

حضرت آیت الله العظمی جوادی آملی دامت برکاته

أعوذ بالله من الشيطان الرجيم

بسم الله الرحمن الرحيم

«الثانية: خيار الفسخ على الفور فلو علم الرجل أو المرأة بالعيب فلم يبادر بالفسخ - لزوم العقد و كذا الخيار مع التدليس -»<sup>۱</sup>.

مرحوم محقق نکاح را چند قسم مطرح کردند: نکاح دائم، نکاح منقطع، نکاح إماء و احکام اینها. بعد از بیان بسیاری از مسائل مربوط به نکاح، به ملحقات نکاح پرداختند که فرمودند: «و يُلحق بالنكاح النظر في أمور خمسة»<sup>۲</sup>. اول این است که چیزی که با او نکاح و عقد نکاح بهم می خورد و این را در سه مقصد بیان کردند: مقصد اول عیب است که «العیب ما هو؟»، عیبی که موجب فسخ است و بهم خوردن عقد نکاح است. مقصد دوم این است که این خيار عیب آیا فوری است یا تراخی؟ و مقصد سوم مربوط به تدلیس است.<sup>۳</sup>

در مقصد اول عیوب مشترک و عیوب مختص را بیان کردند. عیبی که مختص مرد است که با آن زن می تواند عقد نکاح را فسخ کند، یا عیبی که مختص به زن است مرد می تواند با آن عیوب عقد را فسخ کند، یا عیب مشترک؛ عیب مختص مرد، عیب مختص زن، عیب مشترک «بینهما» را بیان کردند. این در مقصد اول.

۱. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج ۲، ص ۲۶۴.

۲. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج ۲، ص ۲۶۲.

۳. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج ۲، ص ۲۶۲ - ۲۷۰.

مقصد دوم در احکام عیوب است که این حق فسخ آیا «بالفور» است یا «بالتراخی»؟ این را در هشت مسئله ذکر می‌کنند که مسئله اول آن در بحث سال قبل تمام شد. مسئله دوم اولین مطلبی است که به برکت الهی و عنایت الهی! امسال شروع می‌شود که فرمودند: «الثانیة: خيار الفسخ على الفور» است. مستحضرید که محرمیت گاهی با عقد دائم است، گاهی با عقد انقطاعی و گاهی با ملک یمین؛ هر کدام از اینها که علل ثبوت دارند، علل سقوط هم دارند. علل ثبوت اینها مشترک است و علل سقوط اینها مشترک است، علل ثبوت خاص و علل سقوط خاص هم دارند.

عقد نکاح با دو عامل ثابت می‌شود؛ یا به وسیله ملک یمین حاصل می‌شود که البته عقد نیست، یا به وسیله عقد دائمی. عقد انقطاعی هم با وسیله عقد حاصل می‌شود و هم با تحلیل حاصل می‌شود، چون تحلیل گرچه یک شیء رابعی شمرده شده است؛ یعنی عقد دائم، عقد انقطاعی، ملک یمین، تحلیل، گرچه تحلیل به عنوان سبب چهارم تلقی شده، ولی بازگشت تحلیل به ملک یمین است؛ منتها یک وقت انسان مالک عین می‌شود، یک وقتی مالک منفعت، گاهی هم مالک انتفاع است که عاریه و مانند آن زیر مجموعه ملک انتفاع جا دارد، نه ملک منفعت و نه ملک عین. پس بازگشت تحلیل به ملک یمین است، چیز جدیدی نیست.

عقد دائم با سه عامل از بین می‌رود؛ یا با طلاق، یا با فسخ، یا با انفساخ. طلاق که مشخص است. فسخ را این مقصد ثانی دارد بیان می‌کند. انفساخ طبیعی است مانند مرگ که هر کدام از اینها بمیرند همان لحظه احکام زوجیت منقطع می‌شود «إلا ما خرج بالدلیل» و اگر - معاذالله - «أحدهما» مرتد شدند این ارتداد به منزله مرگ است. انفساخ عقد را به همراه دارد نه فسخ را؛ یعنی اگر زوجه یا زوج - معاذالله - مرتد شدند، همان لحظه عقد منفسخ می‌شود، نه اینکه احتیاج داشته باشند به فسخ.

بنابراین زوال عقد دائم یا به طلاق است، یا به فسخ است که انشاء می‌خواهد، یا به انفساخ که نیازی به هیچ کدام از اینها ندارد.

در جریان عقد انقطاعی هم «بشرح ایضاً»؛ عقد انقطاعی تارةً به هبه یا «ابراء ما فی الذمه» حاصل می‌شود، یا با گذشت زمان حاصل می‌شود، یا با فسخ یا انقطاع. این خصیصه در عقد انقطاعی هست، در عقد دائم نیست، لذا عقد انقطاعی با چهار عامل از بین می‌رود؛ در اثنای مدت با هبه یا ابراء، با انقضای مدت طبعاً رخت برمی‌بندد، فسخی که با أحد عیوب هست می‌تواند عقد انقطاعی را بهم بزند و ارتداد هم که مشترک بین عقد دائم و عقد متعه است.

پس عقد انقطاعی با چهار عامل رخت برمی‌بندد، عقد دائم با سه عامل رخت برمی‌بندد که فرق اساسی فسخ و انفساخ این است که این نیازی به انشا در مسئله ارتداد یا مرگ و مانند آن ندارد.

بعد از بیان اینکه یک سلسله عیوب، مشترک یا مختص است به سبب فسخ است و حق فسخ می‌آورد، حق فسخ فرق می‌کند؛ یک وقتی است فسخ حکمی است، یک وقت است فسخ حقی است، زیرا فسخ تابع آن حق است. اگر حق، حکمی بود، فسخ آن هم حکمی است و اگر آن فسخ حکمی نبود حقی بود، آثارش هم همین است، لزومش هم همین است. این حرف‌ها در «خيارات» مطرح می‌شود. اما «خيارات» برای عقد بیع است که این عقد لزومش لزوم حقی است نه حکمی. بیع یک عقد لازم است، نکاح هم یک عقد لازم است؛ منتها لزوم این را طرفین به هم بسته‌اند که می‌شود لزوم حقی. می‌تواند هم، لازم نباشد در همان طلیعه عقد بگویند به این شرط که ما خیار داشته باشیم، این عقد «یتحقق غیر لازم»، جائزاً متحقق می‌شود، چون از همان اول شرط کردند که ما خیار داشته باشیم. لزوم عقد بیع، لزوم حقی است؛ یعنی طرفین این لزوم را تعهد می‌کنند و چون حقی است هر وقت هم خواستند بهم

می‌زنند؛ لذا اقاله دست طرفین است. اینکه می‌گویند نکاح لزومش حکمی است و بیع لزومش حقی است، نه برای آن است که در عقد بیع خیار راه دارد ولی در عقد نکاح خیار راه ندارد تا برخی از فقها بگویند اینکه دور می‌شود! چون اشکال این بزرگواران این است که شما گاهی استدلال می‌کنید می‌گویید به اینکه لزوم نکاح حکمی است، چون در آن خیار نیست، گاهی می‌گویید در آن خیار نیست، چون لزومش حکمی است «حکم الله» است، این می‌شود دور! این بزرگواران باید بدانند که هیچ فقهی این‌طور استدلال نکرد. استدلال فقها بر اینکه لزوم نکاح «حکم الله» است و لزوم بیع «حق الناس»، جواز اقاله و عدم جواز اقاله است.<sup>۱</sup> در بیع اقاله جایز است، هر وقت خواستند بهم می‌زنند، از این معلوم می‌شود لزوم حق آنهاست؛ ولی در نکاح این چنین نیست، دست کسی نیست که هر وقت خواستند بهم بزنند. چون اقاله در نکاح نیست، معلوم می‌شود لزومش «حکم الله» است. چون اقاله در بیع هست، می‌شود لزوم آن «حق الناس» است. این ارتباطی به آن ندارد. این نه برای اینکه خیار می‌پذیرد، برای اینکه اقاله می‌پذیرد. این خیار اگر در جایی باشد که لزوم آن لزوم حکمی است، یک محدوده مدار بسته‌ای دارد و اگر در جایی باشد که لزوم آن لزوم حقی است، یک مدار بازی دارد؛ سعه و ضیق به دست طرفین است. در بیع بساطش بازتر است، چون لزوم آن لزوم حقی است. در نکاح مدارش بسته‌تر است، چون لزوم آن لزوم حکمی است.

حالا این خیار «علی الفور» است یا «علی التراخی»؟ در مسئله «بیع» آنجا محدوده‌ها مشخص شد؛ بعضی‌ها زمان‌مندند و بعضی بی‌زمان؛ آنها که بی‌زمان‌اند سخن از فور و تراخی است، اما آنها که زمان‌مند هستند مرزشان

۱. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۷۱؛ «و الذی یکشف عن کون اللزوم فی النکاح من الأحکام أنه لو کان من الحقوق لهما لوجب الالتزام بصحة الإقالة فيه كما هو الحال فی البیع و الحال أنها غیر جائزة فيه بلا خلاف».

مشخص است. در خیار مجلس که «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا»<sup>۱</sup> این مرزش مشخص است، «علی الفور» نیست تا هستند خیار دارند. یا خیار حیوان که منصوص است سه روز است مرز مشخصی دارد، در سه روز است. یا «شرط الخیار» نه خیار تخلف شرط! «شرط الخیار» که طرفین تعهد می‌کنند در سه روز یا یک هفته خیار داشته باشند. یا خیار تأخیر که به سه روز محدود شده است. این خیاراتی که زمانمند نیست «علی الفور» است یا «علی التراخی»؟ این بحث است. در این مدت خیار دارد؛ اما خیاراتی که زمانمند نیست «علی الفور» است یا «علی التراخی»؟ این بحث است. در خیار عیب چون زمانمند نیست، چه در مسئله «بیع» و چه در مسئله «نکاح»، این «علی الفور و التراخی» در آن نزاع هست که آیا فور است یا تراخی؟ البته فور بودن به این است که صورت مسئله خوب مشخص باشد؛ یعنی این شخص عالم به عیب باشد، یک؛ عالم باشد به اینکه عیب خیارآور است، دو؛ جهل موضوع، جهل حکم نباشد، سهو به حکم و سهو به موضوع، نسیان به حکم و نسیان موضوع، اضطرار به اینها، اینها نباشد، آن وقت فوریت مشخص است. اگر در بعضی از موارد ثابت شدن عیب نیاز دارد به محکمه حاکم، نمی‌شود گفت خیار عیب «علی الفور» است إلا در آنجا! این استثنا نیست، این برای تحقق موضوع است، تا به محکمه نرود عیب ثابت نمی‌شود، نه اینکه خیار عیب «علی الفور» است مگر آنجایی که محکمه باید نظر بدهد.

پس اگر گفته شد خیار عیب «علی الفور» است؛ یعنی «إذا تحقق البيع موضوعاً و حکماً بلا جهل و لا سهو و لا نسیان و لا اکراه و لا اضطرار»، این حق، فوری است، فوراً باید اعمال بشود. این تحریر صورت مسئله است.

۱. الکافی (ط - الإسلامية)، ج ۵، ص ۱۷۰.

اما حالا دلیل مسئله؛ مستحضرید که اول تحریر صورت مسئله است، بعد اقوال مسئله، بعد ادله مسئله. اقوال متعددی در مسئله نیست، تعبیر فقها این است که یا می‌گویند «عندنا»<sup>۱</sup> یا می‌گویند «بالإتفاق»<sup>۲</sup> یا می‌گویند «بالإجماع»<sup>۳</sup>. این تعبیرات نشان می‌دهد که کسی اختلافی در مسئله ندارد.

این صرف عدم اختلاف به صورت اجماع است؟ یا نه، استدلال کردند به اینکه «أصالة اللزوم» مستفاد از اطلاعات اولیه است، یک؛ قدر متیقنی که از این عام یا مطلق خارج شده است، زمان فور است، دو؛ در زمان بعد از فور، ما اگر شک کردیم که آیا خیار دارد یا نه، به «أصالة العموم» یا «أصالة الاطلاق» تمسک می‌کنیم می‌گوییم خیاری نیست. این یک راه.

افرادی مثل مرحوم صاحب ریاض<sup>۴</sup> و امثال صاحب ریاض (رضوان الله علیهم) فرمایششان این است که شما نمی‌توانید بدون اجماع مسئله را حل کنید، چرا؟ برای اینکه آن دلیلی که می‌گوید عقد نکاح لازم است، مطلق است یا عام است، همگانی و همیشگی؛ هم جمیع افراد را شامل می‌شود، چون همگانی است و هم جمیع أزمه را شامل می‌شود، چون همیشگی است. اگر عموم یا اطلاقی برای دلیل ثابت شد، پیام آن همین‌هاست. دلیل عام یعنی چه؟ یعنی «کل فرد فی کل زمان». اطلاق لفظی یعنی چه؟ یعنی «فی کل فرد فی کل زمان». همگانی بودن و همیشگی بودن از عموم یا اطلاق استفاده می‌شود. وقتی همیشگی بودن از اطلاق ثابت شد یا از عموم ثابت شد، در بخش اول که فور بود «خرج بالدلیل» چون قدر متیقن است، در زمان بعد ما شک داریم به همین اطلاق یا عموم تمسک می‌کنیم.

۱. کفایة الأحکام، ج ۲، ص ۲۰۴.

۲. کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج ۷، ص ۳۷۲.

۳. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳۰، ص ۳۴۳.

۴. ریاض المسائل (ط - الحدیثة)، ج ۱۱، ص ۴۶۲ و ۴۶۳.

نقد مرحوم صاحب ریاض این است که بدون اجماع نمی‌شود چنین فتوایی را داد، چرا؟ برای اینکه ما در زمان ثانی شک می‌کنیم که آیا خیار از بین رفت یا نرفت، همین حکم خاص را استصحاب می‌کنیم. آیا جا برای تمسک به عموم عام یا اطلاق مطلق است، یا استصحاب حکم خاص؟ این نزاع در بحث «خیارات بیع» هم هست که آیا باید به اطلاق یا عموم تمسک کرد، یا حکم خاص را استصحاب کرد؟ استصحاب حکم خاص مقدم است یا عموم یا اطلاق آن حکم عام؟ این بیان صاحب ریاض ایشان را قانع کرده که بفرماید به اینکه حکم جز تمسک به اجماع نیست، ما اجماع هم داریم. البته مستحضرید که تمسک به اجماع در خیلی از موارد بی‌شبهه نیست. ما نمی‌دانیم که آیا مجمعی به همین قواعد عامه تمسک کردند یا نه واقعاً اجماعی در کار است؟! ولی اگر راهی را که مرحوم صاحب ریاض به عنوان نقد جلو گذاشت این باشد، این قابل علاج است، چرا؟ برای اینکه یک طرف ما اماره است، یک طرف ما اصل. شما می‌گویید در زمان اول «خرج بالدلیل» ما یقین داشتیم که فور است و خیار است، در زمان ثانی شک داریم، حکم خاص را می‌خواهیم استصحاب بکنیم. آن عموم زمانی یا اطلاق زمانی به شما اجازه شک نمی‌دهد. اگر شما دلیلی داشتید گفت همگانی و همیشگی، این همگانی و همیشگی تمام این مقاطع را شامل می‌شود، شما در مقطع ثانی شک ندارید تا استصحاب بکنید. این عموم می‌گوید که روز اول باید لازم باشد، روز دوم لازم است، روز سوم لازم است، روز چهارم لازم است. شما در روز اول به عنوان فور گفتید «خرج بالدلیل»، در روز دوم شک ندارید تا استصحاب بکنید؛ شما با داشتن دلیلی که می‌گوید این حکم همیشگی است، چه شکمی دارید تا استصحاب بکنید؟!

بنابراین این بیان مرحوم صاحب ریاض (رضوان الله علیه) نمی‌تواند یک بیان علمی باشد. الآن اجماعی در مسئله هست حرفی نیست. بعضی از بزرگان تعبیرشان این است که «عندنا»، نقل خلاف هم نشد البته، تا ما بگوییم فلان

کس یا فلان شخص خلاف گفته، همه‌شان می‌گویند اتفاق است. اما حالا جزم داشته باشیم که یک سند خاصی به نام اجماع، این نه! و نقدی که مرحوم صاحب ریاض بیان کرده که امر دایر است بین تمسک به عام یا استصحاب حکم خاص، نه. اگر شما در عمومیت عموم یا اطلاق مطلق تردید داشته باشید، آن وقت جا برای استصحاب حکم خاص هست؛ اما اگر فرض در این است که این عام، زمان را و آن مطلق، زمان را هم در بر می‌گیرد، بنابراین ما در زمان ثانی شک نداریم.

پرسش: ...

پاسخ: برای اینکه اگر چنانچه این عقد در نزد عقلا - چون اینها که حقیقت شرعیه ندارند، اینها امضای بنای عقلاست - اگر جوهره عقد بیع مانند جوهره عقد اجاره نیست، اجاره زمان‌مند است، بیع زمان‌مند نیست «لدى العقلا»، چه مسلمان و چه غیر مسلمان، وقتی گفتند به عقد بیع وفا کن و از آن طرف گفتند به عقد اجاره وفا کن؛ یعنی آن زمان‌مند است، این زمان‌مند نیست. ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُود﴾<sup>۱</sup> درباره اجاره و مانند اجاره زمان‌مند است. ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُود﴾ درباره بیع و مانند بیع که عقود دائمی هستند زمان‌مند نیست. به بیع وفا کن! بیع یک حقیقت منزّه از محدوده زمان است؛ یعنی دائمی است، نه بی‌زمان است، در همه زمان‌هاست.

بنابراین بین عقد اجاره که زمان‌مند است با عقد بیع که زمان‌مند نیست، عقلا فرق می‌گذارند و شارع مقدس هم همین را امضا کرده است. مستحضرید اینها قبل از اسلام بود، بعد از اسلام هست، بعد از اسلام بین مسلمین و غیر مسلمین هست، اینها جزء امضائیات شارع مقدس است و اینها زمان‌مند نیست، نه زمان‌مند نیست یعنی مجرد است؛ بلکه در طول زمان هست.

۱. سوره مائده، آیه ۱.



بنابراین «فی کل فرد فی کل زمان» همگانی و همیشگی است؛ البته اجاره این طور نیست. عقد نکاح هم همین طور است.

بنابراین اگر ما شک داشته باشیم، جا برای استصحاب حکم خاص هست؛ اما اگر شک نداشته باشیم جا برای استصحاب حکم خاص نیست. اگر یک جایی - در «اصول» ملاحظه فرمودید - ما در همیشگی بودن آن شک داشتیم، آن وقت بله جا برای تمسک حکم آن از یک طرف، حکم به این هم از یک طرف از راه استصحاب هست، حکم آن را استصحاب بکنیم یا حکم این را استصحاب بکنیم؟ اگر با انقطاع موضوع عوض نشده باشد، آیا می شود حکم عام را استصحاب کرد چون شک داریم؟ یا نه، فقط حکم خاص را باید استصحاب کرد؟ اما در این گونه از موارد، ما هیچ شکی نداریم و جا برای اشکال صاحب ریاض (رضوان الله علیه) نیست. تمسک به اجماع البته درست است و اگر چنانچه عموم زمانی داشته باشد یا اطلاق زمانی داشته باشد، آن وقت اجماع می شود مؤید، نه دلیل، برای اینکه خود همان اطلاق کافی است و شاید سند اجماع مجمعین هم همان اطلاق زمانی یا اطلاق مکانی باشد.

بنابراین اینکه مرحوم صاحب جواهر دارد فوریت قید اوست؛<sup>۱</sup> یعنی ما فوریت را از بنای عقلا و مانند آن استفاده نکردیم که یک کسی که بگوید امر مفید فور است یا امر مفید تراخی است، از آن راه استفاده نکردیم. اصلاً در جوهر این خیار عیب، فوریت است، برای اینکه اگر تراخی باشد زندگی برای طرفین ضرر دارد. عیب به همان دلیل که ضرر دارد خیارآور است، اگر فوری نباشد بلا تکلیف باشد، ضرر به طرف مقابل هم هست. لذا می گویند

۱. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳۰، ص ۳۴۳.

فوریت برای او جزء قید اوست، قیوم اوست و در درون او تأییه شده است. اگر چنانچه ما اطلاق داریم چه اینکه داریم در مسئله «نکاح» همگانی و همیشگی، آن وقت اجماع می شود مؤید، نیازی به اجماع نیست.

حالا - إن شاء الله - تفصیل آن برای روز بعد.

«و الحمد لله رب العالمین»