



درس خارج فقه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

موضوع کلی: نکاح - فصل فی اولیاء العقد

تاریخ: ۲۶ مهر ۱۴۰۴

مصادف با: ۲۵ ربیع الثانی ۱۴۴۷

موضوع جزئی: مسئله ۵ - مقام اول: بررسی ثبوت خیار برای صغیره - ادله عدم ثبوت خیار -

دلیل دوم: روایات - دسته سوم روایات - روایت پنجم - محصل دلیل دوم - دلیل سوم: استصحاب - بررسی دلیل سوم -

اشکال اول - اشکال دوم - اشکال سوم و پاسخ آن - ادله ثبوت خیار (روایات معارض) - روایت اول

جلسه: ۱۵

سال هشتم

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

خلاصه جلسه گذشته

بحث در ادله عدم ثبوت خیار برای صغیره بود؛ به این بیان که اگر صغیره در دوران صغر توسط ولیّ به تزویج دیگری در آید، آیا بعد البلوغ حق فسخ این عقد را دارد یا نه؛ به عبارت دیگر آیا این عقد لازم است یا خیر؟ عرض کردیم به چند دلیل برای اثبات لزوم این نکاح تمسک شده است؛ دلیل اول، اجماع بود که مورد خدشه قرار گرفت؛ دلیل دوم، روایات بود که عرض کردیم چند روایت مورد استناد قرار گرفته است. چهار روایت را نقل کردیم و تقریب استدلال به آنها بیان شد.

روایت پنجم

یک روایت دیگر باقی مانده و آن هم روایتی است که در دعائم الاسلام از امیرالمؤمنین (ع) نقل شده است: «تَزْوِیجُ الْآبَاءِ جَائِزٌ عَلَى الْبَنِّینَ وَ الْبَنَاتِ إِذَا کَانُوا صِغَارًا وَ لَیْسَ لَهُمْ خِیَارٌ إِذَا کَبُرُوا».^۱ براساس این روایت، تزویج دختران و پسران در حالی که صغیر هستند، توسط پدران جایز است و آنها هنگامی که از صغر سن خارج و بالغ شوند، خیار ندارند. این روایت از نظر دلالت صریح در جواز است؛ چون تعبیر «لیس لهم خیار» به کار برده است؛ به صراحت می‌فرماید اینها زمانی که به بلوغ برسند، اختیاری برای بهم زدن این نکاح ندارند. مشکل در سند این روایت است؛ این روایت از نظر سندی ضعیف است و پذیرفتنی نیست. لذا این روایت به درد استدلال نمی‌خورد.

محصل دلیل دوم

به هر حال محصل دلیل دوم یعنی روایات، این است که ما روایاتی که سنداً و دلالتاً تمام باشند داریم که به استناد آنها بگوییم عقد دختر در دوران صغر سن توسط جد و پدر لازم است و او نمی‌تواند بعد از بالغ شدن، عقد را بهم بزند.

دلیل سوم: استصحاب

دلیل سوم در مسئله، استصحاب است. شهید ثانی در مسالک^۲ برای اثبات لزوم این عقد به استصحاب تمسک کرده است؛ او ابتداءً اصل صحت عقد را با عمومات و اطلاقات اثبات کرده و در مرحله بعد، لزوم را با استصحاب اثبات کرده است. تقریب استصحاب این است که این عقد یقیناً صحیحاً واقع شده است؛ بعد از بلوغ شک می‌کنیم که آیا آن عقد باقی است یا نه، استصحاب بقاء عقد می‌کنیم. پس یقین سابق متعلق به صحت فعلی عقد است؛ خیار را چگونه می‌توانیم استصحاب کنیم؟

سؤال:

۱. دعائم الاسلام، ج ۲، ص ۲۱۸، ح ۸۱۱؛ مستدرک الوسائل، ج ۱۴، ص ۳۱۷، ح ۲.

۲. مسالک، ج ۷، ص ۱۱۸.

استاد: آن موقع که قطعاً خیار نداشته است ... در زمانی که این عقد واقع شده، یقین به خیار دارید که الان شک کرده باشید؟ آن موقع عقد واقع شده و اصلاً در حدی نبوده که اختیار داشته باشد. پدر یا جد، عقد را واقع کرده و صحیحاً هم واقع شده است؛ این هم براساس ولایتی که برای پدر ثابت بوده انجام شده و لذا صحیح واقع شده است. الان بعد از بلوغ شک می‌کنیم آیا آن عقد کماکان به قوت خودش باقی است یا متزلزل شده است؛ بدین معنا که این دختر بعد از بلوغ می‌تواند آن را بهم بزند. استصحاب می‌کنیم بقاء عقد را بعد از بلوغ؛ البته این استدلال و تمسک به استصحاب، هم در مورد صغیره و هم در مورد صغیر قابل استناد است؛ به بیان شهید ثانی، این می‌تواند در هر دو استناد قرار بگیرد.

بررسی دلیل سوم

باید ببینیم آیا این دلیل قابل قبول است یا نه. چند اشکال به این دلیل وارد می‌شود.

اشکال اول

یک اشکال صغروی می‌توانیم نسبت به این استصحاب وارد کنیم و آن اینکه متیقن ما صحت عقد است؛ آن موقع هم لزوم ثابت نیست؛ چون اساساً بحث در این است که آیا بعد از بلوغ دختر حق بهم زدن این عقد را دارد یا نه؛ یعنی عقد بعد از بلوغ جایز است یا نه. آنچه که متعلق یقین بوده، صحت عقد است؛ اگر بگوییم این عقد صحیحاً واقع شده و در آن زمان لازم بوده و تا زمانی که او بالغ نشده لزوم دارد؛ چون ولیّ او را تزویج کرده و تزویج او لازم بوده، اما الان شک می‌کنیم لزوم از بین رفته یا نه، استصحاب بقاء لزوم می‌کنیم. اگر این اصل به این نحو تقریب شود، صورت استدلال درست می‌شود؛ ارکان استصحاب موجود است و از نظر یقین سابق و شک لاحق مشکلی ندارد. لکن این مطلب که لزوم عقد همان زمان محقق شده و بعداً مبدل به جواز شده، این جای تأمل دارد. وقتی می‌گوییم این عقد توسط دختر می‌تواند فسخ شود، یعنی از اول این عقد جایز بوده؛ منتها زمان اعمال خیار بعد از بلوغ است. این مهم است که ما جواز و لزوم را نسبت به عقد در چه زمانی تصویر کنیم؛ ظاهر استدلال این است که آن موقع صحیحاً واقع شده و الان هم استصحاب بقاء عقد را می‌کنند؛ در حالی که ما باید لزوم را در آن دوره ثابت کنیم و الان هم آن را استصحاب کنیم. این مسئله خیلی روشن نیست و مبهم است؛ لذا از نظر صغروی، این استصحاب گرفتار اشکال است.

سؤال:

استاد: به خاطر اینکه این دختر در دوران صغر به تزویج دیگری در آمده و الان که بالغ شده، بحث در این است آیا باید به همان رضایت بدهد یا می‌تواند آن را بهم بزند ... کسانی که به لزوم استناد می‌کنند، ... ما در ضمن بیان اقوال این را ذکر کردیم که کسانی که می‌گویند ولیّ ولایت دارد و ولایت او را می‌پذیرند، می‌گویند ولیّ جانشین خود مولیّ علیه است؛ اگر مولیّ علیه این عقد را صورت داده بود، حق داشت آن را بهم بزند یا نه؟ پس ولیّ هم نمی‌تواند آن را بهم بزند. اگر به خاطر داشته باشید، عرض کردیم بحثی هست که آیا لزوم این نکاح علی القاعده است یا برخلاف قاعده؟ عده‌ای نظرشان این است که اساساً لزوم این نکاح بر طبق قواعد است؛ ولی عده‌ای در این مسئله بحث دارند که آیا عقد ولیّ همان عقد مولیّ علیه است یا براساس مصلحت‌ها او را تزویج می‌کند و این عقد صحیح است، ولی جایز است و دختر می‌تواند بعد از بلوغ این را بهم بزند؟ ...

اشکال دوم

اشکال دوم، یک اشکال کبروی است؛ بر فرض از نظر تحقق ارکان استصحاب، این عقد مشکلی نداشته باشد؛ مسئله و مشکل اصلی این است که این شبهه حکمیه است و استصحاب در شبهات حکمیه جاری نمی‌شود. البته این یک اختلاف مبنایی است

که آیا استصحاب فقط در شبهات موضوعیه جاری می‌شود یا در شبهات حکمیه هم جاری می‌شود؛ بسیاری بر این عقده‌اند که استصحاب در شبهات حکمیه جاری نمی‌شود و مانحن فیه شبهه حکمیه است؛ چون ما شک داریم در لزوم عقد بعد از بلوغ دختر. لذا یک اشکال مبنایی است و اینکه استصحاب در شبهات حکمیه هم جاری می‌شود یا نه، به محل خودش باید رجوع شود.

اشکال سوم

اشکال سوم این است که اصل در صورتی جریان پیدا می‌کند که دلیل وجود نداشته باشد؛ الاصل دلیلٌ حیث لا دلیل. وقتی ما اینجا دلیل و روایات متعدد داریم (حالا یا بر لزوم یا بر جواز؛ چون روایات دال بر لزوم معارض هم دارند که بعداً اشاره خواهیم کرد)، دیگر نوبت به استصحاب نمی‌رسد. بله، اگر کسی آن ادله را ناکافی بداند، می‌تواند با استصحاب آن را ثابت کند.

پاسخ

البته از این اشکال می‌توان پاسخ داد؛ یعنی قائلین به لزوم نکاح می‌توانند بگویند ما استصحاب را به عنوان مؤید ذکر کردیم نه دلیل؛ یعنی گفتیم آن روایاتی که لزوم عقد را ثابت کرده، می‌تواند با استصحاب هم تأیید شود.

جمع‌بندی ادله عدم خیار

علی‌أیحال از مجموع ادله لزوم عقد نکاح صغیره توسط جد، به برخی روایاتی که سنداً و دلالتاً تمام هستند، می‌توانیم استناد کنیم و بگوییم اینها دلالت بر لزوم دارند. ما دلیل اول و سوم (اجماع و استصحاب) را نپذیرفتیم و اشکال کردیم؛ عمده دلیل قائلین به لزوم عقد هم روایاتی است که ملاحظه فرمودید.

ادله ثبوت خیار (روایات معارض)

در مقابل این روایات، روایاتی داریم که دال بر جواز است؛ یعنی نفی می‌کند لزوم را از چنین نکاحی؛ این روایات را باید بخوانیم و ببینیم چگونه می‌توانیم بین این دو دسته روایات جمع کنیم.

خوب دقت کنید! اجتهاد در پرتو همین مثال‌ها تحقق پیدا می‌کند؛ اینها تمرین‌هایی است که شما می‌توانید راه و رسم اجتهاد و استنباط را از آنها کشف کنید. اجتهاد چیزی نیست که جداگانه و بعد از مطالعه و آموزش مختصر، قابل تحصیل باشد؛ از همین فروع و کیفیت مواجهه فقها با روایات متعارض و جمع بین روایات، کم‌کم قوه اجتهاد در انسان پدید می‌آید. اینجا روایاتی داریم که عدم لزوم از آنها استفاده می‌شود.

روایت اول

روایت اول، روایت ابوعبیده حذاء است. این روایت را قبلاً هم خوانده‌ایم؛ اگر به خاطر داشته باشید، همان‌جا عرض کردیم که صدر این روایت ظهور در عدم لزوم دارد؛ اما آن را جزء روایات دال بر لزوم نقل کرده‌اند. روایت طولانی است و من همه آن را نمی‌خوانم؛ صدر روایت این است: «سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ (ع) عَنْ غُلَامٍ وَ جَارِيَةٍ زَوَّجَهُمَا وَلَيَّانٍ لَهُمَا وَ هُمَا غَيْرُ مُدْرِكَيْنِ فَقَالَ النِّكَاحُ جَائِزٌ وَ أَيُّهُمَا أَدْرَكَ كَانَ لَهُ الْخِيَارُ وَ إِنْ مَاتَا قَبْلَ أَنْ يُدْرِكََا فَلَا مِيرَاثَ بَيْنَهُمَا وَ لَا مَهْرٌ...». صدر این روایت دال بر عدم لزوم است؛ می‌گوید: من از امام باقر (ع) سؤال کردم درباره پسر و دختری که ولی آنها، این دو را به یکدیگر تزویج کرده و هر دو غیر بالغ بوده‌اند؛ بالاخره تکلیف نکاح آنها چه می‌شود؟ امام (ع) فرمود: این نکاح جایز است؛ هر کدام بالغ شود، خیار برای او ثابت است. این جمله خیلی روشن دلالت بر جواز می‌کند.

ممکن است کسی به استناد صدر این روایت بگوید که این روایت صدرأ معارض با روایات دال بر لزوم است. البته اگر به خاطر

داشته باشید، در ذیل روایت جمله‌ای آمده که دال بر لزوم است؛ آن جمله این بود: «قُلْتُ فَإِنْ كَانَ أَبُوْهَا هُوَ الَّذِي زَوَّجَهَا قَبْلَ أَنْ تُدْرِكَ قَالَ يَجُوزُ عَلَيْهَا تَزْوِيجُ الْأَبِ وَ يَجُوزُ عَلَى الْغُلَامِ وَ الْمَهْرُ عَلَى الْأَبِ لِلْجَارِيَةِ»؛ امام(ع) فرمود: تزویج این دختر توسط پدر درست است؛ یجوز در اینجا به معنای صحت و نفوذ است؛ یعنی این عقد صحیح و نافذ است و مهریه به گردن پدر است؛ اینکه می‌گویند مهریه به گردن پدر است، این ظهور در لزوم دارد؛ و الا چرا می‌فرماید «المهر على الأب»؟ به استناد این ذیل، روایت دال بر لزوم است.

بررسی روایت اول

اشکالی که قبلاً هم گفتیم، این بود که چطور ممکن است صدر روایت ظهور در جواز داشته باشد اما ذیل آن دال بر لزوم باشد؟ سند روایت هم خوب است و اشکالی از حیث سند ندارد. آنجا عرض کردیم که پاسخ به این اشکال این است که منظور از لفظ «ولیان لهما» در صدر روایت، پدر و جد نیستند، بلکه منظور اولیاء عرفی است نه شرعی. اولیاء عرفی یعنی عمو و دایی و برادر؛ مخصوصاً در آن زمان، از دید عرف عمو و دایی و برادر ولایت داشتند و اختیاردار بودند. امام(ع) که فرموده «النکاح جائز»، در واقع می‌خواهد بگوید اگر دختری یا پسری توسط ولیّ عرفی مثل عمو و دایی و برادر به یکدیگر تزویج شوند، این عقد فضولی محسوب می‌شود و از اساس معلق بر اجازه و امضاء این دو نفر است. لذا «ولیان» شامل پدر و جد نمی‌شود. اگر ما این توجیه را بپذیریم، این روایت از روایات دال بر جواز محسوب نمی‌شود.

به هر حال اگر ما بخواهیم هم صدر و هم ذیل روایت را بپذیریم که هر دو از امام(ع) صادر شده، راهی جز این نیست که صدر روایت را اینطور توجیه کنیم، یا بگوییم به جهت تهافتی که بین صدر و ذیل است، این روایت را کنار بگذاریم و بگوییم علم آن را به اهلش باید برگرداند. ذیل را نمی‌شود توجیه کرد؛ می‌گویند پدر حق داشته این کار را بکند و مهر هم بر گردن پدر دختر است. اما همانطور که عرض شد، می‌توان صدر روایت را حمل بر ولیّ عرفی کرد و اینکه شامل پدر و جد نمی‌شود. بنابراین روایت اول دلالت بر جواز نمی‌کند؛ چون موضوع بحث ما تزویج پدر و جد است، نه ولیّ عرفی مثل برادر و دایی؛ پس به بحث ما ارتباطی پیدا نمی‌کند.

«والحمد لله رب العالمین»