

درس خارج فقه آیت الله جوادی

96/11/16

بسم الله الرحمن الرحيم

موضوع: نکاح/نکاح منقطع

مرحوم محقق (رضوان الله تعالی علیه) قسم دوم از اقسام چهارگانه کتاب «نکاح» را که به «نکاح متعه» اختصاص داده بود، فرمودند در دو فصل از احکام متعه سخن به میان می‌آید: در فصل اول عناصر محوری متعه را ذکر کردند که معاطاتی نیست «عقد قولی» است، «تعیین زوج و زوجه»، «مهر» و «مدت»؛ «العقد و المحل و المهر و الاجل» [1].

فصل دوم احکام خاصه نکاح متعه است. در فصل دوم که به نام «النظر الثاني فی الاحکام» [2] است، هشت مسئله را ذکر می‌کنند که مسئله اولی‌گذشت. مسئله ثانیه این است شرطی که در ضمن عقد متعه است آیا نافذ است یا نافذ نیست؟ آیا شرط مربوط به عقد متعه مطلقاً نافذ است؛ چه قبل باشد، چه در بین عقد متعه باشد و چه بعد، یا شرط مربوط به عقد متعه فقط باید در متن عقد یا بعد از عقد باشد؟ اگر قبل از عقد واقع شد این مهذوم است «بالعقد».

مسئله ثانی این است: «التانی کل شرط یشرط فیه فلا بد ان یقرن بالایجاب و القبول»؛ مقرون باشد. این مقرون باشد یعنی در متن عقد باشد یا فاصله نداشته باشد؟ اگر در آستانه عقد هم ذکر کنند و عقد «مبنیاً علیه» واقع شود، آیا این هم مشمول «مقرون» هست یا نه؟ مقرون به ایجاب و قبول باشد، یعنی در متن عقد باشد یا فاصله نداشته باشد؟ حالا شواهد بعدی تعیین می‌کنند که منظور چیست. «ولا حکم لما یذكر قبل العقد ما لم یستعد فیه»؛ بعضی از امور است که مقوله و گفتگو است که عقد «مبنیاً علیه» واقع می‌شود. در مسئله «نکاح» هم همین‌طور است که اگر قبلاً گفتگو شد مقوله شد و همان نیت و قصد ادامه داشت و عقد «مبنیاً علیه» واقع شد کافی است، در این‌جا این‌چنین است یا کافی نیست؟ می‌فرمایند: «ولا حکم لما یذكر قبل العقد ما لم یستعد» اعاده نشود در متن عقد؛ آیا ایقاع عقد «مبنیاً علیه» به منزله اعاده است یا اعاده لفظی لازم است؟ اینها باید بحث شود. «ولا حکم لما یذكر قبل العقد»؛ همان‌طوری که عقد لفظ خاص دارد، شرط باید با لفظ خاص در متن عقد ذکر شود یا اگر مقوله حاصل شد و عقد مبنیاً بر آن انشا شد کافی هست؟ می‌فرمایند مادامی که آن شرط در متن عقد اعاده نشود کافی نیست. «ولا حکم لما یذكر قبل العقد ما لم یستعد فیه و لا لما یذكر بعده»؛ بعد از عقد هم کافی نیست. «ولا یشرط مع ذکره فی العقد اعادته بعده»؛ متن عقد برای الزام کافی است، مثل قبل از عقد نیست. «قبل العقد» برای الزام کافی نیست

حتماً باید در متن عقد اعاده شود؛ ولی اگر در متن عقد گفته شد، تکرار آن «بعد العقد» لازم نیست. «ولا حکم لما یذكر بعد العقد و لا یشرط مع ذکره فی العقد اعادته بعد العقد»؛ اگر شرطی در متن عقد ذکر شد، بازگو کردن آن «بعد العقد» لازم نیست. این را برای چه می‌گویند؟ برای اینکه روایات در مسئله مختلف است از یک نظر، و اقوال هم یکسان و یکسو نیست از نظر دوم. «و من الاصحاب من شرط اعادته بعد العقد و هو بعيد»؛ مستحضرید که مرحوم محقق قول هر فقیهی را بازگو نمی‌کند، فقهای نامداری که اقوالی قابل تعرض دارند مطرح می‌کند - می‌فرمایند اگر چیزی در متن عقد ذکر شد، بازگو کردن آن بعد از عقد لازم نیست. این ترجمه مسئله دوم از مسائل هشت‌گانه فصل دوم است.

مستحضرید. جریان «شرط» جزء احکام بین‌المللی اسلام است، اختصاصی به حوزه مسلمین که محلّی است و اختصاصی به حوزه منطقه‌ای که بین مسلمان‌ها و اهل کتاب که دینی را قبول دارند نیست، یک امر بین‌المللی است که جزء مصادیق «مَا هِيَ إِلَّا ذِكْرٌ لِلْبَشَرِ» [3] هستند. درست است که تکلیف برای همه جوامع انسانی است، اما بعضی از امور است که جزء حقوق بشر است؛ نماز و روزه و مانند آن تکلیفی است و کفار هم «عند التحقيق» به فروع مکلف‌اند، همان‌طوری که به اصول مکلف‌اند؛ اما جزء حقوق بشر مطرح باشد نیست. جریان تعهدها که انسان پای امضای خود باید بایستد جزء حقوق بشر است؛ نظیر «لَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ» [4] [5] [6] ما کلمه‌ای از «شیء» جامع‌تر نداریم و هیچ مفهومی هم مبهم‌تر از «شیء» نیست و همین «شیء» به «اشیاء» جمع بسته شد که در گستره او حرفی نیست؛ این جزء حقوق بشر است که «لَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ»؛ شما با هیچ کسی کوتاه نیابید، کم ندهید؛ چه در معاملات مالی مثلاً در کیل و وزن؛ چه می‌خواهید سخنرانی کنید، بی‌مطالعه حرف نزنید؛ می‌خواهید درس بگویید، بدون جان‌کندن درس نگویید؛ می‌خواهید مباحثه کنید، بدون مطالعه قبلی نروید؛ هر کاری را می‌خواهید بکنید باید سنگ تمام بگذارید، این جزء حقوق بشر است؛ نگفت به اینکه در کیل و وزن کم نیاورید. یک کسی که منبر می‌رود بدون مطالعه، درس می‌گوید بدون تحقیق، مباحثه می‌کند می‌گوید تمام تلاش را هم‌بحث من به عهده دارد، او برخلاف آیه دارد قدم برمی‌دارد: «لَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ». مگر آدم همین‌طوری حرف می‌زند؟! همین‌طوری درس می‌خواند؟! همین‌طوری بحث می‌کند؟! دو نفر که می‌خواهند بحث کنند «الا و لابد» موظف هستند که شب خوب مطالعه کنند. اینها جزء احکام بین‌المللی اسلام است. این احکام گاهی به صورت آیه بیان می‌شود؛ مثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» [7] «لَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ»، «وَأَوْفُوا لِلنَّاسِ حُسْنَ» [8] در روایات ما ائمه فرمودند: «إِنْ جَالَسَكَ يَهُودِيٌّ فَأَخِصْ مَجَالِسَهُ» [9] آن روز بدتر از اینها نبود؛ فرمود با یک یهودی یکجا نشستی ادب را رعایت کن! این را ائمه (علیهم‌السلام) فرمودند که عدل قرآن‌اند. اینها می‌شود: «مَا هِيَ إِلَّا ذِكْرٌ لِلْبَشَرِ»؛ یعنی حقوق بشر محسوب می‌شود.

مسئله «وفای به شرط» از همین قبیل است که در بحث قبل اشاره شد که پیام «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» [10] خیلی غنی‌تر و قوی‌تر و علمی‌تر از پیام «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» است. «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» یک جمله انشایی است دلالت بر وجوب دارد، همین! امر هم هست و جمله انشایی هست؛ اما «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» جمله خبری است که به داعی انشا القا شده که قوی‌تر و غنی‌تر از انشا است، یک؛ تکلیف و امضا را شفاف‌تر و روشن‌تر هر دو را کنار هم می‌فهماند، دو؛ و اصلاً شناسنامه مسلمان را به دست او می‌دهد؛ هم «الْمُؤْمِنُونَ» داریم، هم «الْمُسْلِمُونَ» [11] شناسنامه مسلمان، شناسنامه مؤمن را دستش می‌دهد، در این شناسنامه هویت او نوشته است که این شخص پای امضای خود ایستاده است؛ این تعبیر غیر از «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» است. مؤمن را می‌خواهی پیدا کنی، آدرس او را می‌خواهی پیدا کنی، پای امضایش است، خیلی این تعبیر لطیف است! این خاندان همان قرآن مجسم هستند. «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»؛ آن‌جا که امضا هست تکان نمی‌خورند، همان‌جا جایشان است «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»، «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ». این امر قطعی است و مستحضرید ادعای اجماع هم شده است، اما این اجماع، اجماع مدرکی است؛ برای اینکه هم «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» و هم «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» داریم، هم روایات خاصه‌ای که در باب «بیع» وارد شده، در باب «نکاح» وارد شده است؛ اینها روایات خاصه است. پس ما چند طایفه از روایات داریم که در سعه و ضیق فرق می‌کند؛ لکن داشتن این روایات که در دسترس همه فقها بود، بعید است که ما بگوییم یک اجماع تعبّدی است، این اجماع، اجماع مدرکی است. پس اجماعی در کار نیست، اتفاق اصحاب است که همه این را قبول کردند.

منتها در استدلال بر وجوب وفای به شرط، گاهی به «[الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ](#)» استدلال می‌کنند، گاهی می‌گویند وقتی شرط در ضمن عقد واقع شد، در حوزه عقد قرار دارد، یک؛ «[أَوْفُوا بِالْعُقُودِ](#)» تمام حوزه را در بر می‌گیرد، دو؛ همان‌طوری که وفای به عقد واجب است، وفای به شرط واقع در ضمن عقد هم شامل می‌شود، این سه. این را در بحث «بیع» و مانند «بیع» گذراندند که شرط واقع در ضمن عقد که تخلف آن خیارآور است، وجوب وفا دارد برای اینکه چون در حوزه عقد است، مشمول «[أَوْفُوا بِالْعُقُودِ](#)» است. الآن این شرطی که این‌جا محل بحث است؛ چون تمام احکام آن در باب شروط ذکر شده است. یک وقت است که شرط می‌کنند که زن این‌چنین باشد یا مرد آن‌چنان باشد که قبلاً گذشت که اگر شرط کردند از فلان قبیله باشد اگر تخلف شد، خیار شرط دارد یا نه؟ نکاح باطل است یا نه؟ شرط به «احد الزوجین» برمی‌گردد؛ مرد باید این‌طور باشد، زن باید این‌طور باشد. این از سنخ شرط واقع در ضمن عقد نیست تا شرط را الزامی کند برای اینکه در ضمن عقد لازم قرار گرفت، از آن سنخ نیست؛ این در حوزه خود آن عقد راه پیدا کرده است. پس شرطی که به «احد الزوجین» برگردد یا به مهر برگردد یا به اجل برگردد، اینها در حوزه عقد نکاح است.

گامی برای اینکه پرهیز کنند که شرط ابتدایی نباشد این را در ضمن عقد ذکر می‌کنند، آن عقد به منزله ظرف این عقد است تا این شرط از ابتدایی بودن بیرون بیاید، نکاح هم از عقود لازم است. پس این شرط نه مساسی با زوجین دارد نه مرتبط با مهر است، نه مستند به اجل، بیگانه است و این عقد ظرف است برای این شرط تا از ابتدایی بودن بیرون بیاید و وقتی از ابتدایی بودن بیرون بیاید، می‌شود شرط؛ چون اگر گفتگوی ابتدایی باشد که اصلاً شرط نیست. مستحضرید که مرحوم شیخ در مکاسب این گفتگوهای ابتدایی را، تعهدات ابتدایی را می‌گوید شرط نیست؛ چون شرط باید که تعهدی به تعهد دیگر وابسته باشد. [\[12\]](#)

پرسش: درباره اجل و مهریه هم قبل از عقد صحبت می‌شود.

پاسخ: قبل عقد صحبت می‌شود؛ اما در متن عقد باید ذکر شود. اینها ارکان چهارگانه‌اند که در متن عقد باید محفوظ بماند؛ یعنی خود «صیغه» که ذکر می‌شود، «زوجین» که ذکر می‌شوند، «مهر» و «اجل» هم باید ذکر شود. قبلاً گفتگو می‌کنند تا تعیین کنند که چقدر باشد، آن وقت در متن عقد آن مدت تعیین شده و آن مهر تعیین شده را بازگو می‌کنند.

بنابراین اگر چنانچه شرط به احد عناصر محوری نکاح برگردد، جزء عقد است و «[أَوْفُوا بِالْعُقُودِ](#)» شامل آن می‌شود و عقد نکاح هم عقد لازم است؛ اما اگر تعهد کردند که فلان خانه را بخرند که یک امر غیر مرتبط به زوجین و مهر و اجل هست، فقط برای اینکه از ابتدایی بودن به در بیاید، این را در ظرف عقد ذکر می‌کنند و عقد به منزله ظرف آن است «و لا غیر» تا بشود شرط؛ چون امر ابتدایی شرط نیست، می‌گویند شرط یک تعهد وابسته است، این تعهد وابسته باید هم در ضمن یک عقدی قرار بگیرد، ابتدایی شرط نیست و اگر خواستیم به «[الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ](#)» یا «[الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ](#)» تمسک کنیم، این تمسک به عام در شبهه مصداقیه خود آن عام است. اگر ما یقین به عدم اندراج نداشته باشیم، شک هم که داشته باشیم باز هم نمی‌توانیم؛ چون شک در شبهه مصداقیه خود عام است، نمی‌دانیم این شرط هست یا شرط نیست!

پس برای واجب شدن این شرط، گاهی به «*الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ*» تمسک می‌کنند اگر شرط شود، گاهی هم به اجماع که اجماع مدرکی است و مستحضرید که دلیل دیگر نیست در حد تایید هست و گاهی هم به نصوص خاصه‌ای که در هر بابی وارد شده است؛ نظیر نص خاصی که در باب «نکاح» وارد شده است. اما به «*أَوْفُوا بِالْعُقُودِ*» اگر بخواهند تمسک کنند، این یک تحلیلی می‌خواهد؛ وقتی می‌توان به «*أَوْفُوا بِالْعُقُودِ*» تمسک کرد که این شرط در حوزه عقد قرار بگیرد، و اگر در حوزه عقد قرار گرفت باید به همه لوازم آن متلزم بود.

بیان آن این است که اگر به ثمن برگردد یا مثنی، در این جا به زوج برگردد یا زوجه، به اجل برگردد یا به مهر، این در حوزه عقد نکاح است، وقتی در حوزه عقد نکاح بود، «*أَوْفُوا بِالْعُقُودِ*» شامل آن می‌شود، ولی باید یکجانبه متلزم نبود. اگر این شرط فاسد بود، این شرط مفسد عقد هم هست، چرا؟ چون در متن عقد راه پیدا کرده است، شما هم به عنوان عقد پذیرفتید و به «*أَوْفُوا بِالْعُقُودِ*» هم تمسک کردید، چرا فساد شرط به فساد عقد سرایت نکند؟! اگر چنانچه به این عناصر برنگردد؛ یعنی به عوضین برنگردد یا به زوجین برنگردد یا به مهر برنگردد یا به اجل برنگردد، این عقد می‌شود ظرف آن، ظرف آن که شد این جزء عقد نیست و وقتی جزء عقد نبود، چرا «*أَوْفُوا بِالْعُقُودِ*» این را شامل شود؟! پرسش: در بحث «نکاح» روایات دارد که شرط فاسد مفسد عقد نیست.

پاسخ: بله، سرّ آن چیست؟ در خصوص «بیع» هم این سخن هست، چرا مفسد عقد نیست؟ برای اینکه این شرط در حوزه عقد راه پیدا نکرد. اگر راه پیدا کرده باشد که فساد آن مفسد عقد است. اگر راه پیدا کرده باشد باید دو حرف را یک جا بپذیریم؛ یک: اگر می‌گویید «*أَوْفُوا بِالْعُقُودِ*» شامل آن می‌شود، باید پای این حرفتان بایستید که شرط فاسد هم مفسد است؛ برای اینکه در حوزه عقد است و عقد، عقد فاسد است، بعضی از اجزای عقد فاسد است و اگر در حوزه عقد راه پیدا نکرد و عقد فقط ظرف شد، شما این شرط را در متن عقد ذکر کردید که از ابتدایی بودن به در بیاید؛ پس در حوزه عقد نیست، در ارکان عقد نیست، در ارکان عقد که نبود «*أَوْفُوا بِالْعُقُودِ*» شامل آن نمی‌شود.

نعم! می‌توانید به «*الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ*» تمسک کنید. آن گاه این دو امر را کاملاً می‌توانید هماهنگ بپذیرید؛ یک: این شرط فاسد فساد آن به عقد سرایت نمی‌کند؛ چون وامدار این عقد نیست، لزومش را از این «*أَوْفُوا بِالْعُقُودِ*» نگرفته است. این شرط در ارکان عقد راه پیدا نکرد، این عقد فقط ظرف است برای آن شرط که از ابتدایی بودن در بیاید. این شرط لزوم خود را از «*الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ*» می‌گیرد، نه از «*أَوْفُوا بِالْعُقُودِ*» و وقتی از «*الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ*» نه از «*أَوْفُوا بِالْعُقُودِ*»، چه وامداری است؟! چه بدهکاری است؟! در کسی که حساب شده حرف می‌زند اشکالی نیست؛ اما یک کسی که درهم حرف می‌زند گرفتار اشکال است. از یک طرفی می‌گوید شرط فاسد مفسد نیست، از طرفی هم به «*أَوْفُوا بِالْعُقُودِ*» تمسک می‌کند برای وجوب این شرط، می‌گویند شرط در ضمن عقد لازم «واجب الوفا» است، چرا؟ چون عقد «واجب الوفا» است، همه قیودش را هم می‌گیرد؛ این ناهماهنگی است. اگر این شرط فسادش به عقد سرایت نمی‌کند؛ برای اینکه در حوزه عقد نیست، در عوضین نیست در ارکان نیست، در مهر نیست، و چون در اجل نیست، اگر فاسد شد این مهر یا این شرط فاسد شد، باعث فساد اجل نیست، باعث فساد مهر نیست و مانند آن، و قهراً «*أَوْفُوا بِالْعُقُودِ*» هم شامل آن نمی‌شود.

نعم! اگر کسی دقیقاً حرف می‌زند؛ یعنی می‌گوید این شرط در ضمن این عقد ذکر شده است و این عقد فقط ظرف این

کار است، یک؛ تا این تعهد از ابتدایی بودن در بیاید تا بشود شرط، دو؛ آن گاه با «المُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» لزوم این شرط را ثابت می‌کند، نه با «أَوْفُوا بِالْعُقُود». لذا اگر این شرط فاسد شد، «المُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» شامل آن نمی‌شود؛ چون شرطی که مخالف کتاب و سنت باشد مستثناست، «المُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» شروط را شامل می‌شود، عقد هم فاسد نیست.

حالا صاحب جواهر (رضوان الله علیه) اینها را در بحث معاملات و مانند آن حتماً تعرض کردند و فرمودند؛ اما این جا (مبحث نکاح) که قبل ذکر شود یا بعد ذکر شود، این وجهی ندارد. [13] اگر شرط چیزی است که به یک تعهدی دیگر وابسته است، ما هم این شرط را قبول داریم. یک وقت است عهد می‌بندد، عهد یک کتاب فقهی دارد، یک حسابی دارد، یک طرفه که نیست، طرف عهد ما خداست، این از کتاب‌های غنی و قوی فقه ماست «کتاب العهد»؛ منتها حالا کتاب «نذر» رواج دارد و کتاب «یمین» رواج دارد، آن کتاب «عهد» فقط نزد اوحدی از علما رواج دارد. شما یک مسلمانی یا یک طلبه‌ای یا یک روحانی و مانند اینها را ندیدید که یک عهدی داشته باشد با خدا؛ این صیغه عهد را بخواند، ایجابش را بخواند، شرایطش را بخواند. بسیاری از بزرگان که جزء اوحدی از اهل ایمان‌اند، به این کتاب عهد فقهی عمل کردند. عهد کردم با چه کسی؟ با «الله»، «عاهدتُ الله»؛ صیغه می‌خواهد. «یمین» را بلد هستیم، «نذر» را بلد هستیم که نذر می‌کنیم اگر فلان شد آش بدهیم یا غذا بدهیم؛ اما «عهد» برای ما معهود نیست، طرف عهد ما هم خداست. با خدا عهد بستم که قصه نخوانم، بعضی از علما می‌گفتند؛ آدم وقت را تلف کند مرتب این روزنامه را بخواند، آن جدول را حل کند، این خبر را گوش بدهد یا آن خبر را! عهد کردم که حرف‌های غیر علمی نزنم و گوش ندهم، طرف عهد هم خداست. این تعهدات، تعهدات دو جانبه است، از طرف خدا هم قبول می‌شود و اگر خلاف کرد هم باید کفاره بپردازد یا جرم دیگر.

شرط ابتدایی که یک جانبه باشد قبول داریم، اما این یک جانبه نیست؛ ده‌ها عقدهایی که بعدها پیدا شده مانند بیمه، بیمه عمر، بیمه مال، بیمه شرکت، بیمه صنعت، از این اقسام و انحای بیمه که همه اینها شرایط ابتدایی است؛ منتها طرفینی است، هیچ‌کدام از اینها در اسلام سابقه نداشت و هیچ‌کدام از اینها هم یک جانبه نیست. «شرط» تعهد متقابل است بله. خدا مرحوم آقا سید محمد کاظم (رضوان الله تعالی علیه) را غریق رحمت کند! ایشان هم از فقهای نامی ما می‌باشد که به شرط ابتدایی فتوا داده که شرط ابتدایی مثل عقود دیگر نافذ است و لازم است، «المُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» این را می‌گیرد و مانند آن. [14] شرط ابتدایی معنای آن این نیست که خود شخص تنهایی با خود تعهد کند. اگر این شرط عهد با «الله» است که «کتاب العهد» شامل آن می‌شود و اگر یک جانبه است که شرط نیست، تعهد به تعهد دیگر وابسته است. این تفاهم‌هایی که مسئولیت را به همراه می‌آورد، نه فقط گفتگوست؛ تمام اقسام بیمه همین شرط ابتدایی است.

پرسش: در بعضی از معاملات برای فرار از ربا بعضی از شروط را ذکر می‌کنند.

پاسخ: گاهی حيله است. خود مرحوم مفید و سایر فقها (رضوان الله تعالی علیهم) گفتند گاهی ممکن است آدم حيله شرعی را اجازه بدهد؛ اما وقتی با حيله بازار مسلمین عوض می‌شود، این مشروع نیست؛ مثل بانک‌های فعلی با حيله همان ربای دارج و رایج را تحمیل می‌کنند به صورت حيله شرعی، گاهی ممکن است انسان یک احتیالی بکند.

غرض این است که اگر برای لزوم وفای به شرط خواستیم به «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» تمسک کنیم، این شرط باید به آن عناصر محوری عقد بخورد که «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شامل آن می‌شود، خیار تخلف شرط را هم باید پذیرفت و مانند آن و اگر چنانچه خواستیم یک احتمالی کنیم بگوییم این شرط باید در ضمن عقد لازم قرار بگیرد. تا دلیل لزوم وفای به آن عقد شامل این شرط بشود، حتماً این شرط باید عناصر محوری عقد برخورد کند که بشود عقد در رتبه سابقه، و دریافت کند «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» را در رتبه لاحق؛ وگرنه صرف اینکه این عقد ظرف باشد تا این از ابتدایی بودن در بیاید، نه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شامل آن می‌شود و نه فساد این عقد به فساد شرط سرایت می‌کند.

پرسش: عقد را معنا کردند به الزام و التزام طرفینی و وقتی التزام طرفینی باشد آن ابتدائیات را شامل می‌شود، نیاز به «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» ندارد.

پاسخ: بله، غرض آن است که این قول تحقیق است که «شرط» تعهد وابسته است. الان خود صاحب جواهر خود مرحوم شیخ اینها شرط‌های ابتدایی را گفتند، حتی ادعای اجماع کردند؛ ادعای اجماع کردند که شرط ابتدایی را شامل نمی‌شود. حرف ما این است که این شرط ابتدایی چرا شامل آن نمی‌شود؟! مگر نگفتید تعهد وابسته؟! دو تعهد است که طرفین متعهد می‌شوند و وابسته هم هست. مصادیق فراوانی برای عقود پیش می‌آید، تعهدات پیش می‌آید؛ منتها میزان آن این است که شرط خلاف شرع نباشد، خلاف مقتضای عقد نباشد، این محدوده را هم شارع مشخص کرده است. الان صاحب جواهر (رضوان الله علیه) مشکل او این است که تعهدات ابتدایی شرط نیست. نظر شریف مرحوم شیخ (رضوان الله تعالی علیه) هم در مکاسب این است که ابتدایی شرط نیست؛ ولی آقا سید محمد کاظم (رضوان الله تعالی علیه) «بالصراحه» گفته تعهدات ابتدایی شرط است.

پرسش: مرحوم شیخ در مکاسب شرط ابتدایی را شرط می‌داند؛ ولی «لازم الوفا» نمی‌داند.

پاسخ: بسیار خوب! اگر باشد که «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» که خیلی غنی‌تر و قوی‌تر از «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» است، باید شامل آن شود. مشکل اینها این است که حرف مرحوم صاحب جواهر رفته به اصول؛ مرحوم صاحب جواهر می‌گوید جداً مشکل داریم که ابتدایی را شرط بگوییم.

خدا غریق رحمت کند مرحوم آیت‌الله آملی بزرگ را! مرحوم آقای آملی بزرگ که - شاگرد آقای نائینی بود - تقریرات او در همین مکاسب چاپ شد؛ هم مرحوم آقا ضیاء در اجازه اجتهادشان این جمله را نوشتند: «كُفَّ الْمُجْتَهِدِينَ الْعِظَامُ»، هم مرحوم آقای نائینی در اجازه اجتهادشان نوشتند: «صَفْوَةُ الْمُجْتَهِدِينَ الْعِظَامُ». از آن فقهای نامی بود که فقه اصغر و اکبر هر دو را جمع کرد، از شاگردان خاص مرحوم آقای قاضی بود. ما اولین سال که درس خارج فقه رفتیم فقه ایشان بود و جزوه نویسی را ما از ایشان یاد گرفتیم. همین مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی را تازه داشتند می‌نوشتند. این جزوه نورانی که ایشان داشتند؛ الان هم همین‌طور است، الان هم وقتی می‌خواهیم یک چیزی بنویسیم همان صفحه اول می‌نویسیم: «بسم الله الرحمن الرحيم»، حداکثر یک حمد و ثنایی هم داشته باشیم و یک صلواتی هم داشته باشیم؛ اما این پیرمرد تمام یعنی تمام! در تمام این صفحات بالای هر صفحه می‌نوشت: «بسم الله الرحمن الرحيم یا صاحب الزمان ادرکنی»، این‌طور بودند! یک تقریراتی از مرحوم سعید العلمای بابلی که هم بحث شیخ انصاری بود و هر دو شاگرد شریف العلماء بودند. مرحوم شیخ در رسائل از صاحب جواهر به عنوان استاد یاد نمی‌کند؛ چه اینکه

در مکاسب هم از صاحب جواهر به عنوان استاد یاد نمی‌کند، ولی پیش شریف العلماء درس خوانده است؛ «استاد الشریف»، «استاد الشریف»، ده یازده جای رسائل قول ایشان را نقل می‌کنند همین است. تقریرات درس آن بزرگوار که به دست ما رسید، او در حاشیه بسیاری از این صفحات نوشته است: «یا ابا الفضل ادرکنی»، اینها اصلاً این‌طور زندگی می‌کردند! باور کرده بودند. الآن ما از تمام شمس و قمر سعی می‌کنیم نور بگیریم؛ نه آفتاب پرست هستیم، نه ماه پرست هستیم، این نور را دارند و ما هم داریم استفاده می‌کنیم؛ علی و اولاد علی که هزارها بار از شمس و قمر بالاترند. ما اصلاً باور نکردیم مسئله «توسل» و «شفاعت» و مانند اینها را! تمام صفحات «بسم الله الرحمن الرحيم یا صاحب الزمان ادرکنی». ایشان می‌فرمودند به اینکه استاد ما مرحوم آقا شیخ عبدالنبی نوری - که از فقهای و حکمای بزرگ تهران بود. خیلی از علما آن روزها در همان تهران درس می‌خواندند. عده‌ای می‌گفتند کافی است؛ چون اینها فارغ التحصیل همان اعظم نجف بودند، یک نجف کوچکی بود در بعضی از حوزه‌ها - فرمودند به اینکه شیخ انصاری فرمود به اینکه من به هیچ مطلبی در مکاسب نرسیدم «الا اشار الیه صاحب الجواهر الیه بنفی او اثبات» من یک نوع‌آوری ندارم. هیچ مطلبی من نگفتم مگر اینکه قبلاً مرحوم صاحب جواهر یا قبول کرد یا نکول، به هر حال طرح کرد. این است که او سلطنت فقهی دارد، حشر او با ائمه (علیهم‌السلام)! ایشان مشکل جدی دارد می‌گوید ابتدایی شرط نیست. بنابراین اگر شرط باشد، «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» شامل آن می‌شود.

غرض این است که ما برای لزوم وفای به شرط، به «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» می‌توانیم تمسک کنیم «بلا ریب». به اجماع نمی‌توانیم تمسک کنیم؛ چون مدرکی است. به نصوص خاصه اگر بخواهیم، در همین محدوده می‌شود تمسک کرد؛ ولی اگر خواستیم به «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» تمسک کنیم باید مواظب باشیم که این شرط اگر به عناصر محوری خود عقد برگشت، مشمول «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» می‌شود؛ اما اگر عقد را به عنوان ظرف قرار دادیم تا این از ابتداییت به در بیاید، اگر گفتیم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شامل آن می‌شود، باید بپذیریم که شرط فاسد مفسد عقد است و اگر نمی‌گوییم شرط فاسد مفسد عقد است «کما هو الحق»، «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» هم شامل آن نمی‌شود. فقط فایده آن این است که این ظرفیت باعث شد که این عنوان شرط پیدا کرد و از ابتدایی بودن درآمده است و شرط شده است؛ حالا که شرط شد، «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» شامل آن می‌شود. حالا تا برسیم به روایات خاصه‌ای که در باب «نکاح» وارد شده است.

[1] شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام (ط - اسماعیلیان)، المحقق الحلّی، ج 2، ص 246-250.

[2] شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام (ط - اسماعیلیان)، المحقق الحلّی، ج 2، ص 250-251.

[3] مدثر/سوره 74، آیه 31.

[4] اعراف/سوره 7، آیه 85.

[5] هود/سوره 11، آیه 85.

[6] شعراء/سوره 26، آیه 183.

[7] مائده/سوره 5، آیه 1.

[8] بقره/سوره 2، آیه 83.

- [9] من لا يحضره الفقيه، الشيخ الصدوق، ج4، ص404.
- [10] تهذيب الأحكام، شيخ الطائفة، ج7، ص371.
- [11] قرب الإسناد (ط- الحديثة)، عبد الله بن جعفر حميري، ج1، ص303.
- [12] كتاب المكاسب، الشيخ الانصاري، ط - الحديثة، ج6، ص11.
- [13] جواهر الكلام، الشيخ محمدحسن النجفي، ج30، ص183-184.
- [14] حاشية المكاسب، السيد اليزدي، ج2، ص123.