درس خارج فقه کتاب نکاح جلسه چهارصد و پنجاه و سوم شنبه 23/11/1400

قال صاحب العروة في حاشيته علی المکاسب: «الإيقاع غير آبٍ عن دخول الشرط فيه، سواء احتاج إلى القبول أو لا.

وحينئذٍ فنقول: مقتضى القاعدة جواز شرط الخيار فيه أيضاً، سواء في ذلك العتق والطلاق والإبراء وغيرها... فإن كان إجماع على عدم صحّة شرط الخيار في كلّها أو بعضها فهو، وإلا فمقتضى عموم «المؤمنون» الصحّة.

والظاهر تحقّقه بالنسبة إلى الطلاق... وفي الإبراء أيضاً الظاهر تحقّق الإجماع.

وأمّا العتق فإنّه وإن قيل فيه أيضاً بتحققه إلا أنّه يمكن منعه، وذلك لما عن الشيخ في النهاية والقاضي وغيرهما من جواز اشتراط إعادته في الرقّ إن خالف ما اشترط عليه، للموثّق عن إسحاق بن عمّار عن أبي عبدالله(ع)...

نعم، حكي عن المشهور عدم العمل بالموثّق المزبور والحكم بفساد الشرط فقط أومع العتق أيضاً، وأنت خبير بأنّه لا وجه لطرحه مع أنّه من الموثّق ولا لحمله على إرادة فساد العتق بذلك ـ كما قيل ـ إذ هو خلاف ظاهره بل صريحه لقوله(ع): «له شرطه».

إلا أن يقال: إنّ خلاف الشيخ والقاضي في مورد الرواية لا ينافي الوفاق على عدم جواز اشتراط الخيار، ولذا حكى المصنّف عن الشيخ في مبسوطه الإجماع على عدم دخول شرط الخيار في العتق والطلاق، وعن السرائر نفي الخلاف في ذلك، هذا.

ويمكن أن يقال: إنّ مورد الإجماع اشتراط الخيار، وأمّا اشتراط شي‌ء آخر يلزم من تخلّفه الخيار، فليس إجماعيّاً في ما عدا الطلاق، فيجوز أن يبرئه دينه ويشترط عليه خياطة ثوب أو يعتقه ويشترط عليه شيئاً، وحينئذٍ فلو خالفا كان له الخيار بمقتضى القاعدة، هذا.

ولكن قال في الجواهر في باب الإقالة: إنّ الشرط فيها لا يوجب التسلّط على الفسخ على فرض التملّك، بل فائدته مجرّد الإلزام، نظير الشرط في العتق والوقف ونحوهما؛ فيظهر منه مفروغيّة ذلك في العتق والوقف، فتدبّر.

فإن قلت: إنّ الإبراء لا يقبل الفسخ، لأنّه إسقاط للحقّ وإذا سقط فلا يعود إلا بسبب جديد، ونظيره إسقاط أحد الخيارات، فإنّه لا يمكن إعادته.

قلت: لا مانع منه عقلاً، إذ له أن يرفع اليد عن معاهدته، فيكون كما كان أوّلاً.

بل نقول: إنّ الفسخ أيضاً قابل لخيار الفسخ عقلاً لكنّه غير معهود، إلا أنّ مجرّد عدم المعهوديّة لا يصلح مانعاً عن عمومات الشرط.

وأمّا ما ذكره المصنّف وجهاً للمنع من عدم مشروعيّة الفسخ فيها فلا يقبل الاشتراط وإلا لزم كون الشرط مشرّعاً وجاعلاً لغير السبب سبباً وهذا بخلافالعقود، فإنّ الفسخ مشروع فيها لمكان صحّة الإقالة والفسخ بخيار المجلس والحيوان ونحوها فيصحّ اشتراط الخيار؛ ففيه ـ بعد منع عدم المشروعيّة في الجملة ـ أنّ اشتراط ذلك في صحّة الشرط ممنوع. نعم، لو علم عدم المشروعيّة المطلقة كان في قوّة العلم بعدم قبولها الخيار وإلا فعدم المشروعيّة بغير الشرط لا ينافي المشروعيّة به، غاية الأمر أنّه يحتاج إلى الدليل ويكفيه العموماتما لم يثبت كون الحكم غير قابل للتغيير بالشرط.»

در واقع آنچه که صاحب عروه در پاسخ به مدعای شيخ بيان داشته­اند اين است که آنچه که در ايقاعات معلوم است، اين است که ايقاع را نمی­توان بدون سبب شرعی منتفی کرد، اما اين مطلب دلالت بر اين ندارد که ذات ايقاع به نحوی است که امکان انتفاء ندارد و يا اين که دليل شرعی بر عدم جواز فسخايقاع وجود دارد.

به عبارت ديگر جواز بازگشت مشروط له از ايقاع به واسطه تخلف مشروط عليه از شرط، مخالف با اطلاق دليل ايقاع است نه با اصل آن، بنابر اين می‎توان با تمسک به اطلاقات لزوم وفای به شروط و عدم لزوم التزام مشروط له به تعهد خود در صورت عدم وفای مشروط عليه به شرط، قائل به جواز فسخ ايقاع نيز شد مگر اين که در موردی اجماع بر خلاف وجود داشته باشد.

حق نيز اين است که کلام ايشان قابل قبول است و بجز در مواردی که اجماع بر عدم امکان فسخ ايقاع وجود دارد ـ مثل طلاق ـ وجهی برای عدم جواز فسخ ايقاع در صورت تخلف از شرط وجود ندارد.

بنابر اين اگر مثلاً کسی قاتل فرزند خود را عفو نمايد مشروط بر اين که ویفعلی را انجام داده يا ترک کند، چنانچه قاتل به شرط عمل نکند، ولی دم نيز حق مطالبه قصاص را خواهد داشت.

البته بحثی در باب اخذ به خيار در تخلف شرط وجود دارد و آن اين که آيا مشروط له در صورت امکان، ابتدا بايد مشروط عليه را الزام به عمل به شرط کند و در صورت عدم امکان الزام، می­تواند اخذ به خيار تخلف شرط کند يا اين که اخذ به خيار و الزام مشروط له به عمل به شرط، در عرض يکديگر واقع هستند که اين مطلب بايد در جای خود مورد بررسی قرار بگيرد.

**نتيجه مسأله:**

نتيجه­ای که بر اساس مطالب فوق می­توان در اين مسأله به آن ملتزم شد اين است که اگر زوج، ابراء باقی مدت متعه را مشروط به فعل يا ترک فعلی نمايد،هم ابراء و هم شرط صحيح است و شرط نيز لزوم وفا دارد و اگر زوجه از آن تخلف نمايد، زوج مادامی که امکان­پذير است، می‎تواند از ابراء خود بازگردد.

البته اگر بازگشت از ابراء ممکن نباشد ـ مثل اين که مدت متعه تمام شده باشد و يا اين که زن با مرد ديگری نکاح کرده باشد ـ در اين صورت اگر امکان اجبار زن به عمل به شرط وجود نداشته باشد، فقط حکم تکليفی حرمت بر تخلف از شرط مترتب خواهد بود.

فرع دوم: جواز فسخ ايقاع در صورتی که طرف مصالحه واقع شود

اگر ايقاع در عقد صلح به عنوان طرف اين عقد واقع شود ـ مثل اين که مصالح به متصالح بگويد: «من ابراء دين تو به خود را با تو مصالحه می‎کنم به اين که تو با دختر من ازدواج کنی» ـ و پس از ايقاع، متصالح به مصالح به عمل نکند،آيا مصالح نيز حق فسخ ايقاع و بازگشت از مصالح عنه را داراست؟

همچنين اگر در ضمن عقد صلح مذکور شرطی قرار داده شود و مشروط عليه به شرط عمل نکند، آيا حق فسخ ايقاع به اين واسطه وجود خواهد داشت؟

بر طبق آنچه که گذشت مبنی بر اين که حتی در شرط ابتدائی نيز می‎توان به واسطه تخلف از شرط، ايقاع را فسخ نمود، به طريق اولی می‎توان در اين مسأله نيز قائل به فسخ ايقاع شد.

بلکه می‎توان گفت که در اين مسأله، ايقاع باطل خواهد بود، چه قائل به جواز فسخ آن با شرط بشويم و چه نه، زيرا ايقاعی که به عنوان طرف مصالحه واقع شده است، در واقع مقيّد به اين بوده است که طرف ديگر مصالحه نيز واقع شود و با عدم تحقق مصالح به، قيد منتفی شده و در نتيجهايقاع از ابتدا فاسد خواهد بود.

بلکه به اين مطلب در خصوص عقودی که جواز فسخ ندارند ـ مثل نکاح ـ نيز می‎توان ملتزم شد.

اما چنانچه در ضمن ايقاع آن را مقيّد به تحقق طرف ديگر مصالحه ايقاع نکرده باشد، در واقع قصد مصالحه نداشته و بلکه قصد وی ايقاع مشروط بوده است که حکم آن گذشت.

البته چنانچه طرف عقد به نحوی باشد که بتوان قائل به اين شد که حق يک طرف معامله، به ذمه طرف ديگر تعلق گرفته است ـ مثل بيع و يا عقد صلحی که مصالح به در آن دارای ماليت باشد ـ مطلب مذکور تمام نيست، چون در برابر تمليک طرف اول و يا انجام مصالح عنه، بايع يا مصالح، مالک ذمه طرفديگر می‎شود و اداء آن مال، عنوان افراغ ذمه را پيدا می‎کند و معامله مقيد به آن نخواهد بود، فلذا طرف معامله در صورت عدم اداء مال توسط طرف ديگر، حق فسخ پيدا می‎کند نه اين که معامله فاسد باشد.

اما آيت الله حکيم در موردی که مصالح به ترک فعل اعتباری باشد، قائل به بطلان آن فعل در صورت مخالفت شده است.

قال السيّد الحکيم في المنهاج: «لو صالحها على أن يبرئها المدّة وأن لا تتزوّج بفلان، صحّ الصلح ووجب عليه الإبراء، فإن امتنع أجبره الحاكم، فإن تعذّر تولاه الحاكم، ولا يصحّ لها أن تتزوّج بفلان، فإن تزوّجت به بطل التزويج.»

وقال الشهيد الصدر في توجيهه: «حتّی لو قيل بصحّته في موارد الشرط، لأنّ الاشتراط لا يجعل الشخص مالکاً لنفس عدم التزويج، بل للالتزام بالعدم بخلافه في المقام.» اما وجه صحيحی برای توجيه شهيد صدر به نظر نمی­رسد، چون ملکيت امر عدمی دارای معنای محصّلی نيست. بنابر اين تنها وجهی که برای بطلان در اين موارد وجود دارد، عدم سلطه متصالح برای فعل اعتباری است که در فرع بعدی به آن خواهيم پرداخت ان شاء الله.