



تقریرات دروس خارج فقه

حضرت آیت الله سید محمد رضا مدرسّی طباطبایی یزدی (دامت برکاته)

سال تحصیلی ۹۵-۱۳۹۴

جلسه بیست و دوم؛ دوشنبه ۱۳۹۴/۸/۲۵

آیا در نکاح و طلاق، اثباتاً لازم است که طرفین معین شوند؟

همان‌طور که بیان کردیم در بیع و سایر عقود، شرط است که در عالم ثبوت قصد کنند که عقد از جانب چه کسی واقع می‌شود، پس در عقد نکاح هم شرط است که طرفین قصد کنند چه کسی زوج و چه کسی زوجه است و بدون قصد اصلاً نکاح محقق نمی‌شود، اما آیا در مقام اثبات هم لازم است که در لفظ ابراز کنند که طرفین نکاح کیست؟

عرض می‌کنیم ابراز به لفظ لازم نیست، بلکه به نظر می‌رسد با فرض تعیین واقعی لازم نیست موجب و قابل بدانند که طرف مقابل کیست؛ بلکه اگر بعداً برای متعاقدین معلوم شد که در قصد موجب، فلان فرد معین زوج و فلان فرد معین زوجه بوده است، کافی است گرچه خلاف احتیاط است. کما این‌که اگر ایجاب از حیث قابل مبهم باشد و قابل با قصد فرد معین قبول کند، بعید نیست در عقد نکاح هم همچون عقد بیع، صحت آن را بپذیریم گرچه احتیاط در این‌جا اشدّ است، کما این‌که احتیاط نیز در ذکر طرفین عقد نکاح است ولو به نحو اجمال.^۱

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۳۰۴:

و قد یقال فی الفرق بین البیع و شبهه و بین النکاح: إنّ الزوجین فی النکاح کالعوضین فی سائر العقود، و یختلف الأغراض باختلافهما، فلا بدّ من التعیین و توارد الإیجاب و القبول علی أمر واحد، و لأنّ معنی قوله: «بعتک کذا بكذا» رضاه بکونه مشتریاً للمال المبیع، و المشتري یطلق علی المالك و وکیله، و معنی قولها: «زوجتک نفسی» رضاها بکونه زوجاً، و الزوج لا یطلق علی الوکیل، انتهى.

و یرد علی الوجه الأوّل من وجهی الفرق: أنّ کون الزوجین کالعوضین إنّما یصحّ وجهاً لوجوب التعیین فی النکاح، لا لعدم وجوبه فی البیع؛ مع أنّ الظاهر أنّ ما ذکرنا من الوقف و إخوته کالنکاح فی عدم جواز قصد القابل القبول فیها علی وجه الثیابة أو الفضولی، فلا بدّ من وجه مطرد فی الكلّ. و علی الوجه الثانی: أنّ معنی «بعتک» فی لغة العرب کما نصّ علیه فخر المحققین و غیره هو ملکتنک بعوض، و معناه جعل المخاطب مالکاً،

طلاق نیز چنین می‌باشد و طلاق مبهم صحیح نیست؛ یعنی کسی که چند تا زوجه دارد اگر زوجه‌ی خاصی را قصد نکند و مبهماً بگوید «طلقتُ احدی زوجاتی»، این طلاق صحیح نیست و واقع نمی‌شود. و این که بعداً یکی از زوجات را معین کند، این هم عرفاً طلاق نیست و تعیین بعدی نمی‌تواند طلاق سابق را اثبات کند. خودش هم نمی‌تواند طلاق باشد؛ چراکه با روایاتی که بیان می‌کند در طلاق، صیغه‌ی خاصی شرط است سازگاری ندارد.

استثناء یک مورد از عدم صحّت انشاء مبهم

ظاهراً فقط یک مورد وجود دارد که ابهام، تعبداً موجب بطلان نمی‌شود و آن به نوعی در مسأله‌ی عتق است. اگر کسی نذر کند یا قسم بخورد که «اولین عبدی را که مالک شوم، آزاد می‌کنم»، و مقصودش آن باشد هر چند چند عبد در آن واحد مالک شوم، و بعداً در آن واحد چند عبد داخل در ملک او شود - مثلاً مورث فوت می‌کند و تمام اموالش از جمله عبید و إمائی که دارد به او برسد - در این جا با این که انشاء مبهم است و فی نفسه چنین نذری منعقد نمی‌شود؛ چراکه اوّل بودن در این جا نسبت به هیچ کدام از عبید یا إماء معنا ندارد و همه در آن واحد داخل ملک او شده‌اند، اما با این حال روایاتی وجود دارد که بیان می‌کند چنین نذر یا قسمی صحیح است و با قرعه، یکی از عبید را معین کرده و آزاد می‌کند.

صاحب وسائل^{علیه السلام} این روایات را در بابی به نام «بابُ أَنْ مَنْ نَذَرَ عِتْقَ أَوَّلِ مَمْلُوكٍ يَمْلِكُهُ فَمَلَكَ مَمَالِكًا دَفْعَةً اسْتَخْرَجَ وَاحِدًا بِالْقُرْعَةِ فَأَعْتَقَهُ...» ذکر کرده که ما روایت اوّل این باب را می‌خوانیم:

- صحیح‌ه‌ی حلبی:

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنِ حَمَادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنِ

و من المعلوم أنّ المالک لا یصدق علی الولیّ و الوکیل و الفضولی.

فالأولی فی الفرق ما ذکرنا من أنّ الغالب فی البیع و الإجارة هو قصد المخاطب لا من حیث هو، بل بالاعتبار الأعمّ من کونه أصالة أو عن الغیر، و لا ینافی ذلك عدم سماع قول المشتري فی دعوی کونه غیر أصیل فتأمل بخلاف النکاح و ما أشبهه؛ فإنّ الغالب قصد المتکلم للمخاطب من حیث إنّ رکن للعقد، بل ربما یستشکل فی صحّة أن یراد من القرینة المخاطب من حیث قیامه مقام الأویل، كما لو قال: «زوجتک» مریداً له باعتبار کونه وکیلاً عن الزوج، و کذا قوله: «وقفت علیک» و «أوصیت لک» و «وکلتک»، و لعلّ الوجه عدم تعارف صدق هذه العنوانات علی الوکیل فیها، فلا یقال للوکیل: الزوج، و لا الموقوف علیه، و لا الموصی له، و لا الوکیل، بخلاف البائع و المستأجر، فتأمل؛ حتّى لا یتوهم رجوعه إلی ما ذکرنا سابقاً و اعترضنا علیه.

۱. تهذیب الأحکام، المشیخة، ص ۶۳:

و ما ذکرته فی هذا الكتاب عن الحسين بن سعيد فقد اخبرني به الشيخ ابو عبد الله محمد بن محمد بن النعمان و الحسين بن عبید الله و احمد بن عبیدون کلهم عن احمد بن محمد بن الحسن بن الولید عن ابيه محمد بن الحسن بن الولید و اخبرني به أيضا ابو الحسين ابی جید القمی

أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي رَجُلٍ قَالَ: أَوْلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فَهُوَ حُرٌّ فَوَرِّثَ سَبْعَةً جَمِيعًا قَالَ: يُقْرِعُ بَيْنَهُمْ وَ يُعْتِقُ الَّذِي قُرِعَ.^۱

این روایت را شیخ طوسی رحمته الله با سند صحیح خود از الحسین بن سعید ثقه نقل می‌کند. باقی روایت هم از اجلاء و ثقات می‌باشند. پس روایت از لحاظ سند صحیح است.

حلی می‌گوید امام صادق علیه السلام درباره‌ی مردی که چنین گفته بود «اولین مملوکی که مالک شوم، حرّ باشد» و هفت تا عبد با هم مالک شده بود، فرمودند: بین عبید قرعه انداخته می‌شود و عبدی که قرعه به نامش درآمد آزاد می‌شود.

همان‌طور که عرض کردیم عرف، إنشاء مبهم را کافی ندانسته و مصداق عقد یا ایقاع نمی‌داند و آثار بالفعل را هم بر آن مترتب نمی‌کند، پس باید ملتزم شویم چنین نذری هم منعقد نمی‌شود؛ چراکه مبهم است و هیچ‌کدام در فرض مذکور متصف به اول بودن نمی‌شوند، اما روایت می‌فرماید این نذر صحیح است و با قرعه، یک عبد را انتخاب کرده و آزاد می‌کنند.^۲

بنابراین در ما نحن فیه نصّ خاص وجود دارد که نذر عتق مبهم، صحیح است. اما در سایر موارد اگر نصّ خاصی وجود نداشته باشد، عقد یا ایقاعی که مبهم یا در قوه‌ی مبهم باشد، صحیح نیست و اثری بر آن مترتب نمی‌شود. بله، در بعض موارد ممکن است با اجازه‌ی بعدی، صحّت عارض شود، که آن بحث دیگری است [و هر مورد باید به طور جداگانه در جای خود بررسی شود].

عن محمد بن الحسن بن الولید عن الحسین بن الحسن بن ابان عن الحسین بن سعید.

و رواه أيضا محمد بن الحسن بن الولید عن محمد بن الحسن الصفار عن احمد بن محمد عن الحسین بن سعید.

۱. وسائل الشیعة، کتاب العتق، ج ۲۳، باب ۵۷، ح ۱، ص ۹۲ و تهذیب الاحکام، ج ۸، ص ۲۲۵.

۲. ظاهر بدوی عبارت روایت این است که فرد، به نحو شرط نتیجه نذر کرده که اول مملوکم آزاد باشد «أَوْلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فَهُوَ حُرٌّ». اما می‌گوییم چنین نیست و به نحو شرط نتیجه نذر نکرده است؛ چراکه حضرت در جواب می‌فرماید «يُقْرِعُ بَيْنَهُمْ وَ يُعْتِقُ الَّذِي قُرِعَ» یعنی عبدی که قرعه به نامش درآمد را آزاد می‌کنند، در حالی که اگر به نحو نتیجه بود قاعدتاً باید چنین می‌فرمودند «يقْرِعُ بَيْنَهُمْ فَهُوَ حُرٌّ». مضافاً به این‌که روایت دوم این باب صریح در این است که «اعتاق» مراد است؛ چراکه «واحداً» مفعول «يعتق» است.

۳. وسائل الشیعة، کتاب العتق، ج ۲۳، باب ۵۷، ح ۲، ص ۹۲ و تهذیب الاحکام، ج ۸، ص ۲۲۵.

وَ عَنْهُ [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بْنِ إِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ] عَنْ فَضَالَةَ عَنْ أَبَانَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سُلَيْمَانَ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ قَالَ أَوْلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فَهُوَ حُرٌّ فَلَمْ يَلْبَثْ أَنْ مَلَكَ سِتَّةً مِنْهُمْ يُعْتِقُ قَالَ: يُقْرِعُ بَيْنَهُمْ ثُمَّ يُعْتِقُ وَاحِدًا الْحَدِيثَ.

کلام شهید ثانی رحمته الله علیه در عدم تحقق قصد در مُکره و نقد آن

شیخ انصاری^۱ از شهید ثانی رحمته الله علیه نقل می‌کند که ایشان فرموده‌اند مُکره، فاقد قصد است. به جناب علامه و نیز شهید اول رحمته الله علیه هم نسبت داده شده که مُکره و نیز فضولی را فاقد قصد می‌دانند.

اما این کلام شهیدین و مرحوم علامه رحمته الله علیه مورد تأمل شیخ رحمته الله علیه و دیگران قرار گرفته است؛ چراکه اگر مُکره فاقد قصد باشد، اصلاً عقدی از او صادر نشده است، در حالی که خود شهید و دیگران قائلند که مفهوم و مصداق عقد توسط مُکره محقق شده است اما شرط صحّت [که طیب خاطر باشد] مفقود است.

توضیح بیشتر این‌که: همان‌طور که در ابتدای بحث اشتراط قصد توضیح دادیم، قصد دو مرحله دارد؛ یکی «قصد لفظ بما له من المعنی» و دیگری «قصد تحقق جدی آن معنا». و بیان کردیم که انتفاء هر یک از این دو مرحله، موجب انتفاء اصل عقد می‌شود. حال می‌گوییم اگر مراد شهیدین و مرحوم علامه رحمته الله علیه از این‌که می‌فرمایند مُکره فاقد قصد است، این باشد که یکی از این دو مرحله مفقود است، لا محاله باید قائل شویم که مُکره اصلاً عقدی انجام نداده است، در حالی که این مطلب با کلام خود شهیدین و سایر فقهاء و نیز با شواهدی که در مسأله‌ی بعد ذکر خواهیم کرد سازگاری ندارد، از جمله‌ی این شواهد این‌که فقهاء

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۲۹۵:

ثم إنه ربما يقال بعدم تحقق القصد في عقد الفضولي والمكره كما صرح به في المسالك، حيث قال: إنهما قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله. وفيه: أنه لا دليل على اشتراط أزيد من القصد المتحقق في صدق مفهوم العقد؛ مضافاً إلى ما سيجيء في أدلة الفضولي، وأما معنى ما في المسالك فسيأتي في اشتراط الاختيار.

۲. مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج ۳، ص ۱۵۶:

ويمكن أن يقال: إن القصد من المكره حاصل دون من سبق، لأن غير العاقل لا يقصد إلى اللفظ ولا إلى مدلوله، بخلاف المكره، فإنه باعتبار كونه عاقلاً قاصد إلى ما يتلفظ به ويفعله بشعوره، لكنه بالإكراه غير قاصد إلى مدلوله، وذلك كاف في صلاحيته وقبوله للصحة إذا لحقه القصد إلى مدلوله بإجازته.

ومثله القول في عقد الفضولي فإنه قاصد إلى اللفظ الصادر منه، لأن المفروض أهليته وجمعه للشرائط المعبرة في صحة العقد إلا الملك. ولا يتحقق منه قصد مدلوله - أعني نقل الملك والتسليم على التصرف وغيرهما من أحكام العقد - لأن ذلك من وظائف المالك، فإذا أجاز المالك وقصد إلى ذلك صح. ويتفرع عليه ما لو عقد الفضولي في حالة لا يكون فيها أهلاً للقصد إلى اللفظ - كالتائم والسكران والصبي والمجنون - فإن الإجازة اللاحقة له من المالك لا تؤثر. ومن ثم حكموا بأن الولي لو أجاز عقد الصبي لم يصح. وهذا واضح بين.

۳. الدروس الشرعية في فقه الإمامية، ج ۳، ص ۱۹۲:

فقد الصبي باطل وإن أذن له الولي أو أجازته أو بلغ عشرة في الأشهر، وكذا عقد المجنون.

ولا فرق بين عقدهما على مالهما أو غيره بإذن مالكة أو غيره وفي معناه السكران واختيارهما، فعقد المكره باطل، إلا أن يرضى بعد الإكراه. والأقرب أن الرضا كاف فيمن قصد إلى اللفظ دون مدلوله، فلو أكره حتى ارتفع قصده لم يؤثر الرضا كالسكران.

وقد هما، فلا يتعد من الغافل والتائم والساهي والهازل والغالط.

«اختیار» را به عنوان شرط دیگری برای متعاقدين ذکر کرده‌اند؛ یعنی یکی از شرایط متعاقدين قصد است و شرط دیگر اختیار، و اگر این کلام درست باشد که مکره فاقد قصد است، در این صورت باید بیع مکره با شرط اول که لزوم قصد است خارج می‌شد، در حالی که فقهاء با شرط بعدی یعنی لزوم اختیار آن را خارج کرده‌اند و قائل به عدم صحت بیع مکره شده‌اند.

بنابراین معلوم می‌شود که مکره فاقد قصد نیست؛ یعنی مرحله‌ی اول و دوم را دارد، اما فاقد اختیار می‌باشد.

والحمد لله رب العالمين

جواد احمدی