در تاریخ ۲۶ اسفند ۱۳۸۷
بیع و اقاله

جلسه 74

بسم الله الرّحمن الرّحيم
الحمدلله رب العالمين و صلي الله علي سيدنا محمد و آله الطاهرين

دلیل عدم جریان خیار و اقاله در نکاح

عرض کردیم که فتوای فقها این است که در نکاح، اقاله جریان ندارد. و همانطور که صاحب جواهر(ره) و دیگران بیان کرده‌اند، اجماع نیز بر این مطلب قائم شده است. البته یک قول ضعیفی را به بعضی نسبت داده‌اند که برخی قایل به جریان هستند، اما محقق خوئی(ره) می‌فرماید ما قائل این قول را پیدا نکردیم (عروة، ج33، ص171). حالا با قطع نظر از اجماع، آیا دلیل دیگری هم وجود دارد یا خیر؟ برخی گفته‌اند که چون در نکاح خیار جریان ندارد، پس اقاله هم جریان ندارد. از کلمات مرحوم بجنوردی(رض) در کتاب قواعد فقیه (ج5، ص21) و برخی دیگر می‌شود این قاعده را بدست آورد که «**کل عقد یجری فیه الخیار تجری فیه الاقالة**»؛ هر عقدی که خیار در آن جریان پیدا کند ـ حالا خیار برای أحد الطرفین یا کلا الطرفین ـ اقاله نیز در آن جریان دارد، و در نکاح ادعای اجماع هم شده که خیار هم در نکاح جریان ندارد. بله، نسبت به خصوص مهریه می‌شود خیار قرار داد؛ مثلاً زن یا مرد بگوید این عقد را منعقد می‌کنیم ایجابا یا قبولا، بشرط اینکه نسبت به این مهر من یک ماه خیار داشته باشم، اگر خواستم این مهر را بهم بزنم، کم یا زیاد کنم. برای اینکه مهریه از ارکان عقد نیست، أصلا جزء عقد نیست. اگر یک عقد نکاح دائم، بدون مهریه، حتی با شرط عدم مهریه محقق شود، اینجا اتفاق فقها بر این است که این عقد صحیح است. پس در خود مهریه خیار جریان دارد، اما در نکاح خیار جریان ندارد. منتها بحث در این است که –غیر از اجماعی که ادعا شده– چرا در نکاح خیار جریان ندارد؟ آیا دلیل دیگری هم وجود دارد یا خیر؟ محقق خوئی(قده) دو دلیل اقامه کرده‌اند، یک دلیل هم از کلمات محقق ثانی(ره) در جامع المقاصد استفاده می‌شود. ابتدا دلیل محقق ثانی(ره) را عرض می‌کنیم.

دلیل محقق ثانی(ره)

اصل کلام ایشان در جامع المقاصد، ج12، این است که نکاح یک حقیقت عقد معاوضی را ندارد، و مسأله خیار در عقود معاوضی است. تعبیر ایشان این است «**فانه یکون ضرباً من ضروب العبادات و لیس هو المعاوضة**»؛ این یک نوع عبادت است ـ بنابر اینکه استحباب نفسی نکاح در جای خودش ثابت باشد. و لو اینکه ما در بحث آیات الاحکام گفتیم اصل استحباب نکاح را نمی‌توان از قرآن استفاده کرد. استحباب إنکاح را می‌شود استفاده کرد، اما استحباب نکاح را خیر. أمّا با قطع نظر از قرآن، روایات فراوانی داریم که از آن روایات، استحباب نفسی نکاح استفاده می‌شود. حال که نکاح، مستحب است پس نکاح یک نوع عبادت است ـ پس حقیقت معاوضی آنچنانه‌ای ندارد که بتوان در آن خیار قرار داد. بعبارة أخری؛ همینجا یک قاعده دیگری اصطیاد کنیم و آن این است که «در امور عبادی، خیار جریان ندارد». حتی بعضی از روایات در باب صدقه هست (بعدا به آن اشاره می‌کنیم) «**کل ما کان لله فلا رجعة فیه**»، که می‌شود استفاده کرد آنچه که عبادت باشد، در آن رجوع و خیار معنا ندارد. اگر کسی صدقه‌ای را بقصد قربت داد، دیگر خیار در آن معنا ندارد. پس این یک دلیل، که به نظر ما دلیل تامّی است. یعنی نکاح

از عقود معاوضی محض نیست، اصلا عقد معاوضی نیست. حتی این را در کتاب النکاح خواندیم که أصلا مهریه شرطیت و رکنیت ندارد. اگر هم در عقد، مهر را قرار دادند، باز نمی‌شود گفت این مهریه عوض از بُضع است. اگر در بعضی از تعبیرات فقها هم این تعبیر آمده، تسامحی است. اینکه این مهریه در مقابل بضع است، اگر در مقابل بضع است، در جایی که مهریه وجود ندارد، چرا می‌گویید عقد صحیح است؟! همه هم می‌گویند عقد صحیح است. پس نکاح چون عنوان عبادت را دارد، لذا خیار در آن جریان ندارد. این دلیل به نظر ما دلیل بسیار خوبی است.

دلیل اول محقق خوئی(ره)

اما دو دلیل دیگر که محقق خوئی(ره) اقامه کرده‌اند؛ در دلیل اول فرموده‌اند جعل خیار در جایی است که لزوم یک معامله، لزوم حقی باشد، اما اگر لزوم حکمی بود، اینجا دیگر خیار معنا ندارد، و لزوم نکاح، لزوم حکمی است. چنانکه در باب هبه، جواز هبه جواز حکمی است، یعنی شارع می‌گوید اگر مالی را به دیگری بخشیدی، جایز است مادامی که عین موهوبه موجود است رجوع کنی. حالا آیا در هبه جایز، کسی می‌تواند شرط لزوم کند؟ خیر، زیرا جواز، حکم شرعی است. اختیار حکم شرعی، دست بشر نیست، که بخواهد آن را تغییر دهد. شارع فرموده اگر عین از بین رفت، خودش خود به خود لازم می‌شود. یعنی ما همانطور که جواز حکمی و جواز حقی داریم، بیعی که خیار شرط یا خیار غبن یا خیار مجلس در آن وجود دارد، «**جائزة بالجواز الحقی**»، یعنی این حق ذی الخیار است، اختیارش دست اوست. زمام جواز حکمی، دست احد طرفی العقد نیست. زمام جواز حقی دست آن کسی است که این حق را دارد. ما همانطور که جواز حقی و حکمی داریم، لزوم حقی و حکمی هم داریم. لزوم در باب صلح، لزوم حکمی است (البته صلح هم محل اختلاف است). شارع می‌گوید لزوم در باب نکاح، لزوم حکمی است، یعنی شارع می‌گوید این به هیچ وجه بهم نمی‌خورد. طرفین (زن یا مرد) اینطور نیست که حق داشته باشید خودتان نکاح را بهم بزنید و فسخ کنید. این لزوم را شارع آورده است. شارع می‌فرماید هر جا لزوم، لزوم حقی باشد، خیار جریان دارد. پس مسأله اینطور شد؛ هرجا خیار جریان دارد، اقاله جریان دارد. خیار جایی جریان دارد که لزوم، لزوم حقی باشد، و چون لزوم نکاح، لزوم حکمی است، پس خیار جریان ندارد. وقتی خیار جریان نداشت، اقاله هم جریان ندارد.

نقد استاد بر دلیل اول محقق خوئی(ره)

اینجا محقق خوئی(ره) می‌فرمایند اگر کسی بگوید شما از کجا فهمیدید لزوم نکاح، حکمی است؟ می‌فرمایند برای اینکه در آن اقاله جریان ندارد. یعنی کاملا استدلال ایشان یک مصادره به مطلوب و یک استدلال دوری روشن است. البته این اختصاص به بیان ایشان هم ندارد. من در اینجا کلمات خیلی از فقها را دیدم، کاملا دوری استدلال کرده‌اند. می‌گوییم چرا اقاله جریان ندارد، می‌گویند چون خیار جریان ندارد. می‌گوییم چرا خیار جریان ندارد؟ می‌گویند خیار در جایی جریان دارد که لزوم، لزوم حقی باشد. سؤال می‌کنیم شما لزوم حقی و حکمی را از کجا تشخیص می‌دهید؟ عبارت ایشان این است «**و الذی یکشف عن کون اللزوم فی النکاح من الأحکام، أنه لو کان من الحقوق لهما لوجب الالتزام بصحّة الإقالة فیه کما هو الحال فی البیع، و الحال أنها غیر جائزة فیه بلا خلاف**»؛ آنچه که کاشف از این است که لزوم در نکاح، یک حکم شرعی است، این است که اگر از حقوق بود، باید ملتزم شویم به اینکه إقاله در آن جریان دارد، کما هو الحال فی البیع و الحال أنّها [اقاله] غیر جائزة فیه بلا خلاف. این استدلال، استدلال دوری است. بنابراین؛ این دلیل اول ایشان درست نیست. اگر از ما سؤال کنند که چرا لزوم در نکاح، حکمی است؟ ما قبلا (در همین سال جاری) بحث لزوم حقی و حکمی، و جواز حقی و جواز حکمی را مفصل مطرح کردیم، مثلا در اباحه که برای طرفین جواز هست (إباحه فی مقابل الاباحه)، گفتیم جواز، جواز حکمی است نه حقی. یا آنهایی که در خود معاطات ملکیت جایز را قایل هستند، ما گفتیم آنچه از ادله استفاده می‌شود این است که بعید نیست که از آن جواز حکمی استفاده شود، و لو کلمات فقها قرینه روشن دارد که مراد؛ جواز حقی است.

عمده این است که اثبات کنیم لزوم در نکاح، حکمی است و لزوم در اجاره، حقی است؟ این از کجا آمده است و ما به چه قرینه و دلیل می‌توانیم بفهمیم که این لزوم، لزوم حکمی است؟ در باب نکاح غیر از آن بیانی که محقق اصفهانی(ره) داشتند، شارع راه را مشخص کرده است، که اگر خواستید این نکاح را بهم بزنید، یا از طریق طلاق است و یا أحد العیوب الموجبة للفسخ است (حتی عیوبش را هم مشخص کرده است) و یکی از علتهایی که از آن عیوب هم نمی‌شود تعدی کرد، این است که خلاف قاعده است، اصلا لزوم نکاح، لزوم حکمی است.

شارع می‌گوید این نکاح به قوت خودش باقی است، اگر خواستید از بین برود راه آن طلاق است، آن هم با یک شرایط خاص. اگر ما اصل نکاح را امضایی بدانیم، طلاق امضایی نیست. طلاق با این شرایط خاص در جاهلیت نبوده است، که در طُهر غیر مواقعه باشد، رجلین عدلین شاهد باشند، اینها که نبوده است. این را هم باید دنبال کرد که أصلا در أدیان و مذاهب دیگر، طلاق به این معنا نیست. آنها یا اقاله در نکاح دارند، یعنی امکان جریان اقاله در نکاح که هست، الان شاید خیلی از مذاهب، نکاح می‌کنند اما وقتی می‌خواهند بهم بزنند، با تراضی طرفین بهم می‌خورد. با قطع نظر از اینکه الان یا قبل از اسلام، اگر عقد می‌خواست بهم بخورد، اقاله بوده یا نبوده، امّا این مسلم است که در شرع ما اقاله در نکاح نیست، زیرا شارع راه خاص قرار داده است و فرموده «**لا طلاق الا بهذا النحو**»؛ حتی در لفظش هم باید لفظ معین باشد و هر لفظی کفایت نمی‌کند. ممکن است در طلاق این را از این باب بگوییم که شارع می‌خواسته راه طلاق را ضیق کند، که به این زودی طلاق واقع نشود. شاید حکمتهایی هست که می‌شود برای آن تصویر کرد. علی أیّ حال؛ طلاق با این خصوصیات، با لفظ و شرایط خاص، یک امرتأسیسی است. شارع می‌گوید راه بهم خوردن نکاح همین است. پس ما از این استفاده می‌کنیم که اقاله در نکاح جریان ندارد، و نیز استفاده می‌کنیم که لزوم نکاح، یک لزوم حکمی است.

شارع همانطور که در هبه می‌گوید «**یجوز الرجوع مادامت العین موجودة**»؛ اینجا هم می‌فرماید این نکاح باقی است مادامی که آن صیغه طلاق نیامده است، صیغه طلاق که آمد نکاح بهم می‌خورد. پس دلیل اول ایشان درست نیست، و باید آن را با این بیان تکمیل کرد که چون لزوم، لزوم حکمی است، پس خیار نیست، پس اقاله نیست. و اما اینکه چرا لزوم حکمی است؟ باید سراغ روایات برویم و تعبد به اینکه در بهم خوردن نکاح، طلاق و موجبات فسخ لازم است. البته دقت کنید؛ ـ در بحث ضمان خواهد آمد ـ بعضی از کلمات فقها مقداری مضطرب است. در بعضی موارد گفته‌اند هر جا لزوم، لزوم حقی است، اقاله جریان دارد. در بعضی موارد گفته‌اند هر جا اقاله جریان دارد، لزوم، لزوم حقی است. یعنی این دور یا این اضطراب در کلمات هست، که بالاخره کدامیک، علامت دیگری است، آیا اقاله علامت این است که این لزوم، لزوم حقی است، یالزوم حقی علامت اقاله است؟!! طبق این بیانی که ما عرض کردیم، اقاله علامت این نیست که این لزوم، لزوم حقی است. اگر ما یکجا دلیل آوردیم که لزوم، لزوم حقی یا لزوم حکمی است، آثارش بر آن بار می‌شود. اگر دلیل آوردیم لزوم، لزوم حکمی است؛ «**لا تجری فیها الاقالة**»، اگر دلیل آوردم لزوم، لزوم حقی است؛ «**تجری فیها الاقالة**». آن عبارت مرحوم بجنوردی(ره) این است «**کل مورد کان اللزوم حقیا ای کان التزام کل واحد من الطرفین ملکا و حقا للاخر یأتی فیها الاقالة**»؛ هرجا لزوم، لزوم حقی است، اقاله جریان دارد.

دلیل دوم محقق خوئی(ره)

دقت کنید؛ محقق خوئی(ره) دو دلیل آورده که چرا خیار در نکاح جریان ندارد. منتها ما به مناسبت آن قاعده که «**کل ما یجری فیه الخیار تجری فیه الاقاله**» می‌خواهیم استفاده کنیم. دلیل دوم این است که می‌فرمایند جعل خیار به این برمی‌گردد که منشأ محدود شود. منشأ موقّت به یک وقتی شود. وقتی زن می‌گوید أنکحتک بشرط اینکه من خیار داشته باشم، حالا زمانش را هم معین کند (مثلاً بیست روز، یک ماه یا یک سال) ایشان می‌فرمایند در واقع در اینجا منشأ محدود می‌شود. می‌گوییم منشأ محدود شود، چه اشکالی دارد؟ می‌فرماید اشکالش این است که زوجیت، تبدیل به زوجیت موقت قبل الفسخ می‌شود، یعنی زوجیت بین این مرد و زن مادامی است که فسخ نیامده است. می‌گوییم زوجیت، موقت باشد چه اشکالی دارد؟

می‌فرمایند اشکالش این است که باید أجل به نحوی معین و مشخص باشد که قابل زیاده و نقیصه نباشد. اینجا تاریخ فسخ، مجهول است. یعنی زن گفته من تا یک ماه یا یک سال خیار داشته باشم. اما کی می‌آید فسخ کند؟ هر زمانی که فسخ کرد، زوجیت موقت تا همان قبل الفسخ است. بعبارة أخری؛ این زوجیت شامل بعد الفسخ نمی‌شود. پس زوجیت نهایتاً تا زمانی است که فسخ نکرده است، و تاریخ فسخ، مجهول است. این زن گفته من یک سال خیار داشته باشم. ممکن است سر یک ماه فسخ کند، سر دو ماه فسخ کند.

آن وقت می‌فرمایند ما دو جور عقد داریم؛ یا عقد دائم است که زمان ندارد، و یا منقطع و موقّت است. از شرائط عقد موقّت این است که زمان باید طوری باشد که قابل زیاده و نقیصه نباشد. می‌فرمایند «**إن عقد الزواج لا یخلو بحسب ما یستفاد من الأدلة من قسمین: دائم، و منقطع، و لا ثالث لهما. و الأوّل غیر متصوَّر فی المقام، لاستلزام جعل الخیار التقیید. و الثانی یقتضی البطلان، لفقده رکناً من أرکانه، و هو تحدید الأجل بنحو لا یقبل الزیادة أو النقصان**»؛ عقد دائم که اینجا نیست، برای اینکه خیار قرار داده است، منقطع هم اینجا نیست، چون آن زمان معین نیست که چه زمانی می‌خواهد فسخ کند و زمان در عقد منقطع باید اینقدر دقیق باشد که کم و زیاد در آن معنا نداشته باشد. لذا می‌فرمایند أصلا جعل خیار در عقد نکاح این اشکال و این تالی فاسد را دارد. بعبارة أخری؛ می‌خواهند بفرمایند جعل خیار در نکاح، نکاح را یک شق ثالثی می‌کند، نه منقطع است بحسب الاصطلاح و نه دائم، در حالی که ما بالضرورة در باب نکاح، شق ثالث نداریم.

نقد استاد بر دلیل دوم محقق خوئی(ره)

ما در جواب محقق خوئی(ره) عرض می‌کنیم، اگر در خود نکاح منقطع آمدند برای یک سال زوجیت را انشا کردند، حالا ده روز گذشت، روز یازدهم زوج گفت من بقیه مدت را بخشیدم. اینجا شما می‌فرمایید زوجیت تا همان روز دهم بوده، از روز دهم به بعد زوجیت نیست. در خیار هم همین را بفرمایید؛ زن برای خودش خیار قرار می‌دهد تا یک سال، حالا روز دهم فسخ می‌کند. به نظرما این نقض بر فرمایش ایشان وارد است. یعنی اگر زمان خیار مشخص نباشد، اینکه در هیچ کجا درست نیست، نه در نکاح و نه در بیع. اگر برای مدتی خیار قرار می‌دهد، باید یک مدتی معین کند. اما اینکه حالا در این مدت، در چه زمانی می‌تواند إعمال خیار کند، مثل اینکه در خود عقد منقطع هم می‌تواند در کمتر از آن مدتی که معین کرده بیایند و به هم بزنند، طبعاً زوجیت می‌شود تا آن زمان، و بعد از این زوجیت از بین می‌رود.

نتیجه بحث

مجموعاً چهار دلیل در باب نکاح ذکر شد: 1- اجماع، 2- نکاح از عبادات است. این دو دلیل تا اینجا مسلم و برای ما روشن است. 3- دلیل سوم نیاز به یک تکمیلی داشت. 4- دلیل چهارم که بطلانش را عرض کردیم و روشن است. نتیجه این شد که در نکاح، خیار جریان ندارد. وقتی خیار جریان ندارد، «**کل ما لا یجری فیه الخیار لا تجری فیه الاقالة**»؛ در آن اقاله هم جریان ندارد. ضمان و صدقه را هم عرض می‌کنیم.

و صلی الله علی سیدنا محمد و آله اجمعین.