح کرده و آن اینکه اگر این عقد مشتمل بر مفسده باشد، حتی با اجازه لاحقه دختر بعد از بلوغ هم صحیح نمی‌شود؛ ایشان فرمودند: «و یحتمل عدم صحتہ أيضاً؛» البته این احتمال را در عبارت تحریر نمی‌بینیم و خود امام (ره) هم در اینجا نسبت به این احتمال حاشیه زده و فرموده «لکنه ضعیف». بحث در این بود که اولاً مبنای این احتمال چیست و ثانیاً چرا ضعیف است و اشکال آن کجاست.

مرحوم آقای حکیم یک وجه و مبنایی برای این احتمال ذکر کرده‌اند که توسط مرحوم آقای خوئی بسط داده شده است؛ مبنای این بود که اگر ما قائل به این باشیم که در عقد فضولی اهلیت مجیز و جایز التصرف بودن او در هنگام عقد لازم است، آنگاه باید بگوییم در صورتی که این عقد توسط پدر یا جد واقع شود و مفسده داشته باشد، با اجازه لاحقه هم درست نمی‌شود. چون زمانی که این عقد واقع شده، دختر اهلیت اجازه نداشته و جایز التصرف نبوده است؛ چون نابالغ بود. پس اگر ما قائل به اعتبار آن شرط شویم، طبیعتاً اینجا باید بگوییم حتی با اجازه دختر بعد از بلوغ هم این عقد نافذ نخواهد بود.

مرحوم آقای خوئی اینجا دو فرض تصویر کرده و می‌گوید یک وقت می‌گوییم صحت عقد فضولی بعد از لحوق اجازه علی‌القاعده است؛ یعنی قاعده اقتضا می‌کند عقدی که فضولاً واقع شده، چنانچه اجازه به آن ملحق شود، این عقد صحیح است. یک وقت صحت عقد فضولی بعد از لحوق اجازه را به استناد روایات خاصه و از باب تعبد می‌پذیریم. به هر حال یا به استناد قاعده یا به استناد روایات، می‌گوییم عقد فضولی با اجازه لاحقه تصحیح و نافذ می‌شود. ایشان می‌گویند: اگر مستند ما در صحت عقد فضولی بعد از لحوق اجازه، روایات باشد، از آنجا که روایات همه مربوط به جایی است که مجیز صلاحیت و اهلیت اجازه دارد. لذا اگر جایی کسی اهلیت اجازه نداشت، مشمول این روایات نیست. یعنی اگر اصیل در هنگام عقد اهلیت اجازه نداشته باشد، عقد صحیح نیست.

پس مبنای احتمال عدم صحت عقد فضولی بعد از لحوق اجازه این است که مجیز در هنگام عقد اهلیت برای اجازه نداشته باشد و جایز التصرف نباشد. لذا اینجا که مرحوم سید احتمال عدم صحت حتی بعد از لحوق اجازه را مطرح کرده‌اند، به خاطر نبود این

شرط است؛ چون این دختر در هنگامی که پدرش او را به عقد دیگری در می آورده و آن عقد مشتمل بر مفسده بوده، اهلیت اجازه نداشته است؛ لذا بعد از بلوغ هم نمی تواند آن عقد را اجازه کند تا عقد نافذ شود. پس رأساً چنین عقدی باطل است. این مبنای احتمال عدم صحت است؛ یعنی اگر ما آن شرط را بپذیریم و بگوییم چنین شرطی در صحت عقد فضولی لازم است، قهراً اینجا باید قائل به عدم صحت شویم.

بررسی احتمال عدم صحت

این احتمال ضعیف است و لذا امام در متن تحریر به این احتمال اشاره نکرده است. اما چرا این احتمال ضعیف است؟ چون چنین شرطی مورد قبول نیست؛ مشهور به این شرط معتقد نیستند؛ دلیلی بر اینکه مجیز در حال صدور عقد باید اهلیت اجازه داشته باشد، وجود ندارد. همین که مجیز در هنگام اجازه اهلیت داشته باشد، کافی است. فرض کنید عقد دو سال پیش واقع شده و آن موقع اهلیت اجازه نداشت؛ حالا یا صغیر بود یا مجنون یا به هر علت دیگر؛ الان بعد از دو سال می خواهد اجازه کند و هنگام اجازه هم اهلیت دارد و بالغ شده است؛ همین برای صحت عقد فضولی کافی است. چون در صحت عقد فضولی صرفاً تصحیح انتساب کافی است؛ اینکه این عقد با اجازه منتسب به این شخص شود. چون این شرط برخلاف اطلاق ادله است.

کلام محقق خویی

مرحوم آقای خویی در اینجا فرموده که صحت عقد فضولی بعد لحوق اجازه بر طبق قاعده است نه مستفاد از روایات؛ چون گفتیم ما با دو وجه می توان صحت عقد فضولی را بعد از لحوق اجازه تصحیح کرد؛ یا بگوییم این علی القاعده است یا بگوییم درست است برخلاف قاعده است، ولی روایاتی وارد شده که ما را متعبد به صحت چنین عقدی می کند. مرحوم آقای خویی فرموده اند اینکه عقد فضولی با اجازه لاحق صحیح باشد، این مطابق قاعده است؛ یعنی قواعد اقتضا می کند که این عقد صحیح باشد. چون اگر عقدی از ناحیه غیر مالک یا من له الحق صادر شود، تنها مشکلی که این است که غیر است؛ یعنی مثلاً مالک این مال را فروخته بلکه دیگری آن را فروخته است؛ و الا این عقد از جهات دیگر مشکلی ندارد. تنها مشکل آن است که این عقد منتسب به اصیل نیست بلکه منتسب به غیر است. وقتی که اصیل عقد را اجازه می کند، معنایش آن است که این عقد که در فلان زمان واقع شده، منتسب به من است. درست است تا حالا پا در هوا بود؛ کسی این عقد را منعقد کرده بود که نسبتی با این مال نداشت. این معلق و مراعی بود؛ الان که اجازه صادر می شود، این موجب انتساب آن حقیقت اعتباری به مالک می شود؛ نسبت آن را با خودش می پذیرد. لذا کأن این عقد از همان زمان وقوع عقد، عقد خود او محسوب می شود. لذا چرا ما این را واجب الوفا ندانیم؟ چه مانعی در برابر شمول «اوفوا بالعقود» نسبت به این عقد وجود دارد؟ همه چیز آن تمام است؛ بنابراین «اوفوا بالعقود» اقتضا می کند که این عقد صحیح و نافذ باشد.

پس به نظر مرحوم آقای خویی، این عقد با اجازه لاحق می تواند صحیح شود و اینکه احتمال عدم صحت بدویم، قابل قبول نیست. مهم این است که این دختر وقتی به بلوغ می رسد، اهلیت اجازه دارد، جایز التصرف است؛ وقتی اجازه کند، انتساب آن عقد به خودش محقق می شود. پس مشکلی وجود ندارد و نمی توانیم حکم به بطلان عقد کنیم.

نعم، ایشان می گوید اگر مبنای صحت عقد فضولی بعد از اجازه را روایات بدانیم، اینجا حق با مرحوم سید است؛ یعنی اگر بگوییم به استناد روایات عقد فضولی به سبب اجازه صحیح شده، حق با مرحوم سید است. چون روایات ناظر به صورتی است که مجیز در حال عقد اهلیت اجازه داشته باشد و از آنجا که این روایات برخلاف قاعده و تعبداً چنین عقدی را برای ما نافذ دانسته، ما باید به همان مقداری که برخلاف قاعده صحیح دانسته شده، اکتفا کنیم و این تنها مربوط به صورتی است که مجیز در حال عقد

اهلیت داشته است. لذا اگر جایی مجیز در حال عقد، اهلیت نداشته باشد نمی‌توانیم صحت این عقد را بعد از لحوق اجازه ثابت کنیم. چون هر جایی که روایات برخلاف قاعده حکمی را ثابت کنند، باید به قدر متیقن اکتفا کنیم و اینجا چنین است. پس اشکال مرحوم آقای خویی این است که به طور کلی این مبنا درست نیست که در حال عقد باید مجیز اهلیت اجازه داشته باشد؛ چون قاعده اقتضا می‌کند که عقد فضولی با اجازه مجیز تصحیح و نافذ شود. فرقی هم نمی‌کند که مجیز در حین عقد اهلیت داشته باشد یا نه. لذا ایشان در اصل مبنا اشکال می‌کند و می‌گویند با توجه به اینکه صحت عقد فضولی علی‌القاعده است، وجهی برای آن شرط نیست. بله، اگر ما وجه صحت عقد فضولی بعد از لحوق اجازه را روایات بدانیم، مقتضای روایات این است که تنها در صورتی که مجیز اهلیت برای اجازه در زمان عقد داشته باشد، این عقد صحیح شود. یعنی در این صورت حق با مرحوم سید است؛ چون روایات ناظر به صورتی است که مجیز در حال عقد، اهلیت برای اجازه داشته باشد.

پس سیر بحث این شد: ۱. مبنای احتمال عدم صحت چیست؟ پذیرفتن یک مبنا و قائل شدن به یک شرط و آن اینکه مجیز در حال عقد اهلیت برای اجازه داشته باشد. لذا چون این دختر هنوز بالغ نشده و در حال عقد اهلیت نداشته، پس با اجازه بعدی هم این عقد درست نمی‌شود. این مبنای احتمال عدم صحت است. اشکال آن این است که اساساً این مبنا باطل است و قابل قبول نیست. اما مرحوم آقای خویی می‌گویند این مبنا قابل قبول نیست، چون قاعده اقتضا می‌کند که این عقد صحیح باشد؛ لکن اگر ما دلیل صحت عقد فضولی بعد از لحوق اجازه را روایات بدانیم، در این صورت حق با مرحوم سید است.^۱

بررسی کلام محقق خویی

اما به نظر می‌رسد این سخن مرحوم آقای خویی تمام نیست؛ ایشان دو ادعا دارد. یک ادعا این است که صحت عقد فضولی بعد از لحوق الاجازة علی وفق القاعدة است؛ این حرف ایشان درست است و ما با این حرف ایشان کاری نداریم.

ادعای دوم ایشان این است که اگر صحت عقد فضولی بعد از لحوق الاجازة مستند به روایات باشد، روایات این شرط را برای ما ثابت می‌کند که مجیز باید در حال عقد وجود داشته باشد، اهلیت داشته باشد، جایز التصرف باشد. لکن این ادعا تمام نیست. مرحوم آقای حکیم می‌گوید اساساً ادله و روایات از این جهت اطلاق دارند؛ برخلاف آقای خویی که می‌گوید روایات ناظر به فرض وجود مجیز و اهلیت او برای اجازه حین العقد است، مرحوم آقای حکیم می‌گوید ادله اطلاق دارد. به طور کلی اجازه لاحقه می‌تواند عقد فضولی را تصحیح کند و اساساً شرط وجود مجیز یا اهلیت او برای اجازه، لازم نیست. عبارت ایشان این است: «لکن اشتراط ذلك خلاف اطلاق الأدلة»^۲؛ اشتراط اینکه مجیز در حال عقد جایز التصرف باشد و اهلیت برای اجازه داشته باشد، برخلاف اطلاق ادله است. یکی از ادله، روایات است؛ ایشان معتقد است روایات مطلق است و مربوط به خصوص اهلیت داشتن مجیز و وجود او در حال اجازه نیست. این را مرحوم آقای حکیم فرموده و حق هم با ایشان است.

اما ادعای آقای خویی درست نیست؛ چون در روایات هم مواردی وجود دارد که با اینکه مجیز اهلیت نداشته، اما حکم به صحت شده است. یک روایت را برای شما نقل می‌کنم. این روایت به تنهایی برای خدشه در سخن مرحوم آقای خویی کافی است. در این روایت دقت کنید که آیا از آن حرف آقای خویی استفاده می‌شود یا حرف آقای حکیم. حرف آقای خویی این است که روایات ناظر به آنجایی است که مجیز در حال عقد اهلیت برای اجازه داشته اما آقای حکیم می‌گویند این مطلق است.

۱. کتاب النکاح، ج ۳۳ موسوعه، ص ۲۳۰.

۲. مستمسک، ج ۱۴، ص ۴۵۶.

روایت ابو عبیده حذاء: «سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ (ع) عَنْ غُلَامٍ وَ جَارِيَةٍ زَوَّجَهُمَا وَلَيَّانَ لَهُمَا وَ هُمَا غَيْرُ مُدْرِكَيْنِ»، یک دختر بچه و یک پسر بچه توسط ولی آنها به یکدیگر تزویج شدند و هر دو غیر بالغ بودند؛ «فَقَالَ النِّكَاحُ جَائِزٌ وَ أَيُّهُمَا أَدْرَكَ كَانَ لَهُ الْخِيَارُ»، نکاح صحیح است اما قابل فسخ است؛ «وَ إِنْ مَاتَا قَبْلَ أَنْ يُدْرِكَ فَلَا مِيرَاثَ بَيْنَهُمَا وَ لَا مَهْرَ إِلَّا أَنْ يَكُونَا قَدْ أَدْرَكَا وَ رَضِيََا قُلْتُ فَإِنْ أَدْرَكَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْآخَرِ قَالَ يَجُوزُ ذَلِكَ عَلَيْهِ إِنْ هُوَ رَضِيَ قُلْتُ فَإِنْ كَانَ الرَّجُلُ الَّذِي أَدْرَكَ قَبْلَ الْجَارِيَةِ وَ رَضِيََا بِالنِّكَاحِ ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ أَنْ تُدْرِكَ الْجَارِيَةُ أَوْ تَرْتُهُ قَالَ نَعَمْ يُعْزَلُ مِيرَاثُهَا مِنْهُ حَتَّى تُدْرِكَ فَتَحْلِفَ بِاللَّهِ مَا دَعَاهَا إِلَى اخْذِ الْمِيرَاثِ إِلَّا رِضَاهَا بِالتَّزْوِيجِ ثُمَّ يُدْفَعُ إِلَيْهَا الْمِيرَاثُ وَ نِصْفُ الْمَهْرِ قُلْتُ فَإِنْ مَاتَتِ الْجَارِيَةُ وَ لَمْ تَكُنْ أَدْرَكَتْ أَوْ يَرِثُهَا الزَّوْجُ الْمُدْرِكُ قَالَ لَا لِأَنَّ لَهَا الْخِيَارَ إِذَا أَدْرَكَتْ قُلْتُ فَإِنْ كَانَ أَبُوهَا هُوَ الَّذِي زَوَّجَهَا قَبْلَ أَنْ تُدْرِكَ قَالَ يَجُوزُ عَلَيْهَا تَزْوِيجُ الْأَبِ وَ يَجُوزُ عَلَى الْغُلَامِ وَ الْمَهْرُ عَلَى الْأَبِ لِلْجَارِيَةِ»^۱ درست است بحث عقد فضولی نیست، اما ولی این دو آنها را به یکدیگر تزویج کرده‌اند، اما آیا آنها هنگام عقد اهلیت اجازه داشته‌اند یا نه؟ نداشته‌اند، چون هر دو غیر بالغ بوده‌اند. امام (ع) فرموده صحیح است، منتها هر کدام از آنها که بالغ شد، کان له الخيار. این روایت ناظر به آنجایی است که مجیز در حال عقد اهلیت دارد؛ اینکه مرحوم آقای خویی می‌گوید اگر ما از روایات صحت عقد فضولی بعد الاجازه را استفاده کنیم، آنها همه ناظر به فرضی است که مجیز در حال عقد اهلیت داشته باشد، در حالی که در این روایت معلوم است که اهلیت اجازه وجود ندارد؛ روایات دیگری هم اینجا هست که فرصت نیست آن را بخوانیم.

نتیجه بحث در مقام اول

فتحصل مما ذكرنا كله که احتمالی که مرحوم سید در عروه ذکر کرده‌اند مبنی بر عدم الصحة حتی مع لحوق الاجازه، این احتمال باطل و ضعیف است؛ به همین جهت امام (ره) در متن تحریر هیچ اشاره‌ای به این احتمال نکرده است. یک قسمت از مسئله چهارم باقی مانده که همان مقام دوم بحث ماست؛ ما گفتیم در مسئله چهارم، در دو مقام بحث می‌کنیم. چون این مسئله متضمن بحث از اشتراط دو چیز است؛ در مقام اول، بحث از اشتراط عدم مفسده بود؛ اینکه اگر پدر و جد ولایت داشته باشند، این ولایت مشروط به عدم المفسده است یا نه. نتیجه این شد که این شرط وجود دارد و دلایلی بر آن دلالت دارد. نتیجه این اشتراط آن است که اگر پدر یا جد دختر نابالغ خودش را به زوجیت کسی دریاورد که برای او مفسده دارد، این دختر می‌تواند بعد البلوغ این عقد را اجازه نکند. احتمال عدم صحت هم که مرحوم سید فرموده بود، رد شد.

بحث جلسه آینده

مقام دوم درباره اعتبار مصلحت است؛ حالا که معلوم شد صحت این عقد منوط به عدم المفسده است. اما آیا وجود مصلحت هم شرط است یا نه؟ چون یک وقت ممکن است یک عقدی نه مصلحت داشته باشد و نه مفسده؛ معلوم شد که نباید مفسده داشته باشد. اما بالاتر از این، آیا ولایت پدر مشروط به مصلحت هم است یا نه؟ به عبارت دیگر، صحت عقد ولی و نفوذ آن منوط به این است که این عقد واجد مصلحت باشد به نحوی که اگر مصلحت نباشد، یكون العقد فضولياً. پس این یک شرط دیگر و یک مرحله بالاتر است که در جلسه آینده بررسی می‌شود.

«والحمد لله رب العالمين»

۱. کافی، ج ۵، ص ۴۰۱، ح ۴؛ وسائل الشیعه، ج ۲۶، ص ۲۱۹، ح ۱.