



مرکز تحقیقات اسلامی

اصفهان

گامی



عمران
علیه السلام

www.

www.

www.

www.

Ghaemiyeh

.com

.org

.net

.ir

کتاب جامع

تقریرات

حضرت آیت اللہ شبیری زنجانی (مدظلہ)



«جلد ۹»

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

نکاح: تقریرات درس آیت الله شبیری زنجانی

نویسنده:

آیت الله العظمی موسی شبیری زنجانی

ناشر چاپی:

موسسه پژوهشی رای پرداز

ناشر دیجیتال:

مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

فهرست

- فهرست ۵
- نکاح : تقریرات درس آیت الله شبیری زنجانی جلد ۹ ۳۰
- مشخصات کتاب ۳۰
- اشاره ۳۰
- ۱۳۸۰/۱/۲۲ چهارشنبه درس شماره (۳۰۸) کتاب النکاح/سال سوم ۲۹۰۱
- اشاره ۲۹۰۱
- خلاصه درس قبل و این جلسه: ۲۹۰۱
- لا فرق فی الحکم بین الزنا فی القبل او الذبر ۲۹۰۱
- (۱) متن عروه: ۲۹۰۱
- (۲) بیان مرحوم آقای خویی رحمه الله: ۲۹۰۲
- (۳) نقد استاد مد ظله بر کلام مرحوم آقای خویی رحمه الله: ۲۹۰۲
- (۴) بیان مرحوم آقای حکیم رحمه الله: ۲۹۰۳
- (۵) فرمایش استاد مد ظله: ۲۹۰۵
- ۱۳۸۰/۱/۲۵ شنبه درس شماره (۳۰۹) کتاب النکاح/سال سوم ۲۹۰۸
- اشاره ۲۹۰۸
- خلاصه درس قبل و این جلسه: ۲۹۰۸
- ملاحظات استاد دام ظله بر فرمایشات علمین قدس سرهم در مقام ۲۹۰۹
- وجه کلام صاحب العروه به نظر استاد مد ظله ۲۹۱۰
- اذا علم أنه زنی با حدی الامرأتین و لم یدر أیتهما هی؟ ۲۹۱۳
- متن عروه: ۲۹۱۳
- تعلیقہ ای از مرحوم آقای خمینی قدس سره: ۲۹۱۴
- توجیه حاشیه مرحوم آقای خمینی قدس سره ۲۹۱۴
- ۱۳۸۰/۱/۲۶ یکشنبه درس شماره (۳۱۰) کتاب النکاح/سال سوم ۲۹۱۶
- اشاره ۲۹۱۶

- ۲۹۱۶ خلاصه درس قبل و این جلسه:
- ۲۹۱۶ بررسی کلام مرحوم آقای خمینی قدس سزه
- ۲۹۲۲ لا فرق فی الزنا بین کونه اختیاریاً أو اجباریاً أو اضطراریاً
- ۲۹۲۲ متن عروه:
- ۲۹۲۳ دلیل نشر حرمت در زناى شخص معذور
- ۲۹۲۳ فرمایش مرحوم آقای خویی رحمه الله
- ۲۹۲۴ بررسی کلام مرحوم آقای خویی رحمه الله
- ۲۹۲۶ ۱۳۸۰/۱/۲۷ دوشنبه درس شماره (۳۱۱) کتاب النکاح/سال سوم
- ۲۹۲۶ اشاره
- ۲۹۲۶ خلاصه درس این جلسه:
- ۲۹۲۶ لا فرق فی الزنا بین کونه اختیاریاً أو اجباریاً أو اضطراریاً
- ۲۹۲۶ متن عروه:
- ۲۹۲۶ الف) پیگیری فرمایش استاد - مد ظله در حکم زناى مکروه و مضطر:
- ۲۹۲۸ ب) بررسی حکم زناى شخص خواب:
- ۲۹۲۸ اشاره
- ۲۹۲۸ ۱) نقل کلام مرحوم آقای حکیم و مرحوم آقای خویی:
- ۲۹۲۸ ۲) بررسی کلام مرحوم آقای خویی توسط استاد - مد ظله :-
- ۲۹۲۹ ۳) نظر استاد - مد ظله :-
- ۲۹۳۱ ج) بررسی حکم زناى غیر بالغ:
- ۲۹۳۱ متن عروه:
- ۲۹۳۱ ۱) استدلال مرحوم آقای خویی:
- ۲۹۳۲ ۲) مناقشه استاد - مد ظله - به کلام مرحوم آقای خویی:
- ۲۹۳۳ د) بررسی حکم زنا به مزنی بهای غیر بالغه:
- ۲۹۳۳ و) کلمات برخی از لغویان درباره «افضاء»
- ۲۹۳۴ ۱۳۸۰/۱/۲۸ سه شنبه درس شماره (۳۱۲) کتاب النکاح/سال سوم
- ۲۹۳۴ اشاره

- خلاصة درس اين جلسه: ٢٩٣٤
- الف) اذا كان الزنا لاحقاً، فطلقت الزوجه رجعياً ثم رجع الزوج في اثناء العده ٢٩٣٤
- متن مسئله ٣٤: ٢٩٣٤
- (١) توضيح كلام مرحوم سيد: ٢٩٣٤
- ١ - طرح مسئله: ٢٩٣٤
- ٢ - نظر مرحوم سيد رحمه الله: ٢٩٣٥
- (٢) كلام مرحوم آقاي خويي رحمه الله: ٢٩٣٦
- اشاره ٢٩٣٦
- بررسی كلام مرحوم آقاي خويي رحمه الله: ٢٩٣٧
- (٣) اشكال استاد - مد ظله - به كلام مرحوم سيد: ٢٩٣٩
- (٤) تقريب استاد مد ظله برای كلام مرحوم سيد: ٢٩٤١
- ١٣٨٠/١/٢٩ چهارشنبه درس شماره (٣١٣) كتاب النكاح/سال سوم ٢٩٤٣
- اشاره ٢٩٤٣
- خلاصة درس قبل و اين جلسه: ٢٩٤٣
- الف) فرع دوم ادامه مسئله ٣٤: ٢٩٤٣
- ب) مسئله ٣٥: «اذا زوج رجل امراه فصولاً، فزنى بأمرها او بنتها ثم اجاز العقد ٢٩٤٥
- متن مسئله ٣٥: ٢٩٤٥
- (١) توضيح كلام مرحوم سيد رحمه الله: ٢٩٤٥
- (٢) كلام مرحوم آقاي حكيم رحمه الله: ٢٩٤٦
- (٣) توضيح استاد مد ظله در معنای كشف حكمی: ٢٩٤٧
- ١٣٨٠/٢/١ شنبه درس شماره (٣١٤) كتاب النكاح/سال سوم ٢٩٤٩
- اشاره ٢٩٤٩
- خلاصة درس اين جلسه: ٢٩٤٩
- الف) مسئله ٣٩: عدم جواز جمع بين الأختين: ٢٩٤٩
- (١) متن عروه و توضيح آن: ٢٩٤٩
- (٢) توضيح فقرة «أو مختلفتين»: ٢٩٥٠

- ۳) توجیه مرحوم آقای بروجردی به کلمه «أو مختلفین»: ۲۹۵۱
- ۴) توجیه امام راحل قدس سزه و نقد آن: ۲۹۵۲
- ۵) توجیه سوم برای «مختلفین» و نقد آن: ۲۹۵۳
- (ب) مسئله ۴۰-۴۲: ۲۹۵۴
- (۱) متن مسئله ۴۰ و توضیح آن: ۲۹۵۴
- (۲) متن مسئله ۴۱ و توضیح آن: ۲۹۵۵
- (۳) متن مسئله ۴۳ و توضیح آن: ۲۹۵۵
- ۱۳۸۰/۲/۲ یکشنبه درس شماره (۳۱۵) کتاب النکاح/سال سوم ۲۹۵۷
- اشاره ۲۹۵۷
- خلاصه درس این جلسه: ۲۹۵۷
- (الف) بررسی مسئله ۴۲: لو تزوج باحدى الاختین ثم تزوج بالآخری بطل عقد الثانیه ۲۹۵۷
- اشاره ۲۹۵۷
- (۱) استدلال به آیه شریفه و روایت مسعده بن زیاد: ۲۹۵۷
- (۲) اشاره به صحّت روایت موسی بن بکر: ۲۹۵۸
- (۳) نقل دو روایت زراره: ۲۹۵۹
- (۴) بررسی معارضه دو روایت زراره با صحیحہ ابی بکر حضرمی: ۲۹۶۰
- اشاره ۲۹۶۰
- بررسی تفسیر مرحوم آقای خوبی از صحیحہ ابی بکر حضرمی: ۲۹۶۰
- (۵) تفسیر شیخ طوسی از صحیحہ ابی بکر حضرمی: ۲۹۶۱
- (ب) آیا انتفاع از خواهر اول، موقوف بر انقضاء عده خواهر دوم است؟ ۲۹۶۱
- اشاره ۲۹۶۱
- (۱) اشاره به آرای علماء در مسئله: ۲۹۶۱
- (۲) کلام استاد - مد ظله - در مسئله: ۲۹۶۲
- (ج) بررسی مسئله ۴۲: لو تزوج بالاختین و لم یعلم السابق و اللاحق ۲۹۶۲
- (۱) متن مسئله: ۲۹۶۲
- (۲) اشاره به مبنای اصولی مسئله: ۲۹۶۳

- ۲۹۶۳ (۳) ادامه مسئله ۴۳:
- ۲۹۶۳ (۴) تذکراتی درباره کلام سید رحمه الله:
- ۲۹۶۶ ۱۳۸۰/۲/۳ دوشنبه درس شماره (۳۱۶) کتاب النکاح/سال سوم
- ۲۹۶۶ اشاره
- ۲۹۶۶ خلاصه درس این جلسه:
- ۲۹۶۶ الف) تکمله ای درباره بحث بطلان عقد خواهر دوم:
- ۲۹۶۶ (۱) تحریر محل کلام و مورد بحث:
- ۲۹۶۷ (۲) بیان مراد از تحریم در آیه حَرِّمْتُ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتِكُمْ:
- ۲۹۷۰ (۳) تقریب عدم جواز استدلال به آیه شریفه برای بطلان عقد خواهر دوم علی الاطلاق:
- ۲۹۷۰ (ب) بررسی روایتی که جمع بین اختین را به عقد انقطاعی جایز می داند:
- ۲۹۷۱ (ج) بررسی حکم اجبار مرد به طلاق در جایی که باید از هر دو خواهر اجتناب کند:
- ۲۹۷۳ ۱۳۸۰/۲/۴ سه شنبه درس شماره (۳۱۷) کتاب النکاح/سال سوم
- ۲۹۷۳ اشاره
- ۲۹۷۳ خلاصه درس قبل و این جلسه:
- ۲۹۷۴ الف) طرح مفاد قاعده لا ضرر طبق نظر مرحوم صاحب کفایه:
- ۲۹۷۴ (۱) نفی حکم به لسان نفی موضوع:
- ۲۹۷۵ (۲) عدم شمول قاعده لا ضرر و لا حرج نسبت به احکام ظاهری و عناوین ثانویه:
- ۲۹۷۶ (۳) عدم شمول لا ضرر نسبت به احکام عقلی:
- ۲۹۷۶ (ب) نقد نظرات مرحوم آقای آخوند توسط استاد - مدّ ظلّه -:
- ۲۹۷۶ (۱) پذیرش مبنای مرحوم آقای آخوند رحمه الله در مفاد «لا ضرر»:
- ۲۹۷۷ (۲) شمول دلیل لا ضرر نسبت به احکام ظاهری:
- ۲۹۷۷ (۳) عدم جواز مخالفت قطعی در صورت نفی حکم احتیاط:
- ۲۹۷۸ (۴) احتیاط یک حکم شرعی مستفاد از روایات است:
- ۲۹۷۸ (۵) شمول دلیل لا ضرر نسبت به احتیاط روی فرض عدم دلالت روایات:
- ۲۹۷۹ (۶) امکان تنزیل در احکام عقلی محض از سوی شارع:
- ۲۹۸۲ ۱۳۸۰/۲/۵ چهارشنبه درس شماره (۳۱۸) کتاب نکاح / سال سوم

- ۲۹۸۲ اشاره
- ۲۹۸۲ خلاصه درس قبل و این جلسه:
- ۲۹۸۲ (۱) طرح مسئله:
- ۲۹۸۳ (۲) فرمایش مرحوم آقای حکیم رحمه الله:
- ۲۹۸۴ (۳) نقد سخن آقای حکیم رحمه الله توسط استاد مد ظله:
- ۲۹۸۶ (۴) نظر استاد مد ظله در مسئله:
- ۲۹۸۷ (۵) اشکال استاد مد ظله به کلام مرحوم آقای خویی رحمه الله:
- ۲۹۸۸ ۱۳۸۰/۲/۸ شنبه درس شماره (۳۱۹) کتاب النکاح/سال سوم
- ۲۹۸۸ اشاره
- ۲۹۸۸ خلاصه درس قبل و این جلسه:
- ۲۹۸۸ الف) بررسی کلام مرحوم آقای حکیم «قدس سزه» در تفسیر آیه مورد بحث:
- ۲۹۸۸ (۱) نقل کلام مرحوم آقای حکیم:
- ۲۹۸۹ (۲) بررسی کلام مرحوم آقای حکیم:
- ۲۹۸۹ ب) نقل روایات مربوط به تسریح به احسان:
- ۲۹۸۹ اشاره
- ۲۹۹۰ (۱) صحیحہ ابی بصیر:
- ۲۹۹۰ (۲) توضیح روایت:
- ۲۹۹۱ (۳) موثقہ ابن فضال:
- ۲۹۹۲ (۴) روایت سماعه:
- ۲۹۹۲ ج) روایت دیگر در مورد تسریح باحسان:
- ۲۹۹۲ اشاره
- ۲۹۹۴ (۱) صحیحہ عبد الرحمن ابن اعین:
- ۲۹۹۴ (۲) روایت خطبه نکاح امام باقر «علیه السلام»:
- ۲۹۹۵ (۳) روایت خطبه نکاح امام جواد «علیه السلام»:
- ۲۹۹۵ (۴) روایت خطبه نکاح امام صادق «علیه السلام»:
- ۲۹۹۶ (۵) صحیحہ ابی مریم:

- ۶) عبارت تفسیر منسوب به علی بن ابراهیم قمی: ۲۹۹۶
- د) اشاره به کلمات مفتشان در تفسیر آیه مورد بحث: ۲۹۹۶
- ۱) نظرهای مفتشان در تفسیر آیه: ۲۹۹۶
- ۲) تذکر نکته ای درباره تفسیر تبیان: ۲۹۹۷
- ۳) نگاهی به آیات تسریح در قرآن و مفاد تسریح در آنها: ۲۹۹۷
- ۴) کلام مرحوم آقای خوبی درباره آیه ۲۳۲ بقره: ۲۹۹۸
- ۵) بررسی کلام مرحوم آقای خوبی «قدس سزه»: ۲۹۹۹
- ه) بررسی کلام مرحوم آقای خوبی در استدلال به آیه فوق: ۳۰۰۰
- اشاره ۳۰۰۰
- ۱) کلام مرحوم آقای خوبی: ۳۰۰۱
- ۲) بررسی کلام مرحوم آقای خوبی و اشاره به معنای ظاهری آیه مورد بحث: ۳۰۰۱
- ۳) اشکال دوم مرحوم آقای خوبی به استدلال به آیه فوق: ۳۰۰۲
- ۴) بررسی اشکال دوم مرحوم آقای خوبی: ۳۰۰۳
- و) نظر مختار در استدلال به آیه شریفه: ۳۰۰۵
- ۱۳۸۰/۲/۹ یکشنبه درس شماره (۳۲۰) کتاب النکاح/سال سوم ۳۰۰۶
- اشاره ۳۰۰۶
- خلاصه درس قبل و این جلسه: ۳۰۰۶
- الف) وظیفه شوهر در صورت عدم شناسایی زوجه واقعی از میان دو خواهر: ۳۰۰۷
- اشاره ۳۰۰۷
- ۱) متن روایت عمر بن حنظله: ۳۰۰۷
- ۲) توضیح سند و متن روایت: ۳۰۰۷
- ۳) تقریب صحیح برای استدلال به روایت فوق: ۳۰۰۸
- ۴) جریان قاعده قرعه در مقام: ۳۰۰۹
- ب) نگاهی به ادله قرعه: ۳۰۱۰
- اشاره ۳۰۱۰
- ۱) خلاصه کلام مرحوم آقای خمینی قدس سزه: ۳۰۱۰

- ۲) بررسی کلام مرحوم آقای خمینی: ۳۰۱۲
- ۳) نقل مباحثه طیار با زراره و توضیح آن: ۳۰۱۵
- ۴) کلام مرحوم امام درباره مناظره فوق و بررسی آن: ۳۰۱۶
- ۵) نتیجه بحث تا اینجا و تکمیل بحث از ادله قرعه و تطبیق آن بر مقام: ۳۰۱۶
- ۱۳۸۰/۲/۱۰ دوشنبه درس شماره (۳۲۱) کتاب نکاح سال سوم ۳۰۱۸
- اشاره ۳۰۱۸
- خلاصه درس قبل و این جلسه: ۳۰۱۸
- الف: پیگیری کلام پیرامون روایات قرعه - ۳۰۱۸
- ۱ - بررسی روایت محمد بن حکیم ۳۰۱۸
- ۲ - مناقشه استاد - مد ظله - بر کلام مذکور ۳۰۲۰
- ب: تمسک به قرعه برای تعیین زوجة واقعه ۳۰۲۱
- ۱ - تقریب جواز تمسک ۳۰۲۱
- ۲ - مختار استاد - مد ظله - در مقام ۳۰۲۱
- ج: بررسی نهائی کیفیت تعیین تکلیف دو خواهر مذکور ۳۰۲۳
- متن عروه: ۳۰۲۳
- کلام مرحوم آقای حکیم رحمه الله: (اطلاق ادله قرعه) ۳۰۲۴
- نظر استاد مد ظله: ۳۰۲۴
- ادامه بررسی جریان «لا ضرر» ۳۰۲۵
- بررسی استدلال به «لا ضرر» برای اثبات قرعه ۳۰۲۶
- ۱۳۸۰/۲/۱۲ چهارشنبه درس شماره (۳۲۲) کتاب النکاح/سال سوم ۳۰۲۸
- اشاره ۳۰۲۸
- خلاصه درس قبل و این جلسه: ۳۰۲۸
- (۱) اشکال استاد مد ظله در شمول دلیل ضرر و تمسک به آیه شریفه «فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ...» نسبت به زن: ۳۰۲۸
- (۲) بیان استاد مد ظله در مورد حکم مهریه در ما نحن فیه: ۳۰۳۱
- ۱۳۸۰/۲/۱۵ شنبه درس شماره (۳۲۳) کتاب النکاح/سال سوم ۳۰۳۴
- اشاره ۳۰۳۴

- خلاصه درس قبل و این جلسه: ۳۰۳۴
- الف) تکمیل بحث جلسه قبل در لزوم طلاق دادن: ۳۰۳۴
- ب) حکم مهریه اختین: ۳۰۳۶
- ۱) طرح بحث: ۳۰۳۶
- ۲) کلام مرحوم آقای حکیم: ۳۰۳۶
- ۳) اشکال استاد مد ظله بر آقای حکیم «رحمه الله»: ۳۰۳۷
- ۴) تقریب صحیح تر برای جریان قرعه در مقام توسط استاد مد ظله: ۳۰۳۹
- ۵) توضیح بیشتر درباره قاعده «لا ضرر»: ۳۰۳۹
- ۶) اشکال در جریان قرعه در مقام: ۳۰۴۰
- ج) اشاره به برخی از مسائل اصولی: ۳۰۴۱
- ۱) اشاره به مبنای مرحوم آقای داماد در جمع بین حکم ظاهری و حکم واقعی: ۳۰۴۱
- ۲) اشاره به مبنای مرحوم آقای داماد در باب تنجیز علم اجمالی: ۳۰۴۱
- ۳) نتیجه گیری از بحث مرحوم آقای داماد در این بحث و بررسی آن: ۳۰۴۳
- ۴) مناقشه در اطلاق مبنای مرحوم آقای داماد در بحث علم اجمالی: ۳۰۴۳
- ۵) تطبیق بحث اصولی گذشته بر محل کلام: ۳۰۴۴
- ۶) آغاز بحث درباره قاعده عدل و انصاف: ۳۰۴۴
- ۱۳۸۰/۲/۱۶ یکشنبه درس شماره (۳۲۴) کتاب النکاح/سال سوم ۳۰۴۶
- اشاره ۳۰۴۶
- خلاصه درس قبل و این جلسه: ۳۰۴۶
- الف) بررسی کلام مرحوم آقای حکیم در رد قاعده عدل و انصاف: ۳۰۴۷
- ۱) نقل کلام مرحوم آقای حکیم: ۳۰۴۷
- ۲) توضیح کلام مرحوم آقای حکیم درباره بحث میراث غرقى و مهدوم علیه: ۳۰۴۹
- ۳) مناقشه استاد - مد ظله - در کلام مرحوم آقای حکیم: ۳۰۵۰
- ۴) نتیجه گیری بحث: ۳۰۵۲
- ب) بررسی ادامه کلام مصنف: ۳۰۵۲
- ۱) متن عروه: ۳۰۵۲

- ۲) طرح بحث: ۳۰۵۳
- ۳) صورتهای وجود علم اجمالی در مسئله: ۳۰۵۳
- ج) بررسی مسئله ۴۴: لو اقترن عقد الاختین ۳۰۵۵
- ۱) متن مسئله: ۳۰۵۵
- ۲) توضیح مسئله و صورتهای آن: ۳۰۵۵
- ۳) طرح بحث: ۳۰۵۵
- ۴) نگاهی به کلمات فقهاء در سند روایت محلّ بحث: ۳۰۵۶
- ۵) نگاهی به کلمات فقهاء دربارهٔ روایت مورد بحث: ۳۰۵۷
- ۱۳۸۰/۲/۱۷ دو شنبه درس شماره (۳۲۵) کتاب النکاح/سال سوم ۳۰۵۸
- اشاره ۳۰۵۸
- خلاصهٔ درس قبل و این جلسه: ۳۰۵۸
- الف) بررسی سند روایت جمیل بن دراج: ۳۰۵۸
- ۱) نقل روایت به طرق مختلف: ۳۰۵۸
- ۲) تقریب مرحوم آقای خویی برای تصحیح سند روایت: ۳۰۵۹
- ۳) نقد کلام آقای خویی «رحمه الله» توسط استاد مد ظله: ۳۰۶۰
- ۴) تقریب استاد مد ظله برای اعتبار روایت صدوق: ۳۰۶۲
- ب) بررسی دلالت روایت: ۳۰۶۳
- ۱) بیان وجه مختار عده ای که روایت را حمل به صورت عقد جدید کرده اند: ۳۰۶۳
- ۲) مختار استاد مد ظله در دلالت روایت جمیل: ۳۰۶۵
- ۳) توضیحی دربارهٔ کلام صاحب جواهر: ۳۰۶۶
- ۱۳۸۰/۲/۱۸ سه شنبه درس شماره (۳۲۶) کتاب النکاح/سال سوم ۳۰۶۷
- اشاره ۳۰۶۷
- خلاصهٔ درس قبل و این جلسه: ۳۰۶۷
- الف) بررسی وجود ملازمه یا عدم ملازمه بین جمع دو خواهر و جمع پنج زن به عقد واحد از نظر حکم تخییر: ۳۰۶۸
- ۱) نظر قائلان به ملازمه بین دو مسئله و تقریبی بر تخییر در جمع بین دو خواهر: ۳۰۶۸
- ۲) نقد استاد مد ظله: ۳۰۶۸

- (ب) بررسی روایت عنبسه بن مصعب: ۳۰۷۰
- (۱) متن حدیث: ۳۰۷۰
- (۲) تذکری درباره اشتباه جامع الاحادیث: ۳۰۷۱
- (۳) توضیح مختصری از حدیث عنبسه: ۳۰۷۱
- (ج) جمع دو روایت عنبسه و جمیل: ۳۰۷۲
- اشاره ۳۰۷۲
- (۱) فرمایش مرحوم شیخ طوسی در جمع بین دو روایت: ۳۰۷۲
- (۲) جمع دو روایت توسط استاد مد ظلّه: ۳۰۷۲
- (د) عدم تعدی حکم تخیر از اصیل به وکیل: ۳۰۷۴
- (۱) کلام مرحوم آقای خویی: ۳۰۷۴
- (۲) نقد استاد مد ظلّه: ۳۰۷۵
- (۳) تقریبی از استاد مد ظلّه در تصحیح عقد اصیل: ۳۰۷۶
- (۴) بررسی تقریب فوق: ۳۰۷۷
- ۱۳۸۰/۲/۱۹ چهارشنبه درس شماره (۳۲۷) کتاب النکاح/سال سوم ۳۰۷۸
- اشاره ۳۰۷۸
- خلاصه درس قبل و این جلسه: ۳۰۷۸
- (۱) طرح مسئله: ۳۰۷۹
- (۲) فروض مختلف مسئله و نظر مرحوم سید: ۳۰۷۹
- (۳) آغاز بررسی صور مسئله و فرمایش مرحوم آقای حکیم: ۳۰۸۱
- (۴) نظر استاد (مد ظلّه) درباره فرمایش آقای حکیم: ۳۰۸۲
- (۵) بررسی کلام مرحوم سید: ۳۰۸۴
- (۶) توجیه مرحوم آقای گلپایگانی نسبت به کلام سید «رحمه الله»: ۳۰۸۴
- (۷) اشکال استاد (مد ظلّه) به مرحوم آقای گلپایگانی: ۳۰۸۵
- (۸) توجیه استاد (مد ظلّه) نسبت به کلام سید «رحمه الله»: ۳۰۸۶
- (۹) نظر استاد (مد ظلّه) نسبت به توجیه اخیر و نظر نهایی ایشان: ۳۰۸۶
- ۱۳۸۰/۳/۶ یکشنبه درس شماره (۳۲۸) کتاب النکاح/سال سوم ۳۰۸۸

- ۳۰۸۸ اشاره
- ۳۰۸۸ خلاصه درس قبل و این جلسه:
- ۳۰۸۸ الف) بررسی مسئله ۴۷: لو كانت الأختان كلتاهما أو إحداهما من الزنا
- ۳۰۸۸ (۱) متن مسئله ۴۷:
- ۳۰۸۹ (۲) توضیح مسئله:
- ۳۰۸۹ (۳) کلام مرحوم آقای حکیم:
- ۳۰۹۰ (۴) بررسی کلام مرحوم آقای حکیم توسط استاد مد ظلّه:
- ۳۰۹۴ ب) بررسی مسئله ۴۸: اذا تزوّج الأختین ثم طلقها طلاقاً رجعياً
- ۳۰۹۴ (۱) متن مسئله:
- ۳۰۹۵ (۲) عدم جواز تزویج با اخت الزوجه مادامی که خواهر او در عدّه طلاق رجعی است:
- ۳۰۹۵ (۳) جواز تزویج با خواهر مطلقه باینکه:
- ۳۰۹۶ (۴) آیا ازدواج با خواهر، همسر انقطاعی پس از انقضاء مدت تزویج او و در زمانی که در عدّه است جایز است؟:
- ۳۰۹۷ (۵) اقوال علماء در مسئله:
- ۳۰۹۹ ۱۳۸۰/۳/۷ شنبه درس شماره (۳۲۹) کتاب النکاح/سال سوم
- ۳۰۹۹ اشاره
- ۳۰۹۹ خلاصه درس قبل و این جلسه:
- ۳۰۹۹ الف) بررسی مسئله ۴۸: لو كان عنده احدی الاختین بعقد الانقطاع و انقضت المده
- ۳۰۹۹ (۱) متن عروه:
- ۳۱۰۰ (۲) طرح مسئله (یادآوری):
- ۳۱۰۰ ب) بررسی سند روایت:
- ۳۱۰۰ (۱) طرح اشکالات سند:
- ۳۱۰۱ (۲) جواب استاد (مد ظلّه) از دو اشکال مذکور:
- ۳۱۰۲ ج) بررسی دلالت روایت:
- ۳۱۰۲ (۱) تقریب اجمالی بر وجود مطلقات دال بر جواز:
- ۳۱۰۲ (۲) طرح دو اشکال به مطلقات:
- ۳۱۰۴ (۳) دفاع استاد (مد ظلّه) از اطلاق مطلقات و رد دو اشکال مذکور:

- ۴) لزوم اخذ به مطلقات و عدم جواز تخصیص آنها در خصوص متعه: ۳۱۰۶
- ۵) وجهی دیگر برای جمع بین روایات: ۳۱۰۷
- د) توضیح مسئله ۴۸: و الظاهر انه كذلك اذا وهب مدتها و ان كان مورد النص انقضاء المده: ۳۱۰۸
- ۱) متن عروه: ۳۱۰۸
- ۲) توضیح مسئله: ۳۱۰۸
- ه) بررسی مسئله ۴۹: اذا زنى باحدى الاختين جاز له نکاح الاخرى فى مده استبراء الاولى: ۳۱۰۸
- ۱) متن عروه: ۳۱۰۸
- ۲) توضیح مسئله: ۳۱۰۹
- ۳) ادامه متن عروه: ۳۱۰۹
- ۴) توضیح مسئله: ۳۱۰۹
- ۱۳۸۰/۳/۸ سه شنبه درس شماره (۳۳۰) کتاب النکاح/سال سوم: ۳۱۱۱
- اشاره: ۳۱۱۱
- خلاصه درس قبل و این جلسه: ۳۱۱۱
- الف) الغاء خصوصیت از مورد روایت برید: ۳۱۱۲
- ۱) نظر مرحوم آقای خویی: ۳۱۱۲
- ۲) پاسخ استاد (مد ظله): ۳۱۱۲
- ب) بررسی سبب فتوی ندادن مرحوم سید: ۳۱۱۳
- ۱) کلام مرحوم آقای حکیم در مورد اعراض اصحاب از روایت برید: ۳۱۱۳
- ۲) نقد استاد (مد ظله): ۳۱۱۳
- ۳) تعارض روایات جمیل بن صالح و محمد بن مسلم و حلبی با روایات برید و زراره: ۳۱۱۵
- ۴) نظر استاد (مد ظله): ۳۱۱۶
- ۵) کلام مشترک مرحوم آقای خویی و مرحوم آقای حکیم در مورد بیگانه بودن روایات برید و زراره از محل بحث: ۳۱۱۷
- ۶) نظر استاد (مد ظله): ۳۱۱۷
- ج) بررسی حکم جمع بین دو بانوی فاطمی: ۳۱۱۸
- ۱۳۸۰/۳/۹ چهارشنبه درس شماره (۳۳۱) کتاب النکاح/سال سوم: ۳۱۱۹
- خلاصه درس قبل و این جلسه: ۳۱۱۹

- الف) طرح مسئله: الاقوی جواز الجمع بین فاطمیتین علی کراهه ۳۱۲۰
- ۱) متن عروه: ۳۱۲۰
- ۲) توضیح نظر سید «رحمه الله»: ۳۱۲۰
- ب) بررسی سند روایت: ۳۱۲۱
- ۱) لزوم بررسی سندی: ۳۱۲۱
- ۲) بررسی سند تهذیب و تقریب اعتبار آن: ۳۱۲۱
- ۳) مناقشه در صحت طریق تهذیب و تذکر اشتباه نجاشی: ۳۱۲۲
- ۴) بررسی سند روایت در علل (بررسی حال ابان بن عثمان و محمد بن علی ماجیلویه): ۳۱۲۳
- ج) مروری بر تاریخچه مسئله: ۳۱۲۵
- ۱) قائلان به تحریم جمع بین فاطمیتین یا متوقفین در مسئله: ۳۱۲۵
- ۲) نسبت قول به تحریم به شیخ صدوق: ۳۱۲۷
- ۳) ادامه کلام صاحب حدائق: ۳۱۲۸
- د) نظر استاد (مد ظله) در مسئله: ۳۱۲۸
- اشاره ۳۱۲۸
- ۱) حکم وضعی در مسئله: ۳۱۲۸
- ۲) شیخ صدوق «رحمه الله» و قول به حرمت: ۳۱۲۹
- ۳) بررسی دلالت روایت: ۳۱۳۰
- ۱۳۸۰/۶/۲۴ شنبه درس شماره (۳۳۲) کتاب النکاح/سال چهارم ۳۱۳۴
- اشاره ۳۱۳۴
- فصل فی العقد و أحكامه ۳۱۳۴
- اشاره ۳۱۳۴
- ۱) عدم کفایت تراضی باطنی: ۳۱۳۴
- ۲) کلام مرحوم شیخ انصاری قدس سره در مقام: ۳۱۳۵
- ۳) جواب مرحوم آقای حکیم به فرمایش شیخ رحمه الله: ۳۱۳۶
- ۴) توجیه فرمایش شیخ انصاری قدس سره: ۳۱۳۶
- ۵) اشکال استاد مد ظله به تقریب اخیر کلام شیخ انصاری رحمه الله: ۳۱۳۷

- ۳۱۳۸ دلیل بر لزوم اعتبار لفظ در انشاء عقد نکاح: (۶)
- ۳۱۳۸ استدلالی دیگر از مرحوم آقای خویی به اعتبار لفظ در انشاء عقد: (۷)
- ۳۱۳۸ اشاره
- ۳۱۳۸ چند نکته:
- ۳۱۳۸ نکته ۱:
- ۳۱۳۹ نکته ۲:
- ۳۱۳۹ نکته ۳:
- ۳۱۳۹ بررسی این استدلال یا تأیید: (۹)
- ۳۱۴۰ استدلال مرحوم آقای خویی قدس سره به روایات باب متعه: (۱۰)
- ۳۱۴۰ اشاره
- ۳۱۴۱ نقد استدلال مرحوم آقای خوئی قدس سره توسط استاد مد ظله: (۱۰)
- ۳۱۴۱ عمده دلیل در اعتبار لفظ در باب انشاء عقد نکاح: (۱۱)
- ۳۱۴۳ ۱۳۸۰/۶/۲۵ یکشنبه درس شماره (۳۳۳) کتاب النکاح/سال چهارم
- ۳۱۴۳ اشاره
- ۳۱۴۳ خلاصه درس قبل و این جلسه:
- ۳۱۴۳ الف) بررسی کلام شیخ انصاری در اشتراط لفظ در عقد کلام:
- ۳۱۴۳ (۱) طرح بحث (یادآوری):
- ۳۱۴۴ (۲) بررسی کلام مرحوم آقای خویی:
- ۳۱۴۵ (۳) تفسیر استاد مد ظله در مورد عبارت مرحوم شیخ انصاری قدس سره:
- ۳۱۴۶ ب) بررسی روایاتی که برای اثبات اعتبار لفظ در انشاء عقد نکاح به آنها تمسک شده است.
- ۳۱۴۶ اشاره
- ۳۱۴۶ (۱) روایت قصه «حولاء» و تقریب استدلال به آن:
- ۳۱۴۷ (۲) جواب استاد مد ظله از استدلال به این روایت:
- ۳۱۴۸ (۳) تمسک به روایات باب «متعه» (روایت ابان بن تغلب):
- ۳۱۴۹ (۴) پاسخ استاد مد ظله از استدلال به روایت ابان بن تغلب:
- ۳۱۵۱ ۱۳۸۰/۶/۲۶ دوشنبه درس شماره (۳۳۴) کتاب النکاح/سال چهارم

- ۳۱۵۱ - اشاره
- ۳۱۵۱ - خلاصه درس قبل و این جلسه:
- ۳۱۵۱ - الف) بررسی روایات در اشتراط لفظ در عقد نکاح:
- ۳۱۵۱ - ۱) روایت ابان بن تغلب:
- ۳۱۵۲ - ۲) روایت ثعلبه:
- ۳۱۵۴ - ۳) صحیح هاشم بن سالم:
- ۳۱۵۵ - ۴) موثق سماعه عن ابی بصیر:
- ۳۱۵۶ - ۵) روایت احول:
- ۳۱۵۷ - ۶) روایت هاشم بن سالم الجوالیقی:
- ۳۱۵۸ - ب) آیا بکار بردن ماده «متعّه» در عقد نکاح دائم کافی است؟
- ۳۱۵۸ - اشاره
- ۳۱۵۹ - *تقریب اشکال از مرحوم آقای خوبی و نقد استاد - مد ظلّه -
- ۳۱۶۰ - ۱۳۸۰/۶/۲۷ سه شنبه درس شماره (۳۳۵) کتاب نکاح سال چهارم
- ۳۱۶۰ - اشاره
- ۳۱۶۰ - خلاصه درس قبل و این جلسه:
- ۳۱۶۰ - الف) ادامه بررسی کفایت «متعّت» در صیغه عقد دائم
- ۳۱۶۰ - ۱ - طرح ادله (یادآوری و تکمیل)
- ۳۱۶۲ - ۲ - بررسی وجود اطلاق در باب عقد نکاح
- ۳۱۶۳ - ۳ - تقریبی دیگر برای اثبات اطلاق
- ۳۱۶۴ - ۴ - روایت خاص در مسئله
- ۳۱۶۴ - ب) اعتبار عربیت در صیغه نکاح
- ۳۱۶۴ - ۱ - متن عروه:
- ۳۱۶۵ - ۲ - توضیح عبارت مصنف
- ۳۱۶۵ - ۳ - ادله اعتبار عربیت در صیغه نکاح
- ۳۱۶۶ - ۴ - بررسی اجماع در مسئله
- ۳۱۶۷ - ۵ - نقل و توضیح کلام صاحب جواهر (دلیل سوم بر اعتبار عربیت)

- ۳۱۶۸ - - - - - ۶ - نقد کلام صاحب جواهر قدس سره توسط استاد مد ظلّه
- ۳۱۶۹ - - - - - ۷ - کلام محقق کرکی و اشکال مرحوم آقای خویی بدان
- ۳۱۷۰ - - - - - ۸ - نظر استاد - مد ظلّه - در مسئله
- ۳۱۷۱ - - - - - ۱۳۸۰/۶/۲۸ چهارشنبه درس شماره (۳۳۶) کتاب النکاح/سال چهارم
- ۳۱۷۱ - - - - - اشاره
- ۳۱۷۱ - - - - - خلاصه درس قبل و این جلسه:
- ۳۱۷۱ - - - - - الف) کفایت یا عدم کفایت لفظ «متعت»:
- ۳۱۷۱ - - - - - (۱) استدلالی بر کفایت لفظ «متعت»:
- ۳۱۷۱ - - - - - (۲) اشکال آقای خویی رحمه الله به استدلال مذکور:
- ۳۱۷۳ - - - - - (۳) نظر استاد مد ظلّه در مورد اشکال آقای خویی رحمه الله:
- ۳۱۷۳ - - - - - (۴) استدلال ابن ادریس رحمه الله بر عدم کفایت لفظ «متعت»:
- ۳۱۷۴ - - - - - (۵) پاسخ استاد مد ظلّه به استدلال ابن ادریس رحمه الله:
- ۳۱۷۵ - - - - - ب) حکم اشتراط یا عدم اشتراط صیغه ماضی در انشاء عقد نکاح:
- ۳۱۷۵ - - - - - اشاره
- ۳۱۷۵ - - - - - (۱) اخذ به قدر متیقن:
- ۳۱۷۵ - - - - - (۲) اجتناب از بی قید و بند شدن ازدواج:
- ۳۱۷۷ - - - - - ۱۳۸۰/۶/۳۱ شنبه درس شماره (۳۳۷) کتاب النکاح/سال چهارم
- ۳۱۷۷ - - - - - خلاصه درس قبل و این جلسه:
- ۳۱۷۷ - - - - - ۱ - بررسی تحقق اجماع در اعتبار عربیت در صیغه نکاح
- ۳۱۷۹ - - - - - ۲ - بررسی روایات در اعتبار عربیت در صیغه نکاح
- ۳۱۷۹ - - - - - ۲/۱ - روایت أبو البختری
- ۳۱۷۹ - - - - - اشاره
- ۳۱۷۹ - - - - - سند روایت:
- ۳۱۸۰ - - - - - دلالت روایت
- ۳۱۸۰ - - - - - ۲/۲ - روایات لکل قوم نکاح
- ۳۱۸۱ - - - - - (۳) جمع بندی نهایی مسئله

- ۴) تکمیل بحث اعتبار ماضویت در صیغهٔ نکاح ۳۱۸۱
- ۵) ادلهٔ اعتبار ماضویت در صیغهٔ نکاح و بررسی آن ۳۱۸۲
- ۶) بررسی ادله اعتبار ماضویت ۳۱۸۳
- ۱۳۸۰/۷/۱ یکشنبه درس شمارهٔ (۳۳۸) کتاب النکاح/سال چهارم ۳۱۸۵
- اشاره ۳۱۸۵
- خلاصهٔ درس قبل و این جلسه: ۳۱۸۵
- الف): عدم وجود اطلاق یا عموم، در باب کیفیت اجرای صیغه عقد نکاح ۳۱۸۵
- ب): ادله عدم اعتبار ماضویت در صیغهٔ عقد ۳۱۸۷
- ۱): نفی اعتبار «ماضویت» در صیغه عقد نکاح با تمسک به سیرهٔ عقلاء و متشرعه ۳۱۸۷
- ۲): نظر استاد مد ظله در مورد استدلال به روایات باب متعه برای عدم اعتبار ماضویت در صیغهٔ عقد ۳۱۸۷
- ۳) دلیل دیگر بر اعتبار لفظ ماضی در صیغهٔ عقد، صراحت لفظ ماضی در انشاء: ۳۱۸۸
- ۴) توجیه استاد مد ظله در صراحت ماضی در انشاء: ۳۱۸۹
- ج) فالأحوط اعتبار الماضویه ۳۱۹۰
- متن عروه: ۳۱۹۰
- د) ادله جواز تقدیم قبول بر ایجاب ۳۱۹۱
- اشاره ۳۱۹۱
- ۱) اطلاقات: ۳۱۹۱
- ۲) روایات مربوط به عقد متعه: ۳۱۹۱
- ۳) آیا صیغهٔ «أَتَزَوَّجُكَ» مصداق قبول متقدم است یا اینکه صیغهٔ ایجاب است؟ (کلام مرحوم حکیم و نظر استاد مد ظله) ۳۱۹۲
- اشاره ۳۱۹۲
- کلام مرحوم صاحب مدارک رحمه الله: ۳۱۹۳
- کلام مرحوم آقای خویی رحمه الله: ۳۱۹۳
- کلام مرحوم آقای حکیم رحمه الله: ۳۱۹۳
- نظر استاد مد ظله ۳۱۹۴
- دوشنبه درس شمارهٔ (۳۳۹) کتاب النکاح/سال چهارم ۳۱۹۵
- اشاره ۳۱۹۵

- ۳۱۹۵ خلاصه درس قبل و این جلسه:
- ۳۱۹۵ الف) تذکر دو نکته راجع به درس های گذشته:
- ۳۱۹۷ ب) پی گیری بحث جواز تقدیم قبول بر ایجاب:
- ۳۱۹۷ اشاره
- ۳۱۹۷ ۱) نقل کلام مرحوم آقای حکیم:
- ۳۱۹۷ ۲) نقد مرحوم آقای خویی بر کلام مذکور:
- ۳۱۹۸ ۳) نقد استاد - مد ظله - بر کلام مرحوم آقای خویی:
- ۳۱۹۸ ۴) عدم لزوم ایجاب و قبول در عقود:
- ۳۱۹۹ ج) آیا می توان «قبلت» را بر ایجاب مقدم داشت:
- ۳۱۹۹ اشاره
- ۳۱۹۹ ۱) بیان کلام مرحوم صاحب مدارک:
- ۳۲۰۰ ۲) توضیح تفصیل مذکور توسط استاد - مد ظله - و مختار ایشان
- ۳۲۰۱ ۱۳۸۰/۷/۳ سه شنبه درس شماره (۳۴۰) کتاب النکاح/سال چهارم
- ۳۲۰۱ اشاره
- ۳۲۰۱ خلاصه درس قبل و این جلسه:
- ۳۲۰۱ ۱ - کلام مرحوم آقای گلپایگانی رحمه الله
- ۳۲۰۲ ۲ - مناقشه استاد - مد ظله -
- ۳۲۰۲ ۳ - کلام مرحوم آقای حکیم:
- ۳۲۰۴ ۴ - مناقشه استاد - مد ظله - بر کلام مرحوم آقای حکیم
- ۳۲۰۸ ۱۳۸۰/۷/۴ چهارشنبه درس شماره (۳۴۱) کتاب النکاح/سال چهارم
- ۳۲۰۸ اشاره
- ۳۲۰۸ خلاصه درس قبل و این جلسه:
- ۳۲۰۸ الف) بررسی اجماع در دو مسئله:
- ۳۲۰۸ ۱) آیا تقدیم قبول بر ایجاب صحیح است؟
- ۳۲۰۹ ۲) آیا مرد می تواند در عقد نکاح متصدی ایجاب شود؟
- ۳۲۰۹ ب) نظر استاد - مد ظله -:

- ۳۲۰۹ - اشاره
- ۳۲۱۱ - (۱) نظر مرحوم آقای حکیم رحمه الله:
- ۳۲۱۱ - (۲) نظر مرحوم آقای گلپایگانی رحمه الله:
- ۳۲۱۱ - (۳) نظر استاد - مد ظله -:
- ۳۲۱۲ - (ج) اتیان عقد نکاح به لفظ امر:
- ۳۲۱۲ - اشاره
- ۳۲۱۲ - (۱) توضیح مسئله با بیان یک مثال رایج:
- ۳۲۱۳ - (۲) نظر فقهاء در مسئله:
- ۳۲۱۳ - (۳) بررسی روایات مسئله:
- ۳۲۱۶ - ۱۳۸۰/۷/۷ شنبه درس شماره (۳۴۲) کتاب النکاح/سال چهارم
- ۳۲۱۶ - اشاره
- ۳۲۱۶ - خلاصه درس قبل و این جلسه:
- ۳۲۱۶ - ۱ - کفایت انشاء نکاح با «زوجتکها» در پاسخ «زوجنی فلانه»
- ۳۲۱۷ - ۲ - مناقشات شهید اول رحمه الله به استدلال به روایت:
- ۳۲۱۸ - ۳ - مناقشات دیگری از شهید ثانی به استدلال به روایت:
- ۳۲۱۹ - ۴ - پاسخ شهید ثانی رحمه الله به مناقشات چهارگانه:
- ۳۲۱۹ - پاسخ اشکال اول:
- ۳۲۲۰ - پاسخ اشکال دوم:
- ۳۲۲۱ - پاسخ اشکال سوم:
- ۳۲۲۱ - پاسخ اشکال چهارم:
- ۳۲۲۲ - ۴ - مناقشه مرحوم آقای حکیم قدس سره در کلام شهید ثانی قدس سره:
- ۳۲۲۳ - ۵ - توضیح استاد مد ظله و تکمله ایشان بر کلام مرحوم آقای حکیم در مسئله تزویج مالک بین دو مملوک خود -
- ۳۲۲۳ - ۶ - فرمایش صاحب عروه در مسئله تزویج مالک بین عبد و امه خودش:
- ۳۲۲۵ - ۱۳۸۰/۷/۸ یکشنبه درس شماره (۳۴۳) کتاب النکاح/سال چهارم
- ۳۲۲۵ - اشاره
- ۳۲۲۵ - خلاصه درس قبل و این جلسه:

- الف) کفایت امر متقدم از ذکر قبول بعد از ایجاب: ----- ۳۲۲۵
- اشاره ----- ۳۲۲۵
- ۱) کلام مرحوم آقای حکیم رحمه الله: ----- ۳۲۲۵
- ۲) اشکالات مرحوم آقای خویی به کلام مرحوم آقای حکیم: ----- ۳۲۲۷
- ۳) نقد کلام مرحوم آقای خویی توسط استاد مد ظله: ----- ۳۲۳۰
- ۴) نظر استاد مد ظله در مورد کفایت امر متقدم از قبول: ----- ۳۲۳۳
- ۱۳۸۰/۷/۱۴ شنبه درس شماره (۳۴۴) کتاب النکاح/سال چهارم ----- ۳۲۳۴
- اشاره ----- ۳۲۳۴
- خلاصه درس قبل و این جلسه: ----- ۳۲۳۴
- الف) بررسی حکم نکاح اُخرس: ----- ۳۲۳۴
- اشاره ----- ۳۲۳۴
- ۱) دلیل اول کفایت اشاره اُخرس (اجماع): ----- ۳۲۳۵
- ۲) دلیل دوم کفایت اشاره (نیاز) ----- ۳۲۳۷
- ۳) بررسی دلیل دوم: ----- ۳۲۳۹
- ۴) بررسی دلیل سوم (اطلاق ادله): ----- ۳۲۴۰
- ۵) نقل و توضیح کلام مرحوم آقای خویی: ----- ۳۲۴۰
- ب) بررسی روایت مسعده بن صدقه: ----- ۳۲۴۱
- ۱) متن روایت: ----- ۳۲۴۱
- ۲) اشاره به سند این روایت: ----- ۳۲۴۲
- ۳) فقه الحدیث: ----- ۳۲۴۲
- ۴) بررسی استظهار مرحوم آقای خویی از روایت مسعده: ----- ۳۲۴۴
- ۵) اشاره به بحث اصولی عام: ----- ۳۲۴۵
- ۱۳۸۰/۷/۱۵ یکشنبه درس شماره (۳۴۵) کتاب النکاح/سال چهارم ----- ۳۲۴۸
- اشاره ----- ۳۲۴۸
- خلاصه درس قبل و این جلسه: ----- ۳۲۴۸
- الف) آیا بر فرض تمکن شخص اُخرس از توکیل، اشاره او در تحقق عقد کفایت می کند؟ ----- ۳۲۴۸

- ۳۲۴۸ اشاره
- ۳۲۴۹ به بیانی دیگر:
- ۳۲۵۰ (ب) پاسخ های استاد مد ظلّه از دلیل فوق:
- ۳۲۶۰ ۱۳۸۰/۷/۱۶ دوشنبه درس شماره (۳۴۶) کتاب النکاح/سال چهارم
- ۳۲۶۰ اشاره
- ۳۲۶۰ خلاصه درس قبل و این جلسه:
- ۳۲۶۰ الف) دلیل عمده در کفایت اشاره اُخرس در فرض تمکّن از وکیل (روایات باب طلاق):
- ۳۲۶۱ (ب) عدم لزوم «تحریک لسان» همراه با اشاره:
- ۳۲۶۱ (۱) کلام مرحوم آقای خویی رحمه الله:
- ۳۲۶۱ (۲) مناقشه استاد مد ظلّه نسبت به کلام مرحوم آقای خویی رحمه الله:
- ۳۲۶۳ ج) تقدم کتابت بر اشاره:
- ۳۲۶۴ ۱۳۸۰/۷/۱۷ سه شنبه درس شماره (۳۴۷) کتاب النکاح/سال چهارم
- ۳۲۶۴ اشاره
- ۳۲۶۴ خلاصه درس قبل و این جلسه:
- ۳۲۶۴ (۱) عدم کفایت کتابت در عقد نکاح:
- ۳۲۶۵ (۲) عدم لزوم تطابق بین الفاظ ایجاب و قبول:
- ۳۲۶۶ (۳) آیا «نعم» بعد از استفهام از عقد، کفایت از ایجاب می کند؟
- ۳۲۶۷ (۴) حکم لحن و غلط در صیغه عقد:
- ۳۲۶۹ (۵) اعتبار قصد انشاء در عقد:
- ۳۲۶۹ (۶) آیا دانستن معانی کلمات صیغه معتبر است؟
- ۳۲۷۰ (۷) اشتراط موالات بین ایجاب و قبول:
- ۳۲۷۱ (۸) عدم انصراف ادله عقود به عقود متعارفه:
- ۳۲۷۲ (۹) نقد استاد - مد ظلّه -:
- ۳۲۷۴ ۱۳۸۰/۷/۱۸ چهارشنبه درس شماره (۳۴۸) کتاب النکاح/سال چهارم
- ۳۲۷۴ اشاره
- ۳۲۷۴ خلاصه درس قبل و این جلسه:

- الف) اشتراط یا عدم اشتراط اتحاد مجلس ایجاب و قبول: ۳۲۷۴
- ۱) متن عروه: ۳۲۷۴
- ۲) توضیح مسئله: ۳۲۷۵
- ب) اشتراط تنجیز در عقد نکاح: ۳۲۷۵
- ۱) متن عروه: ۳۲۷۵
- ۲) توضیح عبارت مرحوم سید رحمه الله: ۳۲۷۶
- ۳) صور مسئله طبق بیان شیخ انصاری رحمه الله: ۳۲۷۶
- ۴) بررسی حکم هر یک از صور مسئله: ۳۲۷۷
- ۵) بررسی عبارت شیخ انصاری رحمه الله در مکاسب: ۳۲۷۹
- ۱۳۸۰/۷/۲۴ سه شنبه درس شماره (۳۴۹) کتاب النکاح/سال چهارم - ۳۲۸۱
- اشاره ۳۲۸۱
- خلاصه درس این جلسه: ۳۲۸۱
- الف) بررسی حکم تعلیق در عقد نکاح از جنبه عقلی: ۳۲۸۱
- اشاره ۳۲۸۱
- ۱) مجال بودن تعلیق انشاء: ۳۲۸۲
- ۲) امکان تعلیق منشأ: ۳۲۸۲
- اشاره ۳۲۸۲
- اشکالی در باب استصحاب کلی قسم ثانی و پاسخ آن ۳۲۸۲
- ۳) تذکر یک نکته: ۳۲۸۵
- ۴) وقوع تعلیق در شرعیات: ۳۲۸۵
- ۵) بررسی اشکالی از مرحوم سید رحمه الله: ۳۲۸۶
- ب) بررسی مسئله تعلیق از جهت تبعی: ۳۲۸۷
- اشاره ۳۲۸۷
- ۱) کلام مرحوم آقای خویی: ۳۲۸۷
- ۲) بررسی کلام مرحوم آقای خویی رحمه الله: ۳۲۸۸
- ۳) سایر صور مسئله در کلام مرحوم آقای خویی و حکم آنها: ۳۲۸۸

- ۴) بررسی کلام مرحوم آقای خوبی رحمه الله: ۳۲۸۹
- ۵) استدلال به روایات برای بطلان تعلیق: ۳۲۹۱
- ۱۳۸۰/۷/۲۵ چهارشنبه درس شماره (۳۵۰) کتاب النکاح/سال چهارم ۳۲۹۲
- اشاره ۳۲۹۲
- خلاصه درس این جلسه: ۳۲۹۲
- الف) تمسک به دلیل لفظی در مسئله: ۳۲۹۲
- ۱) استدلال صاحب جواهر رحمه الله بر مبطلت تعلیق در عقود به روایات: ۳۲۹۲
- ۲) تأیید استدلال صاحب جواهر رحمه الله توسط آقای خوبی رحمه الله: ۳۲۹۳
- ۳) پاسخ استاد مد ظله به استدلال آقای خوبی رحمه الله: ۳۲۹۳
- ب) تمسک به اجماع در مسئله: ۳۲۹۴
- ۱) بیان صاحب کشف اللثام رحمه الله: ۳۲۹۴
- ۲) بیان صاحب جواهر رحمه الله: ۳۲۹۵
- ۳) بررسی ادعای اجماع توسط استاد مد ظله: ۳۲۹۶
- ۴) کلام علامه حلی رحمه الله: ۳۲۹۷
- ۵) بررسی کلام علامه رحمه الله: ۳۲۹۸
- ۶) بررسی کلام شهید اول رحمه الله: ۳۲۹۸
- ۱۳۸۰/۷/۲۹ یکشنبه درس شماره (۳۵۱) کتاب النکاح/سال چهارم ۳۳۰۱
- اشاره ۳۳۰۱
- خلاصه درس قبل و این جلسه: ۳۳۰۱
- الف) ذکر دو دلیل بر اعتبار تنجیز در عقد نکاح: ۳۳۰۱
- ب) نظر استاد مد ظله نسبت به دو دلیل فوق: ۳۳۰۲
- ۱) عدم تحقق اجماع بر بطلان تعلیق در باب وکالت: ۳۳۰۲
- ۲) عدم اولویت داشتن عقود معارضی نسبت به باب وکالت: ۳۳۰۴
- ج) بیان وجوه تفاوتی که میان دو نحوه از وکالت ممکن است گذاشته شود: ۳۳۰۷
- ۱) فرق اول، کلام صاحب جواهر رحمه الله: ۳۳۰۷
- ۲) نظر استاد مد ظله نسبت به کلام مرحوم صاحب جواهر رحمه الله: ۳۳۰۸

٣٣٠٨ تفاوت دوم: (٣)

٣٣٠٩ نظر استاد مد ظلّه: (٤)

٣٣٠٩ تفاوت سوم: (٥)

٣٣١١ درباره مرکز

نکاح : تقریرات درس آیت الله شبیری زنجانی جلد 9

مشخصات کتاب

عنوان و نام پدیدآور: نکاح: تقریرات درس آیت الله شبیری زنجانی ؛ سید محمدکاظم طباطبایی یزدی (1247-1337ق)

باب نکاح و بر مبنای کتاب عروه الوثقی مرحوم سید یزدی تنظیم شده است.

عنوان های دیگر العروه الوثقی. گزیده. شرح

ناشر: موسسه پژوهشی رای پرداز

مکان نشر: قم - ایران 1382 - 1383

زبان: فارسی

مشخصات ظاهری: 25 جلد

موضوع: فقه - نکاح (ازدواج)

موضوع: زناشویی (فقه)

کد کنگره: 2 ک 2 ش / 1 / 189 BP

ص: 1

اشاره

ص: 1

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

در جلسات گذشته گفته شد اگر زنی مورد زنا واقع گردد زانی نمی تواند مادر و دختر مزنی بها را بگیرد و همچنین مزنی بها نمی تواند با پدر یا پسر زانی ازدواج کند، لکن اگر زنا بعد از این عقدها صورت گرفته، عقد موجود را ابطال نمی کند.

در این جلسه، مسئله تعاقب حادثین مطرح می شود، یعنی می خواهیم بدانیم در جایی که تعدی واقع شده و زنا با مادر یا دختر صورت گرفته ولی نمی دانیم کدام مقدم بوده، در اینجا حکم حرمت ابد بار می شود یا نه؟ در این خصوص کلام مرحوم سید، آقای خوبی و آقای حکیم رحمه الله را بررسی خواهیم کرد.

مرحوم سید رحمه الله فرمودند: اگر کسی با زنی زنا کند نمی تواند مادر یا دختر مزنی بها را بگیرد و خود مزنی بها هم بر پدر و پسر زانی حرام می شود، این مسئله در مورد زنا سابق بر عقد نکاح است ولی اگر قبلاً عقدی صورت گرفته باشد زنا لا حق رافع عقد موجود نیست. بحث این جلسه فروعی از مسئله بالا است. (البته از برخی از فروع که مربوط به مملوکه است صرف نظر می کنیم):

لا فرق فی الحکم بین الزنا فی القبل او الدبر

(1) متن عروه:

«مسئله لا فرق فی الحکم بین الزنا فی القبل او الدبر»، دلیل این مسئله، اطلاقات است.

«اذا شک فی تحقق الزنا و عدمه بنی علی العدم و اذا شک فی کونه سابقاً اولاً بنی علی کونه لاحقاً» صدر مسئله روشن است و بحثی ندارد و در فرض شک در تحقق زنا. اصاله العدم جاری است. اما درباره ذیل مسئله، مرحوم آقای خوبی رحمه الله در تقریرات قاعدتاً می بایست کلام ما تن را شرح کنند و بعد اگر مناقشه ای دارند، مطرح کنند. ولی

ایشان در شرح کلام ما تن تعلیلی را ذکر می کنند که بر مبنای خود ماتن صحیح نیست و اگر درست باشد روی مبنای خودشان درست است. علاوه بر اینکه حتی بر مبنای خود آقای خوبی هم درست نیست. اما آقای حکیم رحمه الله مفصل تر بحث کرده است.

ذیل مسئله که بحث دارد این است که هم زنا شده و هم عقد واقع شده مفصل تر اما نمی دانیم که زنا قبل از عقد بوده تا عقد محکوم به بطلان باشد چون این زنا دافع است، یا اینکه زنا بعد از عقد بوده تا عقد محکوم به صحت باشد چون چنین زنایی رافع عقد موجود نیست و صحت عقد سابق را از بین نمی برد. در این مسئله مرحوم سید رحمه الله حکم به صحت کرده اند و تفصیلی نداده اند. مرحوم آقای خوبی نیز با استصحاب، مطلقاً حکم به صحت می کنند، مرحوم آقای حکیم فقط صورتی را که تاریخ زنا مجهول و تاریخ عقد معلوم باشد صحیح می دانند.

(2) بیان مرحوم آقای خوبی رحمه الله:

عبارت ایشان چنین است: «لأصالة عدم الزنا الى حين التزويج، فإن بها تثبت الحلیه، و لا يعارضها اصالة عدم التزويج الى حين الزنا و أنّها لا تثبت تأخر التزويج على الزنا الاّ بالملازمه فتكون اصلاً مثبتاً و لا نقول بحجّيته».

یعنی در اینجا یک اصل بیشتر جاری نمی شود و آن استصحاب عدم زنا تا وقت عقد است. وقتی با این استصحاب ثابت کردیم که زنایی واقع نشده تا زمان عقد، شرعاً حکم به صحت عقد می شود و زنا لا حق هم که اثری ندارد. اما استصحاب عدم تزویج تا زمان زنا نمی تواند با آن اصل معارضه کند چون این استصحاب نمی تواند تأخر تزویج را از عقد اثبات کند مگر بنا بر اصل مثبت که حجت نیست و جاری نمی باشد.

(3) نقد استاد مد ظله بر کلام مرحوم آقای خوبی رحمه الله:

فرمایش آقای خوبی رحمه الله از چند جهت محل اشکال است. اشکال اول: اشکال مبنایی است. ایشان در مسئله شک در تقدم و تأخر حادثین فرقی بین معلوم التاريخ

و مجهول التاريخ نمی گذارند و استصحاب عدم را در هر دو مورد جاری می دانند مشروط به اینکه اثر عملی داشته باشد. مثلاً می دانیم زنا در فلان ساعت واقع شده است اما نمی دانیم عقد قبل از آن واقع شده یا بعد از آن. در این صورت، نمی توانیم استصحاب عدم زنا تا زمان وقوع عقد را جاری کنیم. اما مجهول التاريخ را هم توان استصحاب کرد چون مثلاً در مثال مذکور با اینکه وقت زنا مشخص و معلوم است و اگر زنا را نسبت به زمان خودش ملاحظه کنیم شکی در کار نیست تا جای استصحاب باشد، اما با ملاحظه زنا نسبت به یک حادث دیگری که زمانی است، شک حاصل می شود که آیا عدم زنا تا زمان آن حادث دیگر ادامه داشته است یا نه؟ و لذا می توان استصحاب کرد. پس استصحاب هم در حادث معلوم التاريخ جاری شود و هم در حادث مجهول التاريخ در صورتی که هر دو دارای اثر باشند و اگر فقط یکی اثر داشته باشد استصحاب فقط در همان جاری است.

گذشته از این بحث مبنایی که با آقای خوبی رحمه الله داریم و این مبنا را تمام نمی دانیم، اشکال دوم این است: ایشان فرمایش سید رحمه الله را بر طبق مبنای خودشان توضیح داده اند، در حالی که مرحوم سید هم با شیخ انصاری رحمه الله موافق است و بین معلوم التاريخ و مجهول التاريخ تفصیل می دهد، با اینکه در این مسئله تفصیل نداده و مطلقاً قائل به صحت عقد شده است. لذا بیان آقای خوبی نمی تواند توضیح کلام سید رحمه الله باشد و باید دید آیا می توان وجهی برای کلام سید رحمه الله پیدا کرد که با مبنای خودشان سازگار باشد یا نه.

اشکال سوم: ایشان اصالة عدم العقد الی حین الزنا را جاری نمی دانند چون مثبت است و ما در توضیح فرمایش مرحوم آقای حکیم خواهیم گفت که این کلام صحیح نیست.

(4) بیان مرحوم آقای حکیم رحمه الله:

آقای حکیم رحمه الله با شیخ رحمه الله موافق هستند و در جریان اصل بین معلوم التاريخ و مجهول التاريخ تفصیل می دهند. ایشان صور مسئله را متعرض شده و از سه صورت

فقط در یک صورت، نظر مرحوم سید را تأیید کرده اند. صورت اول این است که تاریخ عقد، معلوم و تاریخ زنا مجهول است. در این فرض می فرماید: استصحاب عدم زنا تا وقت عقد جاری است و در نتیجه، حکم به صحت عقد می کنیم. صورت دوم این است که تاریخ زنا معلوم و تاریخ عقد مجهول است در اینجا استصحاب عدم تحقق عقد تا وقت زنا جاری می شود و نتیجه آن حرمت ابد و بطلان عقد است.

آقای خوئی رحمه الله به این استصحاب اشکال می کردند و می گفتند این استصحاب نمی تواند تأخر عقد را از زنا ثابت کند مگر بنا بر حجیت اصل مثبت اما آقای حکیم رحمه الله این استصحاب را صحیح می دانند و حق هم با ایشان است زیرا ما احتیاجی نداریم که تأخر عقد از زنا را اثبات کنیم تا مشکل اصل مثبت پیش بیاید.

البته اگر احکام مترتب شده بود بر تأخر عقد عن الزنا، حق با آقای خوئی بود چون استصحاب، تأخر را اثبات نمی کند، اما موضوع حرمت ابد همین است که قبل از زنا عقدی واقع نشده باشد، یعنی اگر بدون اینکه عقدی صورت گرفته باشد، زنا واقع شود حرمت ابد می آورد.

به بیان دیگر: زنا موجب حرمت ابدی مادر یا دختر مزنی بها می شود به شرط آن که اینها در ظرف زنا معقوده زانی نباشند، با استصحاب عدم عقد تا وقت زنا این شرط را اثبات می کنیم و حکم به حرمت ابدی و بطلان عقد می کنیم، صورت سوم این است که تاریخ عقد و تاریخ زنا هر دو مجهول باشد. آقای حکیم رحمه الله می فرماید:

در این صورت یا استصحاب در هیچ طرف جاری نمی شود همانطور که مرحوم آخوند در کفایه قائل است، یا در هر دو طرف جاری می شود و با تعارض تساقط می شوند چنانکه بسیاری قائل هستند، چون بر خلاف نظر آقای خوئی رحمه الله این دو استصحاب هر دو اثر دارند، لذا باید سراغ اصول دیگر برویم. ممکن است کسی به ادله اجتهادیه مانند «أَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ» بخواهد رجوع کند ولی ایشان می فرماید:

این ادله مربوط به شبهات حکمیه هستند و بحث ما در شبهه موضوعیه است، لذا به

استصحاب عدم تحقق زوجیت که اصل مسئبیه است تمسک کرده و حکم می‌کنیم که این زن بعد از عقد هم زن او نشده است و بر او حرام است.

بنابراین، مرحوم آقای حکیم از سه صورت مسئله فقط در صورت اول با سید رحمه الله موافقت کرده و در دو صورت دیگر قائل به بطلان شده است. اما اینکه چرا مرحوم سید مطلقاً قائل به صحّت شده، ایشان توضیح نمی‌دهد، فقط با «الآن یقال» اشاره ای می‌کند و ردّ می‌شود.

5) فرمایش استاد مدّ ظلّه:

در مورد صورت اول از صور سه گانه یعنی جایی که تاریخ عقد معلوم و تاریخ زنا مجهول است، همه قائل به صحّت عقد هستند و اشکالی در آن نیست. در اینجا در مورد صورت سوم یعنی مجهولی التاریخ می‌خواستیم نکته ای را بیان کنیم و آن اینکه به نظر می‌رسد از روایت مسعده بن صدقه⁽¹⁾ استفاده می‌شود که بر خلاف فرمایش های مرحوم حکیم قاعده حل در این موارد بر استصحاب مقدم است.

توضیح آن که: قبلاً بیان شد که تعبیر حلّیت گاهی به معنی حلّیت و لو مع الواسطه است. وقتی گفته می‌شود فلان زن حلال است، یعنی و لو به واسطه ازدواج حلال است، در مقابل امثال مادر و خواهر که با ازدواج هم حلال نمی‌شوند. از روایت مسعده که در آن همین تعبیر حلّیت وارد شده، استفاده می‌شود که اگر کسی شک دارد آیا مثلاً از این زن می‌تواند و لو مع الواسطه متمتع شود یا نه؟ از باب اینکه احتمال می‌دهد آن زن خواهر رضاعی او باشد، باید بنا را بر حلّیت بگذارد و همچنین در مورد عبدی که احتمال می‌دهیم حرّ بوده و او را قهراً به رقیت در آورده و در معرض فروش قرار داده اند. در مورد این روایت با اینکه استصحاب حالت سابقه اقتضای بطلان عقد را می‌کند، در عین حال، روایت حکم به صحّت کرده

ص: 2876

1- (1) مسعده بن صدقه عن ابی عبد الله علیه السلام قال سمعته یقول: کل شیء هو لک حلال حتی تعلم انه حرام بعینه فتدعه من قبل نفسک و ذلک مثل الثوب یكون علیک قد اشتریته و هو سرقة و المملوک عندک لعلّه حرّ قد باع نفسه او خُذع فبیع قهراً أو امرأه تحتک و هی اختک أو رضیعتک و الاشیاء کلّها علی هذا حتی یستبین لک غیر ذلک أو تقوم به البینه، (وسائل الشیعه، 89/17 باب 4 از ابواب ما یکتسب به حدیث 4).

است. یعنی اصل اولی این است که بتواند با واسطه از این زن متمتع شود و از این عبد استفاده کند، این اصل صلاحیت انتفاع را اثبات می کند و این اصل بر استصحاب عدم تحقق زوجیت یا ملکیت مقدم است و ما با استفاده از این روایت می گوئیم، در ما نحن فیه اگر زمان عقد و زمان زنا هر دو مجهول بود چون استصحاب موضوعی در هیچ طرف جاری نمی شود باید به اصول اولیه مراجعه کنیم و روایت مسعده بن صدقه می گوید اصل اولی در مواردی که نمی دانیم موقع تحقق عقد زن صلاحیت حلال شدن بالعقد را داشته یا خیر؟ شأنت حلال شدن است و این اصل بر اصل عدم تحقق علقه زوجیت مقدم است در نتیجه اگر عقدی واقع شد این شخص زوجه شخص می شود خلاصه در مورد مجهولی التاریخ - که اصل موضوعی در کار نیست - اصاله الحل که اثبات شأنت انتفاع حلیت بالعقد را می کند بر استصحاب عدم فعلیت زوجیت مقدم است - پس نظر مرحوم آقای حکیم که پس از تساقط دو اصل موضوعی استصحاب عدم زوجیت را مرجع می دانند تمام به نظر نمی رسد و استصحاب محکوم اصلی است که اثبات شأنت حلیت می کند. بلی در یک صورت استصحاب حاکم داریم یعنی استصحاب موضوعی داریم که اثبات عدم شأنت می کند و آن هنگامی است که شأنت حالت سابقه عدمی داشته باشد.

مثلاً زنی قبلاً در علقه نکاح شوهری بوده و برای دیگری شأنت نکاح نداشته، الآن نمی دانیم شوهر او مرده یا او را طلاق داده و این مانع برطرف شده یا خیر؟ اینجا استصحاب عدم صلاحیت نکاح مقدم بر اصاله الحل است و بالعکس اگر حالت سابقه یقینی، شأنت نکاح بود می توانیم استصحاب شأنت نکاح جاری کرده، صحت ازدواج را نتیجه بگیریم لکن اگر شأنت و عدم شأنت حالت سابقه یقینی نداشت نوبت به اصاله الحل می رسد که با آن شأنت نکاح را اثبات می کنیم و این اصل بر استصحاب عدم فعلیت زوجیت مقدم است.

ان قلت: شاید روایت مسعده بر اساس قاعده ید یا استصحاب شأنت نکاح و مانند آن، نکاح را صحیح دانسته باشد.

قلت: اولاً همیشه شأنت حالت سابقه یقینی ندارد ثانیاً روایت مسعده به مناط یقینی سابق یا قاعده ید حکم نکرده بلکه به صرف شک حکم به صلاحیت نکاح کرده و این غیر از قاعده استصحاب است.

بنابراین، در این صورت سوم بر خلاف آقای حکیم رحمه الله قائل به صحّت می شویم. (1)

می ماند صورت دوم که تاریخ زنا معلوم و تاریخ عقد مجهول باشد که چون اشکال آقای خوبی مبنی بر مثبت بودن استصحاب را قبول نکردیم، استصحاب اقتضا می کند که عقد تا وقت زنا صورت نگرفته باشد و در نتیجه، زنا انجام شده موضوع می شود برای حرمت ابد، و لکن اطلاق کلام مرحوم سید اقتضا می کند که در این صورت هم قائل به صحت باشند که باید در جلسه آینده ببینیم وجه کلام ایشان چیست؟

«* و السلام*»

ص: 2878

1- (1) استاد مد ظلّه: بیان دیگری در مسئله هست که ان شاء الله در فرصت دیگری خواهیم گفت.

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

در جلسه گذشته محطّ بحث این بود که اگر زنایی واقع شود و عقدی محقق گردد، و معلوم نشود که آیا زنا قبل از عقد بوده تا عقد باطل گردد یا اینکه زنا بعد از عقد بوده تا عقد حمل بر صحت شود؟ در این مسئله نظرات مرحوم آقای خویی و آقای حکیم مورد نقد و بررسی قرار گرفته و نظر استاد مد ظله تبیین گردید.

اما در این جلسه، تکمله ای از بحث گذشته مطرح و سپس به بررسی مسئله 32 عروه پرداخته و تعلیقه امام خمینی قدس سرّه را (در این مسئله) مورد بحث و بررسی قرار می دهیم.

بحث در این بود که شخص علم اجمالی دارد که عقدی خوانده و زنایی هم مرتکب شده و شک در تقدیم زنا بر عقد و بالعکس دارد که اگر زنا مقدم باشد مانع از صحت عقد می شود و اگر زنا مؤخر باشد رافع آن عقد نیست و آن را ابطال نمی کند. مرحوم سید رحمه الله مطلقاً حکم به صحّت کردند.

مرحوم آقای خویی هم با استصحاب مطلقاً حکم به صحت کردند و فرمودند استصحاب عدم زنا تا وقت عقد، صحت عقد را اثبات می کند و جاری است ولی استصحاب عدم عقد تا وقت زنا اثبات تأخر عقد و بطلان عقد موجود را نمی کند چون مثبت است پس جاری نیست. بنابراین عقد مطلقاً محکوم به صحت است و لو تاریخ زنا معلوم و تاریخ عقد مجهول باشد.

در مقابل مرحوم آقای حکیم رحمه الله در یک صورت حکم به صحت و در دو صورت حکم به بطلان کرده اند. ایشان وفاقاً لصاحب العروه تنها در مجهول التاريخ استصحاب را جاری می دانند. روی این مبنا ایشان می فرماید: اگر تنها تاریخ زنا

معلوم باشد استصحاب عدم زنا تا وقت تحقق عقد جاری نیست چون وقت زنا معلوم است ولی استصحاب عدم تحقق عقد تا وقت زنا جاری است چون تاریخ آن مجهول است. و چون بالاصل ثابت می شود که قبل از زنا عقدی صورت نگرفته پس زنا موجب حرمت ابدی می شود. و برای اثبات حرمت ابد لازم نیست که تحقق عنوان تأخر را اثبات کنیم.

اما اگر تنها تاریخ عقد معلوم باشد مرحوم آقای حکیم رحمه الله می فرماید: استصحاب عدم زنا تا حین عقد جاری است و مقتضای آن حلیت و صحت عقد است یعنی با اصل اثبات می کنیم که عقد فاقد مانع بوده است پس زوجیت می آورد. و اما اگر هر دو مجهول التاريخ باشند چون اصل موضوعی جاری نمی شود بنابراین اثبات موضوع تحریم یا نفی آن نمی شود و چون شبهه ما شبهه موضوعیه است نه حکمیه به عمومات ادله اجتهادیه حلیت نیز نمی توانیم رجوع کنیم پس به استصحاب عدم تحقق زوجیت قبل از عقد تمسک می کنیم و حکم به بطلان می کنیم. نتیجه اینکه تنها در یک صورت که تاریخ عقد معلوم و تاریخ زنا مشکوک است حکم به صحت عقد می کنیم.

ملاحظات استاد دام ظلّه بر فرمایشات علمین قدس سرهم در مقام

اولاً: گذشت که طبق قاعده مناسب بود که مرحوم آقای خوئی وجه کلام سید را طبق مبنای سید بیان کنند. و ثانیاً: از نظر مبنایی ما با فرمایش مرحوم آقای حکیم رحمه الله که فرمود استصحاب فقط در مجهول التاريخ جاری است اما راجع به مجهولی التاريخ که آقای حکیم رحمه الله فرمودند بعد از عدم جریان یا تساقط اصلین به استصحاب عدم زوجیت سابق تمسک کرده و حکم می کنیم که بعد العقد هم زوجیت نیست قبلاً گذشت که این مطلب تمام نیست. زیرا از روایت مسعده بن صدقه استفاده می شود که قاعده حلیت مع الواسطه بر استصحاب عدم حلیت بی واسطه که قبلاً بوده تقدم دارد با آنکه حالت سابقه عدم حلیت بی واسطه است.

بنابراین به نظر ما در مجهولی التاريخ هم مقتضای اصل حلیت است. فقط یک

صورت باقی می ماند و آن صورتی است که تاریخ زنا معلوم و تاریخ عقد مجهول باشد در اینجا مقتضای عدم تحقق عقد تا زمان زنا اثبات می کند که مانعی برای سببیت زنا برای حرمت ابد در کار نبوده است لکن مع ذلک مرحوم سید قائل به صحت عقد و عدم حرمت ابد می شوند، وجه کلام ایشان چیست؟ و حقّ در مسئله کدام است؟

وجه کلام صاحب العروه به نظر استاد مد ظلّه

مرحوم آقای حکیم و مرحوم آقای خویی بیان نکردند که مرحوم صاحب العروه قدس سرّه با آنکه قائل به تفصیل بین معلوم التاريخ و مجهول التاريخ است چرا در مقام تفصیل نداده و در همه صور ثلاثه حکم به صحت کرده است؟

مرحوم آقای حکیم یک اشاره کوتاه کرده و رد شده اند و توضیح نداده اند که این بیان کلام سید را حل می کند یا نه؟ ایشان فرموده: مگر با اصالة الصحه [نه با استصحاب] حکم به صحت کنیم. که این مطلب را مرحوم آقا ضیاء عراقی نیز در تعلیقه بر عروه که حاشیه نسبتاً مفصلی است دارد می گوید: کلام سید از باب استصحاب نیست تا همه صور را شامل نشود بلکه از باب اصالة الصحه است مرحوم آقای خویی رحمه الله در جریان اصالة الصحه و قاعده فراغ اذکریه را شرط می داند بنابراین اگر شخص عملی انجام داده و می داند هنگام عمل غافل بوده و الآن شک دارد که عمل را با اجزاء و شرایط انجام داده است یا نه؟ مرحوم آقای خویی می فرماید، اصالة الصحه جاری نیست اگر انگشتی را باید در بیاورد یا بچرخاند و غفلت داشته و احتمال می دهد خود به خود آب به دست رسیده باشد ایشان می فرماید محکوم به صحت نیست. مرحوم حاج شیخ عبد لکریم حائری و از مرحوم حاج سید اسماعیل صدر نقل شد (1) که حکم به صحت وضو کردند و استناد به روایت حسین بن ابی العلاء کردند. مرحوم آقای خویی روایت را به گونه ای معنا کردند و از آن استفاده کردند که از روایت استفاده صحت در موارد غفلت

ص: 2881

نمی شود و ما هم روایت را به گونه دیگر معنا کردیم و گفتیم دلیل بر صحت در موارد غفلت نیست. به هر حال کسانی که به روایت تمسک کرده اند گفته اند قاعده فراغ جاری است و لو اینکه انسان قطع به غفلت داشته باشد ولی احتمال دهد که تصادفاً عمل صحیح واقع شده باشد. مرحوم آقای حکیم می تواند به اصاله الصحه در مقام تمسک کند چون ایشان اصاله الصحه را در موارد قطع به غفلت تمام می داند ولی بحث در این است که مرحوم سید عروه که در موارد مختلف در جریان اصاله الصّحه شبهه کرده و با «فیه اشکال» مسئله را تمام می کند چگونه در مقام، هیچ گونه اشکالی نکرده است؟

جواب این است که ما سابقاً (1) عرض کردیم که در مسئله جریان اصاله الصحه در فعل غیر، از روایت حفص بن غیاث که می فرماید: لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق (2) استفاده می شود که اگر حکم به صحت نشود نظام بازار به هم می خورد و نظام اجتماعی مردم مختل می شود، کمتر بازاری هست که مسائل معاملات را بدانند قهراً در خیلی از موارد انسان شک می کند که الآن با این بازاری که دارم معامله می کنم طرف قرارداد من آیا مسئله را می داند یا نه؟ بعضی جاها قطع تفصیلی یا اجمالی دارم که مسئله را نمی داند در عین حال سیره قطعی جاری شده که معاملات را صحیح می داند و وجه آن همین نکته ای است که در روایت «حفص بن غیاث» به آن اشاره شده «لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق» سپس در این موارد اصاله الصحه جاری است. ما آنجا عرض کردیم که عمل اشخاص اگر با اشخاصی دیگر در ارتباط باشد علی وجه الاطلاق صحیح است. همان بازاری هم اگر معاملاتی، بیست سال قبل انجام داده و آگاه به مسائل نبوده و الآن نمی داند که این معاملات واجد شرائط نبوده یا تصادفاً صحیح واقع شده است؟ با اصاله الصحه حکم می کند که آن اعمال صحیح است و نقل و انتقالها درست است و تکلیفی نسبت به اشخاصی ندارم و

ص: 2882

1- (1) - به جزوه 261 و 291 رجوع شود.

2- (2) - وسائل الشیعه، ج 27، ص 292، کتاب القضاء، باب 25، من أبواب کیفیه الحکم حدیث 2.

گرنه نظم جامعه به هم می خورد. ولی اگر اعمال راجع به شخص است با خدای خودش، نمازی خوانده، وضوئی گرفته و نمی داند صحیح واقع شده است یا نه؟ اینجا نمی توان با اصالة الصحة و سیره عقلاء ثابت کرد که حتی در فرض غفلت عمل صحیح است. خلاصه اگر در دلالت روایت حسین ابن ابی العلاء شبهه کنیم در اعمالی که از قبیل وضو گرفتن است نمی توان در موارد غفلت، حکم به صحت کرد.

مرحوم سید در موارد مختلف در جریان اصالة الصحة در عبادات در موارد غفلت شبهه می کند اما در مثل مقام که از معاملات است و عمل شخص با دیگران ارتباط دارد با اصالة الصحة حکم به صحت می کند حتی عمل خود شخص را هم حکم به صحت آن می کند. و نکته اش این است که در معاملات سیره دلالت بر صحت می کند و در باب عبادات روایت حسین بن ابی العلاء دلالت بر صحت ندارد و سیره ای نیز بر صحت عمل نیست. لذا سید در آن موارد شبهه می کند.

ان قلت: وجه فتوای سید در مقام ممکن است قاعده مقتضی و مانع باشد که با احراز مقتضی و شک در مانع حکم به صحت می کنیم. چون عقد مقتضی حصول زوجیت است و نمی دانیم آیا قبلاً زنایی محقق شده و مانع تأثیر آن شده یا خیر؟ حکم به حصول مقتضی می کنیم.

قلت: سید جایی که استصحاب جاری باشد، قاعده مقتضی و مانع را جاری نمی داند اگر بعضی جاها اشتباه کرده باشد و از مبنای خود غفلت کرده باشد این مطلب دیگری است. مثلاً نمی داند که زن را طلاق داده یا نه؟ یا زن را تزویج کرده یا نه در این موارد استصحاب جاری است و جای تمسک به قاعده مقتضی و مانع نیست. سید در مجهول التاريخ استصحاب را جاری می داند و در معلوم التاريخ جاری نمی داند. بنابراین نمی شود حکم تمام صور را با این مبنای سید تمام کرد. (1)

ص: 2883

1- (1) - (توضیح بیشتر): آیا می توان در مواردی که سید استصحاب را جاری می داند فتوای سید را با استصحاب تمام کرد. اما در مواردی که استصحاب جاری نیست با قاعده مقتضی و مانع فتوای سید را تمام کرد؟ خیر زیرا در این صورت سید باید در 2 صورت از 3 صورت حکم به صحت کند اما در یک صورت باید حکم به بطلان کند یعنی در صورت علم به تاریخ زنا و شک در تاریخ عقد، استصحاب عدم عقد تا زمان زنا حکم کند که زنا محرّم بوده و عقد صحیح نباشد. پس وجه کلام سید همان است که استاد دام ظلّه فرموده اند.

اذا علم أنه زنی با حدی الامراتین و لم یدر ایتهما هی؟

متن عروه:

« مسئله 32 اذا علم أنه زنی با حدی الامراتین و لم یدر ایتهما هی؟ وجب علیه الاحتیاط اذا كان لكل منهما أم أو بنت و اما اذا لم یکن لاحدهما أم و لا بنت فالظاهر جواز نکاح الأم أو البنت من الأخری»

در این مسئله مرحوم سید می فرماید: اگر کسی علم اجمالی دارد که با یکی از این دو زن زنا کرده اما نمی داند با کدامیک از آنها مورد زنا واقع شده و حالا می خواهد دختر یا مادر یکی از این دو را بگیرد. ایشان تفصیل می دهد و می فرماید: اگر هر دوی اینها مادر یا دختر دارند نمی تواند مادر و دختر هیچ یک از این دو زن را بگیرد. زیرا علم اجمالی دارد که یا مادر و دختر این زن به او حرام است یا مادر و دختر آن زن.

بنابراین با هیچ یک نمی تواند ازدواج کند. ولی اگر یکی از اینها نه دختر دارد و نه مادر ولی دیگری دختر یا مادر دارد می تواند با دختر یا مادر آن ازدواج کند. زیرا علم اجمالی به حرمت مادر یا دختر این زن یا آن زن ندارد. لذا استصحاب عدم تحقق زنا نسبت به آن زنی که مادر یا دختر دارد جاری می کند و معارض هم ندارد. زیرا استصحاب نسبت به دیگری ثمره ای ندارد تا جاری شود.

در قسمت اول کلام سید مطلبی به ذهن من آمد که بعداً دیدم مرحوم آقای خوبی تمام آن مطلب را دارند. و آن اینکه اگر هر دوی اینها مادر یا دختر دارند علم اجمالی مانع از ازدواج می شود به شرط آنکه مادر یا دختر هر دو زن محلّ ابتلاء او باشد اما اگر مادر یکی از اینها جای دور دستی است که اصلاً امکان ندارد این شخص با او ازدواج کند یا او حاضر نمی شود با این ازدواج کند یا شرعاً ازدواج با او جایز نیست زیرا شوهر دارد یا به خاطر رضاع یا عناوین محرمه دیگر بر این شخص حرام است و در این صورت علم اجمالی نسبت به مادر یا دختر زن دیگر تنجیز پیدا

نمی‌کند و منحل می‌شود بلکه در آن اصل بلا- معارض جاری می‌شود یعنی اصالت عدم زنا به بنت یا امّ آن زنی که می‌خواهد با او ازدواج کند جاری می‌شود.

تعلیقه ای از مرحوم آقای خمینی قدس سرّه:

در عروه ای که توسط جامعه مدرسین چاپ شده با پانزده حاشیه، تعلیقه ای از مرحوم آقای خمینی رحمه الله آمده است.

سید در عروه فرمود: «اما اذا لم یکن لأحدهما امّ ولا بنت فالظاهر جواز نکاح الأمّ او البنت من الأخری» ایشان در تعلیقه می‌فرماید: «هذا اذا كانت المرأة زانیة لا مشتبهة» یعنی اینکه دختری یا مادر این زن را می‌شود گرفت در جایی است که زن هم زنا کار باشد فرض کلام سید این است که مرد زانی است اما اینکه زن هم زانیه باشد یا نباشد سید مطلبی ندارد و فرق نگذاشته است. ایشان در تعلیقه می‌فرماید: باید تفصیل داد اگر زن هم مانند مرد زانیه باشد ازدواج با مادر یا دختر او جایز است ولی اگر زن مشتبه باشد و تنها مرد، زانی است نمی‌تواند مادر یا دختر این زن را بگیرد.

ابتداءً به نظر می‌رسد که چه فرقی می‌کند که زنا طرفینی باشد یا تنها از یک طرف باشد بالأخره زنا امری است حادث. و شک در تحقق زنا نسبت به این زن دارد با اصل، نفی آن را می‌کند و معارضی ندارد پس منشأ تفصیل چیست؟

توجیه حاشیه مرحوم آقای خمینی قدس سرّه

احتمالاً توجیه فرمایش ایشان این است که در باب اقل و اکثر اگر من نمی‌دانم به زید هزار تومان بدهکارم یا هزار تومان بدهکارم با مبلغ زاید یا شیء زایدی مثلاً عبا می‌هم به او بدهکارم، همان مقدار متیقن را باید بدهم و نسبت به ما زاد برائت جاری است مخصوصاً در این موارد که اقل و اکثر استقلالی است جریان برائت در آنها مورد نزاع نیست ولی اگر دو طرف علم اجمالی دو نفر باشند نذر کردم نمی‌دانم نذر کردم که احتیاج زید را برطرف کنم و زید هزار تومان احتیاج دارد یا نذر کردم که احتیاج عمرو را برطرف کنم و عمرو به هزار تومان به علاوه یک عبا احتیاج دارد.

از باب علم اجمالی باید هزار تومان را به زید بدهم و هزار تومان و عبا را هم به

عمرو بدهم اینها متباینین هستند و اقل و اکثر نیستند زیرا در یک موضوع نیست تا اقل و اکثر باشد.

مرحوم آقای خمینی رحمه الله می فرماید: اگر طرفین زانی هستند. و تنها یکی مادر یا دختر دارد استصحاب می گوید: قبلاً که زناهی به این زن نشده بود الآن هم استصحاب عدم تحقق زنا جاری می کنیم. اما اگر زن مشتبه بوده است، زن مشتبه مهر المثل دارد زیرا هر چند مرد زانی است ولی از طرف زن اشتباه واقع شده است، زن زانیه نیست تا مهر طلبکار نباشد. زانی علم اجمالی دارد که یا باید مهر المثل به این زن بدهد که مادر و دختر ندارد و یا آنکه نسبت به زن دیگر هم مهر المثل بدهکار است و هم مادر یا دختر او بر شخص حرام است. باید رعایت همه این احکام را بنماید. این وجه کلام ایشان است.

کلام ایشان را در جلسه بعد بررسی می کنیم. ان شاء الله تعالی.

«* و السلام*»

ص: 2886

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

گفتیم که زانی نمی تواند مادر و دختر مزنی بها را بگیرد بنابراین اگر مزنی بها مردّد بین دو نفر بود چنانچه هر دو مادر یا دختر دارند زانی باید از ازدواج با مادر و دختر هر دو نفر اجتناب کند و اگر تنها یکی از دو نفر مادر یا دختر دارد، ازدواج با مادر یا دختر دیگری بلا مانع است. در اینجا مرحوم آقای خمینی رحمه الله حاشیه زده اند که «هذا اذا كانت المرأه زانیه لا مشتبهه»، اگر عملی که انجام شده از طرف مرد زنا باشد ولی از طرف موطوئه، وطی به شبهه باشد، اجتناب از مادر و دختر مشتبه لازم است و لوفقط یکی از دو نفر مادر یا دختر داشته باشند.

در وجه این حاشیه در جلسه گذشته گفتیم که چون یکی از احکام وطی به شبهه ثبوت مهر المثل است، در این صورت زانی اجمالاً می داند یا باید به این زن (که مادر یا دختر دارد) مهر المثل پردازد و از ازدواج با مادر یا خواهرش نیز پرهیز کند و یا فقط وظیفه دارد به زن دیگر (که مادر و دختر ندارد) مهر المثل پردازد، مقتضای لزوم احتیاط در اطراف علم اجمالی این است که به هر دو مهر المثل پردازد و با مادر یا دختر اولی هم ازدواج نکند. اما اگر همچنان که مرد زانی است، زن نیز زانیه باشد (نه مشتبهه)، در این صورت اگر تنها یکی از دو زن مادر یا دختر داشته باشند ازدواج با آنها مانعی ندارد. چون علم اجمالی به تکلیف الزامی در کار نیست و اثر استصحاب عدم تحقق زنا نسبت به این زن، جواز ازدواج با مادر و خواهر او است و این استصحاب در مورد زن دوم که مادر و دختر ندارد جاری نیست چون اثر ندارد.

بررسی کلام مرحوم آقای خمینی قدس سرّه

در مورد کلام ایشان نکاتی به نظر ما می رسد:

ص: 2887

نکته اول: علم اجمالی نسبت ازدواج با مادر یا دختر زن مشتبه ای که مادر یا دختر دارد موجب تجزیه نمی شود و زانی می تواند با اجرای اصل عدم زنا نسبت به او، با مادر یا دختر او ازدواج کند و این اصل معارض هم ندارد. برای روشن شدن بحث به مثالهای زیر و فرق بین آنها توجه کنید:

مثال اول شخصی نذری کرده است ولی نمی داند که نذر کرده که نیاز زید را برطرف کند که هزار تومان احتیاج دارد یا نذر کرده که نیاز عمرو را برطرف کند که هزار تومان بعلاوه یک عبا احتیاج دارد، در اینجا از باب علم اجمالی می بایست احتیاج طرفین را برطرف کند و نسبت به عبا نیز نمی تواند اصل عدم جاری کند.

مثال دوم شخصی نذری کرده است و نمی داند که نذر کرده هزار تومان به زید بدهد یا به عمرو، ضمناً احتمال می دهد که در مورد عمرو نذر دیگری هم کرده باشد و آن اینکه اگر متعلق نذر بود یک عبا هم به او بدهد، در اینجا هر چند اجمالاً می داند یا باید هزار تومان به زید بدهد یا هزار تومان و یک عبا، به عمرو لکن پرداخت هزار تومان به زید و عمرو طرفین علم اجمالی است و احتمال وجوب پرداخت عبا، شبهه بدوی است، در اینجا اصل نسبت به هزار تومان در طرفین متعارض است و قهراً باید مراعات علم اجمالی را نموده احتیاط کنیم، ولی نسبت به غیر هزار تومان اصل عدم جاری است، چون ظرف علم اجمالی نیست و شبهه بدوی است.

در ما نحن فیه، مسئله از قبیل مثال دوم است چون زانی یقین دارد وقاعی کرده و چون موطوئه مشتبه بوده، لذا باید مهر المثل پردازد لکن نمی داند به شخص الف یا شخص ب، در اینجا باید احتیاط کند چون اصل عدم جاری نیست، نه اصل موضوعی و نه اصل حکمی، یعنی نسبت به موطوئه بودن زنها نمی تواند اصل عدم جاری کند و نسبت به وجوب پرداخت مهر المثل هم نمی تواند اصل عدم جاری کند. چون نسبت به موضوع و حکم علم اجمالی دارد. اما نسبت به مادر یا دختر امرأه مشتبه اصل عدم جاری است و معارضی هم ندارد، هم اصل موضوعی جاری است و هم اصل حکمی. اصل موضوعی: مادر یا دختر مزنی بها، موضوع

حرمت نکاح است. هر کدام از مادر و دختر، قبل از وقوع زنا، مادر و دختر مزنی بها نبود و موضوع حرمت نکاح بر آنها منطبق نبود، استصحاب می گوید هنوز هم عنوان موضوع حرمت نکاح بر آنها منطبق نیست. اصل حکمی: ازدواج با این شخص قبل از وقوع زنا حرام نبود، الآن هم حرام نیست.

ان قلت: چرا حرمت نکاح را از اطراف علم اجمالی خارج می کنید؟ زانی علم اجمالی دارد که یا شخص الف که مادر و دختر ندارد موطؤه شبهه است، تا پرداخت مهر المثل به او واجب باشد یا شخص ب که مادر یا دختر دارد موطؤه مشتبهه است و در نتیجه باید به او مهر المثل پردازد و از دختر و مادرش نیز اجتناب کند، در اینجا هر دو اصل موضوعی اطراف علم اجمالی است و همچنین در مورد اصل حکمی، زانی اجمالاً می داند یا باید به موطؤه الف مهر المثل پردازد یا باید به موطؤه ب مهر المثل پردازد و از مادر و دخترش نیز اجتناب کند. در اینجا از باب علم اجمالی باید احتیاط کند و خلاصه چرا «مادر یا دختر مزنی بها بودن» و «لزوم اجتناب از ام و بنت مزنی بها» را از اطراف علم اجمالی موضوعی و حکمی خارج می کنید؟ و شبهه را در مورد اینها، بدوی می دانید؟

قلت: برخی از موارد است که ادلّه اصول هیچ یک از اطراف را شامل نمی شود و ما نحن فیه از آن قبیل نیست. توضیح آن که: گاهی علم اجمالی داریم و تکلیف معلوم بالاجمال بین الطرفين مردّد است و همین امر مانع جریان اصل در اطراف می شود و آن در جایی است که عرف در هیچ کدام از طرفین احتمال ترجیح ثبوتی نمی دهد. مثلاً دو ظرف دارد که یکی نجس است، اگر یکی سمت راست و دیگری سمت چپ قرار گرفته باشد، عرف هیچ احتمال نمی دهد که سمت راست یا سمت چپ قرار گرفتن ثبوتاً مرجّح باشد و اصاله الطهاره کاسه سمت راست یا سمت چپ را بالخصوص شامل شود دون دیگری، چنین احتمالی را عرف هرگز نمی دهد و ثبوتاً محتمل نیست. بنابراین چون کل شیء طاهر یقیناً هر دو طرف را نگرفته و اگر بخواهد فقط یکی از اینها را بگیرد ترجیح بلا مرجّح است لذا در هیچ طرف نمی توانیم اصاله الطهاره جاری کنیم.

ولی برخی موارد هست که در نظر عرف یک طرف بخصوصه مرجح ثبوتی دارد یعنی اگر شارع مقدس در خصوص آن طرف اصل را جاری کند بر خلاف مرتکزات عرف نیست و عرف آن را بعید نمی شمارد. در چنین مواردی عرف یقین دارد که دلیل اصل نسبت به آن که ثبوتاً مرجحی ندارد تخصیص خورده و اصل جاری نیست ولی جریان اصل در طرف دیگر مشکوک است. عموم دلیل اقتضاء می کند که در آن طرف اصل را جاری بدانیم و ما نحن فیه از این قبیل است.

در ما نحن فیه یکی از دو نفر موطوءه مشتبه هستند، زنی که مادر یا خواهر دارد یا دیگری، معلوم نیست. در اینجا احتمال این که مادر یا خواهر داشتن یا نداشتن نسبت به مهر المثل از مرجحات ثبوتی باشد، هیچ محتمل نیست یعنی عرف هیچ احتمالی نمی دهد که واجب باشد فقط به زنی که مادر یا خواهر دارد مهر المثل بپردازد، یا بالعکس، چنین احتمالی خلاف مرتکزات عرف است و لذا از نظر عرف شمول اصالة البراءة از اداء مهر المثل، نسبت به طرفین مساوی است و چون اصل در طرفین تساقط می کنند به مقتضای علم به تکالیف باید احتیاط کنیم. ولی نسبت به لزوم اجتناب از مادر یا خواهر اگر شارع مقدس، اجتناب را لازم نداند و اجازه نکاح بدهد خلاف مسلمات و مرتکزات عرف نیست. همچنان که مرحوم سید فتوا می دهند پس مانعی ندارد که شارع مقدس در مورد زنی که مادر یا خواهر دارد حکم کند که این را مزنی بها فرض نکن و اگر خواستی مادر یا دختر او را بگیری مانعی ندارد حالا که چنین امری خلاف فهم عرفی نبود می توانیم به عمومات استصحاب یا عموم «کل شیء لک حلال» تمسک کرده و حکم به جواز نکاح با آنها بنماییم.

نتیجه آن که: با اجراء استصحاب موضوعی و حکمی در مورد مادر یا دختر امرئہ مشتبه ای که مادر یا دختر دارد، حکم به جواز نکاح با آنها می کنیم.

نکته دوم به نظر ما ادلّه برائت شرعی شامل اطراف علم اجمالی می گردند بلی چنانچه معلوم بالا جمال ما تکلیف الزامی از یک سنخ (وجودی یا عدمی) باشد ادلّه احتیاط شرعی مقدم بوده و احتیاط را لازم می داند و ما نحن فیه معلوم بالا جمال ما از یک سنخ نیست تا احتیاط لازم باشد. توضیح آن که:

به نظر ما طبق قواعد عامه ترخیص در اطراف علم اجمالی اشکالی ندارد و لذا شمول ادله اصول نسبت به اطراف علم اجمالی ثبوتاً مانعی ندارد و همان جمعی که ما بین حکم ظاهری و واقعی در شبهات بدویه کرده اند در اطراف علم اجمالی نیز جاری است یعنی حکم واقعی در موارد مشتبه فعلی نیست بلکه شائی است.

بنابراین ترخیص در جمیع اطراف علم اجمالی اشکال ثبوتی ندارد. از نظر اثباتی از روایت مسعده بن صدقه «کل شیء هولک حلال حتی تعلم انه حرام بعینه» که غایت حلیت ظاهری را علم تفصیلی قرار داده است، استفاده می شود که در موارد علم اجمالی هم اصالة الحل جاری است، بنابراین طبق این روایت شارع مقدس اجازه مخالفت علم اجمالی را داده است.

مرحوم آقای داماد رحمه الله می فرمودند که روایات متعددی در ابواب مختلف فقهی هست که از مجموع آنها استفاده می شود که حکم واقعی در موارد و علم اجمالی فعلی است و احتیاط در اطراف آن لازم است. از این که در مورد مائین مشتبهین فرموده اند: «یهریقهما و یتمم» و در مورد ثوبین مشتبهین دستور داده اند که در هر دو لباس نماز بخوانیم، در مورد میتة مشتبه با مذکی دستور داده شده که «یرمیهما الی الکلاب»، در مورد اشتباه قبله دستور داده شده که به چهار طرف نماز بخوانیم و موارد دیگر، از مجموع روایات متفرق قاعده عامی استفاده می شود که در اطراف علم اجمالی احتیاط لازم است، خواه در شبهات تحریمیه و خواه در شبهات وجوبیه و عدم فعلیت حکم واقعی مخصوص شبهات بدویه است نه شبهات مقرون به علم اجمالی.

به نظر ما اصل اصطیاد قاعده صحیح است و از کثرت موارد می فهمیم که این احتیاط اختصاص به بابی از ابواب فقهی ندارد لکن استفاده قاعده عمومی وسیعی که تمام اقسام علم اجمالی را شامل شود صحیح نیست چون تمام این موارد دارای خصوصیات است که اصطیاد قاعده ای فراتر از این خصوصیات صحیح نیست.

مورد اول احتیاط در موارد علم اجمالی کثیر در کثیر از این روایات استفاده نمی شود مثلاً موردی که می دانم هزار اناء از این سه هزار اناء نجس است. ما اگر

بخواهیم لزوم احتیاط در اطراف علم اجمالی را از روایات متفرق استفاده کنیم، دلیلی بر لزوم احتیاط در چنین مواردی نداریم زیرا تمام آن موارد مختلف فقهی، علم اجمالی قلیل در قلیل است و فهم عرفی هم به تناسب حکم و موضوع چنین نیست که الغاء خصوصیت کند زیرا احتیاط در موارد علم اجمالی قلیل در قلیل نوعاً حرجی نیست بر خلاف کثیر در کثیر که نوعاً حرجی است و لذا برخی روایات در برخی از موارد علم اجمالی کثیر در کثیر حکم به براءت نموده است. دو روایت ابی الجارود دربارهٔ پنیر می فرماید: «اذا علمت انه میتة فلا تأکله و ان لم تعلم فاشتر و بع و کل، و الله انی لاعترض السوق، فاشتری بها اللحم و السمن و الجبن، و الله ما اظنّ کلهم یسمون هذه البربر و هذه السودان»⁽¹⁾

آقایان این روایت را نوعاً با خروج از محلّ ابتلاء توجیه می کنند، لکن در مورد تجار و کسبه ای که پنیر خرید و فروش می کنند نوعاً همهٔ پنیرها محلّ ابتلاء آنها است منتهی شارع مقدس ملاحظه کرده که اگر احتیاط لازم باشد باعث حرج می شود و اگر قرار باشد در علم اجمالی کثیر در کثیر مسلمین احتیاط کنند مشکله ای جدّی پیش می آید و لذا ارفاق کرده و تسهیلاً للعباد لزوم احتیاط را برداشته است.

مورد دوم علم اجمالی در مورد احکامی که تدریجاً حاصل می شود - مثلاً زن می داند چند روز از ماه حیض می شود و مرد است بین روزهای اول یا وسط یا آخر ماه، آیا در این موارد که حکم خود معلوم بالاجمال (نه موضوع آن) تدریجاً حاصل می شود احتیاط لازم است؟ این روایاتی که در موارد خاصه احتیاط را لازم دانسته همگی در مورد تکالیفی است که فعلی است و تعدّی لزوم احتیاط به موارد تکالیف تدریجی بلا وجه است.

مورد سوم مواردی که معلوم بالاجمال ما خطاب مردّد بین الخطابین باشد مانند کسی که می داند یا دعا عند رؤیه الهلال واجب است یا فرستادن صلوات هنگامی که نام مبارک حضرت محمّد صلی الله علیه و آله برده می شود. که مرحوم شیخ در قطع

ص: 2892

رسائل وجوه مختلفی برای آن ذکر کرده اند و به طور قطعی اظهار نظر نکرده اند بلکه بعد از بیان احتمالات مختلف و ادله آن فرموده اند: «الاقوی من هذه الوجوه هو الوجه الثاني [عدم جواز المخالفه مطلقاً] ثم الاول [الجواز مطلقاً] ثم الثالث [جواز المخالفه فی الشبهه الموضوعیه دون الحکمیة]».

مورد چهارم مواردی که حکم معلوم بالا جمال ما واحد بالنوع نیستند مثلاً زنی که نمی داند حائض است یا مستحاضه، علم اجمالی دارد یا مباشرت بر او حرام است یا نماز بر او واجب.

مورد پنجم خنثای مشکل بنابراین که او را طبیعت ثالثه ندانیم اجمالاً می داند یا احکام مردان را دارد یا احکام بانوان را.

نسبت به این موارد هم اگر بخواهیم از روایات خاصه الغاء خصوصیت کنیم محلّ مناقشه است.

مورد ششم ما نحن فیہ: زانی اجمالاً می داند یا باید به موطوئه الف مهر المثل پردازد یا باید علاوه بر پرداخت مهر المثل به موطوئه ب از نکاح با مادرش هم اجتناب کند. نسبت به مهر المثل حکم به وجوب احتیاط می کنیم لکن نسبت به حرمت نکاح که اختلاف سنخ دارند دلیلی ندارد که از عمومات ادله برائت رفع ید کنیم.

نتیجه بحث آن که: اگر موطوئه مرد بین دو زنی بود که فقط یکی از آنها مادر یا دختر دارد ازدواج با آنها بلا مانع است خواه موطوئه، زانیه باشد یا مشتبهه.

لا فرق فی الزنا بین کونه اختیارياً أو اجبارياً أو اضطرارياً

متن عروه:

«مسئله 33: لا فرق فی الزنا بین کونه اختیارياً أو اجبارياً أو اضطرارياً و لا بین کونه حال النوم أو اليقظه و لا بین کون الزانی بالغاً أو غیر بالغ و کذا المزنی بها بل لو ادخلت الامراه ذکر الرضیع فی فرجها نشر الحرمة علی اشکال، بل لو زنا بالمیتة فکذلک علی اشکال ایضاً و اشکل من ذلك لو ادخلت ذکر المیت المتصل و اما لو ادخلت الذکر المقطوع، فالظاهر عدم النشر» (1).

ص: 2893

1- (1) استاد مد ظله: تذکر نکته ای در اینجا مناسب است، متن فقهی که با حواشی فقهاء چاپ می کنند باید آخرین

«لا فرق فی الزنا بین کونه اختیاریاً أو اجباریاً أو اضطراریاً»

مراد مرحوم سید از اجباری، اکراهی است نه جبر در مقابل اختیار یعنی گاهی زنا در اثر تهدید و فشار شخصی صورت می گیرد زناى اکراهی و به تعبیر مرحوم سید قدس سرّه اجباری است و گاهی در اثر فشار حوادث و پیش آمدها رخ می دهد که زناى اضطراری است (به همان اصطلاح فقهی) و اگر در اثر فشار نباشد زناى اختیاری است پس مراد از اختیار اختیار فقهی است که می گویند: من شرائط العقد الاختیار فلا یصح بیع المکره... و اختیاری در مقابل جبر (مسلوب الاختیار) منظور نیست و زناى بدون اراده را در عبارت بعد مطرح می کنند مثلاً اگر زانی خواب باشد.

در هر حال مرحوم سید می فرمایند: در نشر حرمت فرقی نیست که زانی در عمل زنا معذور باشد یا خیر. خوب، در این که به این عمل زنا گفته می شود بحثی نیست منتهی بحث در این است که چنین زناى هم نشر حرمت می کند یا خیر؟

دلیل نشر حرمت در زناى شخص معذور

ادله ای که دلالت می کند زانی نمی تواند مادر یا دختر مزنی بها را بگیرد یا روایاتی می گوید پدر و پسر زانی نمی توانند خود مزنی بها را بگیرند، این ادله اطلاق دارد و اطلاقش شامل زناى اکراهی و اضطراری هم می شود و تابع ثبوت حکم تکلیفی نیست و حدیث رفع حکم تکلیفی و مؤاخذاتی که تابع حکم تکلیفی است بر می دارد خواه دنیوی و خواه اخروی. بنابراین زناى اجباری یا زناى بیچه، حدّ ندارد و عقاب اخروی هم ندارد لکن نشر حرمت چون دائر مدار حکم تکلیفی نیست ثابت است.

فرمایش مرحوم آقای خوئی رحمه الله

ایشان می فرمایند باید بین احکام زانی و احکام مزنی بها تفصیل بدهیم و بگوییم

در زناى اجبارى يا اضطرارى زانى مى تواند مادر يا دختر مزنى بها را بگيرد ولى مزنى بها نمى تواند با پدر يا پسر زانى ازدواج كند. اما جواز نكاح زانى با مادر و خواهر مزنى بها به اين جهت است كه هر چند اطلاق ادله نشر حرمت شامل زناى اجبارى، و اضطرارى هم مى شود لكن حديث رفع به دو تقريب حرمت نكاح را بر مى دارد:

الف چون مرفوع به حديث رفع اختصاص به احكام تكليفى و مؤاخذه ندارد بلكه حديث رفع احكام وضعى را هم بر مى دارد و مفاد حديث اين است كه عملى كه عن اكراه صادر شده باشد شرعاً گان لم يكن محسوب مى شود نه حكمى بر آن بار مى شود و نه عقوبتى مگر موردى كه دليلى بر ثبوت حكم در خصوص عناوين مأخوذه در حديث رفع داشته باشيم مانند قتل خطائى و چون در مورد زناى اكراهى و اضطرارى بالخصوص دليل خاصى بر ثبوت نشر حرمت نداريم مقتضاي اطلاق حديث رفع، رفع حرمت نكاح است.

ب بگويم حديث رفع، فقط عقوبت و مؤاخذه را بر مى دارد لكن چون حرمت نكاح مادر و دختر مزنى بها بر زانى حكمى عقوبتى است، لذا اگر زنا اكراهى يا اضطرارى باشد حديث رفع اين حكم عقوبتى را بر مى دارد نتيجه آن كه به خاطر حديث رفع نكاح زانى با مادر و دختر مزنى بها جاز است اگر زنا اكراهى يا اضطرارى باشد.

اما حرمت نكاح مزنى بها با پدر و پسر زانى حديث رفع رافع حرمت ابدى نيست چون اين حديث ارفاقى است بر شخص مكره و مضطرّ و... و اصلاً ناظر به ديگران نيست بنابراين اطلاق ادله حرمت مزنى بها بر پدر و پسر زانى محكم است و حكم مى كنيم كه آنها نمى توانند با مزنى بها ازدواج كنند.

بررسى كلام مرحوم آقاى خويى رحمه الله

اگر گفتيم كه چهار حكمى كه در اين باب هست يكسان است و باب زنا از ملحقات باب مصاهرت است و يك نوع قرب و نزديكى در تمام اين موارد فرض

شده است همچنان که از کلمات سید مرتضی و فخر المحققین استفاده می شود که یکسان بودن حکم این چهار مورد از مسلمات است و این موارد از نظر حکم قابل تفکیک نیستند، می گوئیم مقتضای اطلاق ادله نشر حرمت، ثبوت حرمت در تمامی چهار فرض است. و حدیث رفع یا به خاطر این که فقط مؤاخذه را بر می دارد شامل این مورد نمی شود یا به جهت این که چون ناظر به رفع حکم از غیر زانی نیست، حرمت نکاح مزنی بها با پدر یا پسر زانی را بر نمی دارد و از آنجا که حکم نکاح زانی با مادر یا دختر مزنی بها با این حکم متحد است در تمام صورتهای چهارگانه منکر نشر حرمت می شویم و اگر مانند ابن زهره در غنیه گفتیم دلیلی ندارد که احکام این چهار مورد یکی باشد پس اگر حدیث رفع، عموم آثار را بر دارد که فرمایش مرحوم آقای خوئی تمام می شود.

و اگر گفتیم مرفوع با حدیث رفع، خصوص مؤاخذه است اعم از دنیوی و اخروی، (همچنان که به نظر ما می رسید و به تفصیل بحث کردیم) چون ثابت نیست که نشر حرمت جنبه عقوبتی داشته باشد و شاید به جهت قریبی باشد که در اثر زنا حاصل شده و یک نوع مصاهرت تنزیلی است، نمی توانیم با حدیث رفع، حرمت را بر داریم و طبق اطلاقات ادله نشر حرمت حکم می کنیم که در تمامی چهار صورت نکاح حرام است هر چند زنا عن اکراه او اضطرار صورت گرفته باشد و الله العالم.

«* و السلام*»

ص: 2896

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خلاصه درس این جلسه:

در جلسه قبل مسئله زناى شخص مکره و مضطر را بررسی کردیم در این جلسه ابتدا ادامه آن را پی می گیریم سپس به بررسی حکم زناى شخص خواب و زنا به ادخال ذکر الرضیع او المیت او بالمیته پرداخته و به دلیل انصراف یا اجمال ادله نسبت به این موارد آنها را موجب نشر حرمت نمی دانیم. آنگاه حکم زناى غیر بالغ را بررسی کرده و در مورد ام و بنت مزنی بها چون الغاء خصوصیت از «رجل» صحیح نیست، قائل به عدم نشر حرمت می شویم ولی در مورد ازدواج پدر زانی صغیر همچنین پسر او با مزنی بها به دلیل روایت کاهلی قائل به نشر حرمت می شویم و بالاخره در مورد زناى به غیر بالغه با الغاء خصوصیت از «مرأه» در همه موارد اربعه، آن را موجب نشر حرمت خواهیم دانست.

لا فرق فی الزنا بین کونه اختیارياً او اجبارياً او اضطرارياً

متن عروه:

مسئله 33: لا فرق فی الزنا بین کونه اختیارياً او اجبارياً او اضطرارياً

الف) پیگیری فرمایش استاد - مد ظله در حکم زناى مکره و مضطر:

از نظر عرف در جایی که انسان استحقاق دخول ندارد اگر دخولی و لو مکرهاً یا مضطراً صورت گیرد عنوان «زنا» صدق می کند. اما چون مبنای ما در حدیث رفع تنها بر رفع مؤاخذات استوار است، لذا اگر زنا از روی اکراه و یا اضطرار واقع شود به اقتضای اطلاقات ادله نشر حرمت موجب حرمت ام و بنت مزنی بها بر زانی و حرمت مزنی بها بر پدر و پسر وی که از احکام وضعیه این عمل است می شود.

بلی در دو صورت می توان بین این چهار حکم تفکیک کرد و قائل به حرمت مزنی بها بر پدر و پسر زانی و عدم حرمت ام و بنت مزنی بها بر زانی شد.

ص: 2897

اول: اینکه قائل شویم حرمت ام و بنت مزنی بها بر زانی به مناط عقوبت زانی است نه حصول یک نحوه اتصال و قرابت خاصی که مانع از ازدواج با او گردد، در این صورت ام و بنت مزنی بها بر زانی مکره یا مضطر به دلیل حدیث رفع که مؤاخذه و عقوبت را رفع می کند حلال، ولی مزنی بها بر پدر و پسر وی حرام خواهد بود.

لکن مناط عقوبت در این دو مورد محرز نیست بلکه ظاهر فتاوی جمعی از فقها بر این است که هر چهار مورد به یک مناط (اتصال و قرابت خاصی) تحریم شده و اگر نپذیریم که اتحاد مناط حکم در چهار مورد محرز است، ولی قطعاً عدم اتحاد مناط محرز نیست و چون در مورد حرمت مزنی بها بر پدر یا پسر زانی ملاک حکم عقوبت نیست پس نمی توان مناط عقوبت را در دو مورد دیگر قطعی دانست. بنابراین تفکیک در احکام اربعه و قول به عدم حرمت ام و بنت مزنی بها بر زانی مکره و مضطر و حرمت مزنی بها بر پدر و پسر وی صحیح نیست.

ان قلت: شما در مسئله وطی به شبهه گفتید که الحاق آن به زنا صحیح نیست، چون ملاک حرمت ابدی در زنا می تواند عقوبت باشد.

قلت: مجرد احتمال مناط بودن عقوبت در عدم الحاق وطی به شبهه کافی است ولی در بحث ما برای رفع ید از عمومات نشر حرمت باید اثبات شود که مناط حکم زنا، عقوبت است تا در موارد معذوریت مکلف حکم ثابت نباشد.

دوم: مبنای رفع جمیع الآثار را در حدیث رفع بپذیریم که در این صورت نسبت به ام و بنت مزنی بها حکومت دارد و رافع حرمت ازدواج آنها با زانی مکره و مضطر است اما نسبت به حرمت مزنی بها بر پدر و پسر زانی حکومت ندارد. زیرا حدیث رفع تنها نسبت به خود مکره و یا مضطر رافع حکم است نه نسبت به دیگران همچون پدر یا پسر او.

نتیجه اینکه، چون ما تعدد مناط را محرز ندانسته و قائل به رفع جمیع الآثار در حدیث رفع نیستیم، زنا مکره و مضطر را مانند شخص مختار موجب نشر حرمت

ب) بررسی حکم زناى شخص خواب:

اشاره

متن عروه: و لا (فرق) بين كونه حال النوم او اليقظه... بل لو ادخلت الامراه ذكر الرضيع فى فرجها نشر الحرمة على اشكال(1) بل لو زنا بالميتة فكذلك على اشكال ايضاً و اشكل من ذلك لو ادخلت ذكر الميت المتصل و اما لو ادخلت الذكر المقطوع فالظاهر عدم النشر.

مراد سيد رحمه الله از زناى حال النوم زنایى است که در خارج توسط شخص خواب واقع شود نه اینکه در خواب ببیند زنا کرده ولى خارجاً عملى واقع نشده باشد.

ایشان مورد را هم مانند زناى مکره و مضطر موجب نشر حرمت می دانند.

1) نقل کلام مرحوم آقای حکیم و مرحوم آقای خوئی:

مرحوم آقای حکیم پس از پذیرفتن صدق عنوان زنا عرفاً، به جهت شمول اطلاقات نسبت به این مورد، آن را موجب نشر حرمت می دانند.

ولى مرحوم آقای خوئی می فرمایند: مفهوم زنا متقوم به «قصد» است و چون شخص خواب قصد زنا ندارد، عنوان «زنا» متحقق نیست. حتى روایاتی که همچون صحیحۀ عیص بن قاسم میزان حرمت را «افضاء» دانسته اند نمی تواند دلیل بر شمول حکم نسبت به موردی که فاعل مانند شخص خواب، قاصد نیست باشد زیرا «افضاء» به معنای «انهاء» است و مراد در اینجا انهاء العمل الی الزنا است بنابراین در «افضاء» نیز مانند «زنا» قصد، معتبر است لذا زناى شخص خواب موجب نشر حرمت نیست.

2) بررسی کلام مرحوم آقای خوئی توسط استاد - مد ظلّه -:

از عبارت مرحوم آقای خوئی استفاده می شود که ایشان علاوه بر «زنا» در مفهوم «افضاء» هم قصد را معتبر می دانند ولى بنظر می رسد که مفهوم «افضاء» معنای اعمی است زیرا افضاء در لغت به معنای مجامعت است(2)، مفهوم مجامعت و

ص: 2899

1- (1) ظاهر کلمه «على اشكال» پس از ذکر فتوا این است که احتیاط در این موارد احتیاط استجابی است.
2- (2) (توضیح بیشتر) در صحاح، قاموس و غیر آن افضاء را به مجامعت معنا کرده اند، البته در قاموس معنای

جمع شدن به دخول در خواب بدون قصد و اختیار هم عرفاً صدق می کند، ولی صدق زنا در موارد عدم اختیار همچون وطی شخص خواب محلّ تأمل است.

ان قلت: عرفاً زنا تنها در موردی که فعل انجام شده قبیح باشد اطلاق می شود و به عبارت دیگر بنظر می رسد که از کلمه «زنا» و مشتقات آن عرفاً معنای قبیح متبادر شود و لذا در مواردی که شخص مکلف به جهت عدم اختیار یا جهل در انجام کار معذور است این واژه اطلاق نمی شود.

قلت: کلمه «زنا» همچون قتل نفس می تواند مفهوم عامی باشد و تبادر معنای قبیح در پاره ای از مصادیق آن باشد و این معنای قبیح در اصل مفهوم عامّ و کلیّ آن مندرج نباشد.

به هر حال مرحوم آقای خوئی ادعا می کنند که چون در صدق کلمه «زنا» یا «افضاء» اختیار و قصد معتبر است، شامل زناي شخص خواب نمی شود و مرحوم آقای حکیم زناي شخص خواب را عرفاً زنا می دانند و هیچ کدام بر مدعای خود نه تقریبی می آورند و نه مثالی ذکر می کنند، ولی ما در اینجا بحث را به گونه ای دیگر دنبال می کنیم که نیاز به فهم مدلول «زنا» و مانند آن نداشته باشد.

(3) نظر استاد - مد ظله :-

به نظر ما حتی اگر کلمه «زنا» یا «افضاء» را از نظر لغت اعم دانسته و قید اختیار و قصد را در آن معتبر ندانیم باز در این گونه موارد نادر می توان ادعای انصراف یا لا اقل وجود قدر متیقنی که موجب اجمال شود (1) نمود. البته ما قائل نیستیم که در

ص: 2900

1- (1) انصراف به این معنا است که دلیل قطعاً این موارد را نمی گیرد، البته ممکن است حکم ثبوتی تعمیم داشته

همه جا الفاظ از افراد نادر منصرف است و یا وجود قدر متیقن موجب اجمال لفظ نسبت به فرد غیر متیقن می شود، ولی گاهی با توجه به تناسبات حکم و موضوع، عرف در شمول لفظ نسبت به یک فرد نادر به تردید می افتد و بدون سؤال مجدد قائل به شمول لفظ به آن فرد نادر نمی گردد. مثلاً دخولی که موجب استقرار تمام المهر شود را عرف از دخول شخص خواب که توسط زن اعمال شده و فرد نادری است، منصرف می داند و یا اگر برای «اکل» حکم خاصی بود هر چند در ماده یا هیئت «اکل» اختیار فاعل نخواستیده ولی گاهی با ملاحظه تناسبات حکم و موضوع در بعضی موارد، عرف نسبت به شمول حکم به اکل در خواب به مشکل می افتد و لفظ را از این جهت مجمل یا منصرف می بیند.

در اینجا نیز و لو ما معنای لفظ را از نظر لغت عام بدانیم لکن بی تردید، عرف نسبت به ترتب این احکام بر زنای شخص خواب به مشکل می افتد و اگر با توجه به تناسبات حکم و موضوع، لفظ را از آن منصرف نداند لا اقل به خاطر وجود قدر متیقن (زنای شخص بیدار) نسبت به زنای شخص خواب متحیر می ماند و لفظ را نسبت به این گونه افراد مجمل می داند لذا چنین مواردی مصداق اصالة العموم و الاطلاق نیست (1) و موجب نشر حرمت نیست.

همین تقریب نسبت به فقرات دیگر این مسئله یعنی ادخال المرأة ذکر الرضيع فی فرجها و زنای بالمیته و ادخال المرأة ذکر المیت المتصل نیز جاری است و اطلاقات شامل این موارد نمی شود لذا نمی توان حکم به نشر حرمت در این موارد کرد. از همه واضح تر عدم شمول عنوان «زنا» نسبت به ادخال الذکر المقطوع است لذا عدم

ص: 2901

1- (1) ما مکرر گفته ایم که مواردی که عرف در فهم مفاد به تردید می افتد و به طور روشن حکم مسئله را از دلیل استفاده نمی کند مشمول اصالة العموم یا اصالة الظهور نیست و به طور کلی ما دلیلی نداریم که در باب الفاظ، ظنّ حجّت باشد، بلکه محاورات بر مبنای اطمینان نوعی با غفلت نوعی از احتمال خلاف استوار است و در بحث ما قطعاً اطمینان نوعی یا غفلت نوعی در کار نیست.

ج) بررسی حکم زناى غير بالغ:

متن عروه:

ولا (فرق) بين كون الزانى بالغاً او غير بالغ وكذا المزنى بها

1) استدلال مرحوم آقاي خويي:

مرحوم سيد زناى غير بالغ را همانند بالغ موجب نشر حرمت مى دانند ولي مرحوم آقاي خويي مى فرمايند: موضوع در تمام روايات باب «رجل» و «شاب» است و اين دو عنوان شامل غير بالغ نيست و چون احتمال دارد اين احكام از باب تاديب و عقوبت جعل شده باشد نمى توان از بالغ الغاء خصوصيت كرد و حكم را نسبت به غير بالغ هم شامل دانست همان گونه كه عين اين مطلب را در باب لواط صغير قائل شده ايم. بلى تنها در مسئله حرمت مزنى بها بر پدر زانى، معتبره كاهلى در مورد خصوصى صبي وارد شده است. عبد الله بن يحيى الكاهلى قال: سئل ابو عبد الله عليه السلام و انا عنده عن رجل اشترى جارية و لم يمسه فامرت امرأته ابنة و هو ابن عشر سنين ان يقع عليها فوقع عليها فما ترى فيه؟ فقال اثم الغلام و اثم امه و لا ارى للاب اذا قربها الابن ان يقع عليها الحديث (1) و چون اتحاد مناط در همه احكام اربعة ثابت نيست تنها در خصوص اين مورد ممكن است به اين دليل تمسك شود. سپس مى فرمايند: ولي چون همين قضيه در نقل ديگر هم آمده و در آن امام صادق عليه السلام به جواز امساک و عدم تحريم حكم نموده اند (2) و اين دو روايت ناظر به دو قضيه نيست تا بتوان بين آن دو به زناى قبل از وقاع پدر و بعد از وقاع او حمل كند (چنانچه شيخ طوسى رحمه الله چنين جمع کرده است) لذا با تعارض در نقل در يك قضيه واحده هر دو از حجيت ساقط مى شوند. بنا بر اين زناى صبي غير بالغ موجب حرمت مزنى بها بر پدرش مانند ديگر موارد نمى شود.

ص: 2902

1- (1) وسائل 20: 25977/419 ابواب ما يحرم بالمصاهرة، باب 4، ح 2.

2- (2) مرآزم قال سمعت ابا عبد الله عليه السلام و سئل عن امرأه امرت ابنتها ان يقع على جارية لابيها فوقع فقال: اثم و اثم ابنتها و قد سألتني بعض هؤلاء عن هذه المسألة فقلت له امسكها فانّ الحلال لا يفسده الحرام، وسائل 20: 25979/420، همان باب، ح 4.

2) مناقشهٔ استاد - مد ظله - به کلام مرحوم آقای خویی:

اولاً: ثابت نیست که هر دو روایت از یک قضیهٔ واحده ای که در خارج واقع شده سؤالی نموده باشند چون زنان نوعاً از اینکه شوهرانشان با دیگری ازدواج کنند یا با امه ای معاشرت داشته باشند پرهیز دارند لذا اینکه به فرزندان غیر بالغ که هنوز خود را چندان مکلف به رعایت حلال و حرام نمی دانند یا هنوز با مسائل شرعی آشنا نشده اند دستور می دهند که با جاریهٔ پدر وقاع کرده و پدر را از مباشرت با کنیزش محروم کنند، این امری است عادی و تعدد چنین وقایعی در خارج و تکرر سؤال از حکم آن، دور از انتظار نیست. در خود این دو روایت هم قرینه ای بر اتحاد قضیه وجود ندارد تا جمعی که شیخ طوسی رحمه الله کرده صحیح نباشد.

ثانیاً: بر فرض که هر دو فرمایش امام علیه السلام ناظر به یک واقعه باشد باز منافاتی بین دو کلام نیست زیرا عدم تحریم در روایت مرازم با توجه به اینکه می فرماید: بعض هؤلاء از من پرسید و من چنین جوابی دادم، از باب تقیه بوده چون وجهی ندارد که هنگام بیان حکم بفرمایند من به بعضی از آنها این گونه جواب دادم جز اینکه اشاره به تقیه ای بودن حکم کنند و اینکه حساب آنها از پیروانشان جدا است. لذا حرمت مزنی بها بر پدر با وقاع پسر غیر بالغ بلا اشکال است. حال آیا می توان این حکم را به دلیل همین روایت به موارد دیگر هم تسری داد؟

نسبت به حرمت ام و بنت مزنی بها بر خود کسی که پیش از بلوغ زنا کرده خیلی مشکل است چون اتحاد مناط را ما احراز نکرده ایم و با وجود احتمال اینکه حرمت در این دو مورد از باب تادیب و عقوبت باشد، نمی توان حرمت را به آن دو تسری داد.

بلی بعید نیست بتوان حکم حرمت مزنی بها بر فرزند شخصی که پیش از بلوغ زنا کرده را از آن فهمید زیرا متفاهم عرفی، عدم فرق بین پدر و پسر در این مسئله است و تفکیک بین مناط این دو و اینکه بر پدر حرام ولی بر پسر حرام نشود بسیار مستبعد است. زیرا در محیطی که با این عمل همه حرمت را هم برای پدر و هم پسر هر دو حاصل می دانند، تفرقه بین این دو حکم بدون دلیل خاصی که تفکیک کرده باشد مشکل است. نتیجه اینکه زنا ی غیر بالغ موجب نشر حرمت مزنی بها بر پدر و

پسرش می شود اما موجب نشر حرمت ام و بنت مزنی بها بر خودش نیست.

د) بررسی حکم زنا به مزنی بهای غیر بالغه:

در مورد مزنی بها موضوع حرمت در روایات باب «امراه» است نه انثی، و «امراه» در مقابل «رجل» است که شامل غیر بالغ نمی گردد. ولی همان گونه که مرحوم آقای خویی هم فرموده اند بعید نیست بتوان الغاء خصوصیت کرد زیرا اگر حرمت به مناط عقوبت باشد باید در مورد زنا به صغیره شدید تر برخورد شود و لذا در بحث «افضاء» برای صغیره حرمت ابد جعل شده که برای کبیره نیست. و اگر به مناط حصول قرب و اتصال خاص باشد، باز فرقی بین کبیره و صغیره نیست و عرف خصوصیت بلوغ را الغاء می کند. نتیجه اینکه زنا به غیر بالغه موجب نشر حرمت در تمام موارد اربعه می شود.

و) کلمات برخی از لغویان درباره «افضاء»

کتاب العین: افضى فلان الى فلان ای وصل الیه، و اصله انه صار فی فرجته و فضائه الصحاح: افضى الرجل الى امرأته: باشرها و جامعها لسان العرب: افضى الرجل: دخل علی اهله، و افضى الى المرأه: غشيها، و قال بعضهم: اذا خلا بها فقد افضى، غشى او لم یغش، و الافضاء فی الحقیقه الانتهاء، و منه قوله تعالى: و کیف تأخذونه و قد افضى بعضکم الی بعض، ای انتهى و أوی، عدّاه ب «إلی» لان فیہ معنی الوصل، کقوله تعالى: احلّ لکم لیله الصیام الرفث الی نساءکم.

در لسان العرب عبارت کتاب العین و صحاح نیز آورده شده است.

القاموس: أفضى... إليها: جامعها، او خلا بها، جامع ام لا

مجمع البحرين: قوله تعالى: أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ [21/4] ای انتهى الیه فلم یکن بینهما حاجز عن الجماع، یقال: افضى الرجل الی جاریته: جامعها، و افضى الی الاخری: صار الیها قال بعضهم: الافضاء ان یخلوا لرجل بالمرأه جامعها او لم یجامعها

و عن الشيخ ابی علی: الافضاء الی الشیء الوصول الیه بالملامسه، و اصله من الفضاء و هو السعه (* و السلام *)

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس این جلسه:

در ادامه فروع نشر حرمت توسط زنا در این جلسه دو فرع را مطرح می کنیم:

فرع اول: اگر بعد از ازدواج، زنایی صورت گیرد موجب بطلان نکاح نمی شود، حالا اگر بعد از زنا شوهر همسرش را طلاق رجعی داد، بعد می خواهد در اثناء عده رجوع کند آیا این رجوع جایز است یا احداث نکاح جدید بوده و جایز نیست؟ در این مسئله ضمن بیان نظر مرحوم سید رحمه الله و مرحوم آقای خویی در هر دو بیان مناقشه می کنیم و در پایان مختار سید رحمه الله را به بیانی دیگر اثبات می کنیم.

فرع دوم: اگر بعد از ازدواج زنا صورت گرفت و سپس طلاق بائن داده شد آیا می تواند دوباره ازدواج کند یا خیر؟ بررسی این نوع را در جلسه آینده دنبال می کنیم ان شاء الله تعالی.

الف) اذا كان الزنا لاحقاً، فطلقت الزوجه رجعياً ثم رجع الزوج في اثناء العده

متن مسئله 34:

اذا كان الزنا لاحقاً، فطلقت الزوجه رجعياً ثم رجع الزوج في اثناء العده، لم يعد سابقاً حتى ينشر الحرمه، لأن الرجوع اعاده الزوجيه الاولى، واما اذا نكحها بعد الخروج عن العده، او طلقت بائناً فنكحها بعقد جديد، ففي صحه النكاح و عدمها و جهان: من أن الزنا حين وقوعه لم يؤثر في الحرمه، لكونه لاحقاً فلا اثر له بعد هذا ايضاً، و من أنه سابق بالنسبه الى هذا العقد الجديد و الاحوط النشر.

1) توضیح کلام مرحوم سید:

1 - طرح مسئله:

این مسئله ای که مرحوم سید رحمه الله مطرح کرده اند فروضی داشت که بحث آن

گذشت. بین متأخرین مسلم بود که اگر کسی با زنی ازدواج کرد و پس از ازدواج و دخول به او با مادر یا دختر آن زن زنا کرد یا پسر آن مرد یا پدر او با خود زن مدخوله زنا کرد، در تمام این چهار فرض، عقد نکاح باطل نمی شود. اما اگر زنا پس از ازدواج و قبل از دخول واقع شده باشد، این فرض محلّ بحث و اختلاف بود که به نظر ما موجب بطلان نکاح می گردد.

مرحوم سید رحمه الله در این مسئله دو فرع دیگر را مطرح کرده اند.

فرع اول: اگر بعد از ازدواج زنایی واقع شد (به یکی از دو شکلی که در مسئله قبل گذشت) این زنا عقد نکاح را باطل نمی کند، در این فرض چنانچه شوهر زوجه خود را طلاق رجعی داد، آیا قبل از انقضای عده می تواند به همسرش رجوع کند؟ دو احتمال در مسئله هست، احتمال اول اینکه بگوییم حق رجوع ندارد چون با رجوع زوجیت حادث می شود لذا از مصادیق احداث زوجیت بعد از زنا است، که به خاطر زنای سابق احداث چنین زوجیتی جایز نیست. احتمال دوم این که بگوییم این رجوع باعث نمی شود که زنای او حکم زنای سابق بر تزویج را پیدا کند تا نشر حرمت کرده موجب حرمت ابدی شود بلکه همچنان این زنا حکم زنای لا حق بر تزویج را دارد و نشر حرمت نمی کند؟

2 - نظر مرحوم سید رحمه الله:

ایشان قائل به جواز رجوع شده اند و احتمالاً این مطلب مسلم هم باشد. تقریبی که ایشان ذکر کرده اند این است که رجوع، عقد جدید نیست تا گفته شود این عقد بعد از زنا واقع شده است و عقد بعد از زنا محکوم به بطلان است بلکه رجوع اعاده همان عقد اول است و چون عقد اول قبل از زنا و زنا لا-حق بر عقد بوده، این زنا زوجیت را از بین نمی برد بلی چنانچه می گفتیم که رجوع احداث زوجیتی مماثل زوجیت سابقه است زنای قبلی زنای سابق بوده جلوی این رجوع را می گیرد.

فرع دوم: اما اگر بعد از خروج مطلقه رجعی از عده بخواهد دوباره با او ازدواج

نماید و یا اینکه از ابتدا زوجه خود را به طلاق بائن طلاق بدهد و آنگاه بخواهد دوباره با همان زن ازدواج نماید، آیا این ازدواج جدید او صحیح است و آن زنا همچنان حکم زنا سابق بر تزویج را دارد و یا اینکه این ازدواج صحیح نیست؟ چرا که زنا موجب نشر حرمت نسبت به این عقد جدید می شود. مسئله دارای دو وجه است: از طرفی می توان گفت این عقد جدید صحیح است و زنا، موجب نشر حرمت نسبت به آن نمی شود زیرا اگر ما نشر حرمت را نسبت به این زن نشده بود چون لا حق بر تزویج بوده - بنابراین اثری بعد از طلاق و بعد از تمام شدن عده هم ندارد. و از طرف دیگر می توان گفت که زنا سابق موجب نشر حرمت نسبت به عقد جدید می شود زیرا اگر ما نشر حرمت را نسبت به عقد ملاحظه کنیم، نسبت به عقد سابق، زنا موجب حرمت آن نبوده چرا که فرض این است که زنا لا حقا بر عقد بوده و لیکن نسبت به عقد جدید زنا سابق بر عقد است و لذا موجب نشر حرمت می شود و لکن مرحوم سید در آخر مسئله می فرماید احتیاط در این فرض قول به نشر حرمت نسبت به عقد جدید است.

2) کلام مرحوم آقای خوئی رحمه الله:

اشاره

مرحوم آقای خوئی نسبت به اینکه اگر طلاق رجعی بوده زنا سابق حساب نمی شود این چنین می فرمایند که: بنا بر مبنای ما در باب طلاق رجعی که قائل هستیم مطلقه رجعی، حقیقتاً زوجه است و در طلاق رجعی زوج در موقع طلاق تنها انشا طلاق نموده است ولی فعلیت یافتن آن متوقف بر انقضاء زمان عده است (چنانچه در باب صرف و سلم می گویند حین العقد، مالک فقط انشاء ملکیت نموده است ولی فعلیت یافتن ملکیت منوط به قبض است یعنی پس از قبض مُنشأً فعلی می شود و یا شیخ طوسی در باب خیارات قائل است که معامله ای که در آن خیار وجود دارد، تا مادامی که خیار وجود دارد ملکیت فعلیت نیافته است و پس از خروج

ایام خیار ملکیت حاصل می شود) بسیار روشن است که اگر در اثناء عده، زوج رجوع نموده رجوع او صحیح است و باعث نمی شود که زنا، سابق حساب گردد تا موجب نشر حرمت و عدم تحقق زوجیت باشد. زیرا طبق این مبنا اصلاً زن از زوجیت خارج نشده بود و بنابراین، زنا همچنان لا حق بر زوجیت است. و البته اثر رجوع مرد بنابراین مبنا این است که مانع تأثیر طلاق بعد از اتمام عده می شود. یعنی اگر رجوع نبود طلاق موجب زوال علقه زوجیت بعد از خروج عده می شد، رجوع این اثر را خنثی می کند.

و اما بنا بر مبنای مشهور و من جمله مرحوم سید که قائل هستند مطلقه رجعیه حقیقتاً زوجه نیست و زن با طلاق از حباله نکاح زوج خارج می شود و لکن در احکام زوجیت به منزله زوجه است. این علتی که مرحوم سید برای عدم نشر حرمت و سابق محسوب نشدن زنا ذکر نموده اند صحیح نیست. زیرا درست است که عرف پس از رجوع، زوجیت را اعاده زوجیت سابقه می بیند نه احداث زوجیت جدید. و لکن این بر اساس مسامحه ای است که عرف انجام داده است و الاً حق این است که طبق این مبنا (مبنای مشهور) زن از زوجیت خارج شده است و بر اساس اینکه اعاده معدوم محال است پس این زوجیت عین زوجیت سابقه نیست، چنانچه اگر کسی معامله ای را فسخ نموده و با فسخ معامله دوباره بخواهد ملکیت را ایجاد کند این ملکیت عین ملکیت سابقه و رجوع همان ملکیت نیست بلکه یک ملکیت جدید است یعنی مشابه همان علقه را دوباره ایجاد کردن است اگر چه عرف مسامحه آن را عین سابق ببیند.

بررسی کلام مرحوم آقای خوئی رحمه الله:

قسمت اول کلام مرحوم آقای خوئی که بر طبق مبنای خودشان مسئله را توجیه نموده اند کلامی درست است اما راجع به قسمت دوم و اینکه ایشان فرمودند طبق مبنای مشهور در صورت رجوع زوج، زنا موجب نشر حرمت می شود چرا که عرف - طبق این مبنا - مسامحه این زوجیت را عین زوجیت سابقه می بیند و الاً حقیقت این

است که اعاده معدوم محال است.

به نظر ما این کلام صحیح نیست و بصرف اینکه عرف مسامحه کرده است دلیل نمی شود که پس زنا باید سابق حساب شود. توضیح مطلب این است که مسامحه هایی که عرف در برداشتهای خود نسبت به امور دارد بر دو قسم است

1) مسامحه هائی که خود عرف نیز می داند که این برداشت و نظر او مسامحه ای و مجازی است و لکن بر اساس اینکه بنا ندارد در تمامی امور به دقت و اهمیت رفتار نماید بر طبق همان برداشت مسامحه ای و مجازی خود عمل می کند مثل اینکه عرف می داند و متوجه است که اطلاق «یک یا یک من گندم» بر 2/5 کیلوگرم گندم مجازی و مسامحه ای است و لکن به نیم کیلوگرم اهمیت نمی دهد و مسامحه به 2/5 کیلوگرم نیز می گوید «یک من» گندم. این گونه از مسامحات عرفی که عرف هم اطلاق آن را مجازی می داند معیار نیست و اگر حکمی مثلاً روی یک من گندم آمده باشد نمی توان گفت چون مخاطب، احکام عرف می باشند و عرف نیز «یک من» را اطلاق بر 2/5 کیلو می کند پس لازم نیست «یک من» بطور کامل مراد باشد.

2) مسامحه هایی که عرف خود متوجه آن مسامحات نیست یعنی به طوری است که اگر به او تذکر نیز داده شود، عرف بنا بر برداشت معمولی و عاداتی که از امور دارد آن را قبول نمی کند و به عبارت دیگر همواره آن برداشت خود را حقیقی و واقعی می پندارد مثل اینکه اگر لباس سفیدی خونی شود پس از آنکه به دقت آن را می شوید، اطلاق خون به سرخی کم رنگی که به جای می ماند نمی کند و لذا هر چقدر به او گفته شود، قبول نمی کند و می گوید من این لباس را شستم، اگر چه به نظر دقت فلسفی آن ذرات جز ذرات خون چیز دیگری نیست. و مثل این که از مغازه یک من گندم می خرد، مقداری از این کالا گندم نیست و اگر آشغالهای آن را جدا کنند مثلاً 100 گرم کمتر از یک من خواهد بود، عرف می گوید «یک من گندم خریدم» در حالی که مقداری از آن گندم نبوده است در اینجا هم هر چند تسامح صورت گرفته لکن مورد توجه خود عرف هم نیست. مراد از اینکه گفته می شود معیار در برداشت

از خطا بات شرعیه فهم عرفی است. این قسم از برداشتهای عرف است که خود متوجه مسامحه بودن آنها نیست.

بنابراین در ما نحن فیه نیز می‌گوییم این مسئله که رجوع، اعاده زوجیت سابقه است اگر چه عقلاً و به دقت عقلی صحیح نیست و اگر عرف بگوید این زوجیت، عین همان زوجیت سابقه است. تعبیری مسامحه ای بکار برده است و لکن این مسامحه او از قبیل قسم دوم است که عرف آن را حقیقت می‌داند و به تعبیر دیگر بیش از این مورد فهم و تدرکش نیست و اعاده همان زوجیت سابق را ممکن و صحیح تلقی می‌کند. این مسامحه مورد پذیرش است و احکام نیز باید بر اساس او مترتب شود.

(3 اشکال استاد - مد ظلّه - به کلام مرحوم سید:

تا اینجا گفتیم که اشکال مرحوم آقای خویی به کلام سید رحمه الله وارد نیست. و لیکن به نظر ما می‌توان حتی با پذیرش مبنای مرحوم سید و قبول اینکه رجوع عرفاً اعاده عین همان زوجیت سابقه است می‌توان اشکالی را به کلام مرحوم سید کرد و در نتیجه قائل شویم در صورتی که طلاق رجعی باشد، زنا موجب نشر حرمت می‌شود و آن اشکال این است که کسی چنین بگوید:

آنچه که مقتضای جمع بین ادله است این است که زنا نمی‌تواند رافع عقد موجود باشد «ان الحرام لا یفسد الحلال» و لکن می‌تواند جلوی تحقق زوجیت را بگیرد و در ما نحن فیه و لوقبول نماییم که رجوع، اعاده عین زوجیت سابقه است ولی بالاخره باید بپذیریم که در یک زمانی (زمان طلاق تا موقع رجوع) فترتی حاصل شده و این زوجیت به اصطلاح مُرده است، حال چه اشکال دارد کسی بگوید زنا لا حق هیچ‌گاه نمی‌تواند موجب از بین بردن عقد موجود شود ولی می‌تواند مانع از زنده شدن و اعاده زوجیت سابقه گردد. چنانچه اگر از ابتدا زنا سابق بر عقد بود، موجب نشر حرمت می‌شد. بنابراین بصرف اینکه رجوع اعاده زوجیت سابقه است می‌توان گفت، زنا موجب نشر حرمت نمی‌شود.

به بیانی دیگر بنا بر مبنای مشهور که می گویند با طلاق زوجیت زائل می شود و با رجوع بالمسامحه العرفیه همان زوجیت بازمی گردد نه مشابه و مماثل آن و اعاده معدوم به نظر عرف ممکن است، لکن معنای اعاده معدوم این نیست که تا به حال مرگی برای این عقد و علقه زوجیت نبوده و علقه زوجیت و وجود عقد ادامه پیدا کرده است و تا وقت رجوع هیچ زوالی برای آن نبوده است بلکه معنای اعاده معدوم این است که هر چند زوجیتی منعدم شده است مع ذلک عرف می گوید می شود عین همان زوجیت بازگردد، نه این که این زوجیت جدید استمرار همان زوجیت باشد چون مفروض ما این است که زوجیت در مدتی منعدم شده و استمرار نیافته است خلاصه وجود فترت قابل انکار نیست.

حال اگر ما بودیم و ادله ای که زنا را موجب حرمت ابد دانسته و گفته در اثر زنا مادر یا دختر زن حرام می شود می گفتیم زنا مطلقاً موجب حرمت است چه سابق بر عقد باشد و چه لا حق، یعنی زنا هم مانع حدوث عقد است و هم رافع عقد موجود (همچنان که در سائر محارم هم این چنین می گوئیم، مثلاً می گوئیم ازدواج با مادر زن رضاعی جایز نیست، و همانطوری که اگر کسی با زنی ازدواج کرد می تواند مادر رضاعی او را بگیرد چون عنوان «ام الزوجه» بر او منطبق است ولی اگر کسی دو زوجه کبیره و صغیره داشت، زوجه کبیره به زوجه صغیره شیر داد، زوجه کبیره بقاء مادر رضاعی همسر او شده و نکاح او منفسخ می شود - با صرف نظر از مباحث خاصی که در مسئله مشتق در این مثال مطرح شده است) در مقابل روایات متعددی وجود دارد که از آنها استفاده می شود زنا عقد موجود را از بین نمی برد. در پاره ای از روایات تعبیر شده بود که «ان الحرام لا یفسد الحلال» یعنی زنا عقدی را که بالفعل صحیح بوده و موجب حلّیت تمتعات شده است فاسد نمی کند و درباره «ان الحرام لا یحرم الحلال» هم گفتیم اگر ما بودیم و این روایت می گفتیم مراد از حلال یا عقد نکاح بستن حلال است و یا زن حلال است یعنی زنی که می توانیم با سببی چون نکاح از او تمتع ببریم و در نتیجه معنای روایت این می شد که زنا مطلقاً نشر حرمت نمی کند

لکن جمعاً بین این روایات و روایات محرّمه، این روایات را به زناى لا حق حمل کردیم یعنی زنا سبب نمی شود تمتعاتی که بالفعل حلال بود، حرام شود. خلاصه آن که در مقابل عمومات نشر حرمت، به مقتضای روایات متعدّد زناى بعد العقد را موجب ابطال عقد ندانستیم. بنابراین ممکن است بگوییم بعد از اینکه با طلاق دادن زوجیت زائل شد، زناى قبل از طلاق مانع تولّد دوباره زوجیت می گردد و نمی گذارد که با رجوع زوج زوجیت دوباره بر گردد، نقش زنا رفع امر موجود نیست بلکه زوجیت توسط طلاق از بین رفته است، فقط زنا مانع احداث و اعاده دوباره زوجیت می شود و نمی گذارد زوجیت مرده دوباره زنده شود، خلاصه اطلاقات نشر حرمت اقتضا می کند که در اثر زنا زن حرام گردد و این علقه زوجیت غیر ممکن شود و اگر زوجیتی بود ابطال گردد، لکن توسط ادله دیگر می گوییم زنا رافع عقد موجود نیست ولی زوج بخواهد با رجوع کردن علقه زوجیت را دوباره احداث کند جائز نمی باشد.

4) تقریب استاد مد ظله برای کلام مرحوم سید:

و لکن به نظر ما می توان تقریبی غیر از تقریب مرحوم سید برای عدم نشر حرمت در فرضی که طلاق رجعی باشد، ارائه نمود و آن تقریب این است که: اگر قرار باشد در طلاق رجعی نیز زوج نتواند رجوع نماید لازمه آن این است که پس درباره چنین زنی (زنی که پس از ازدواج با او شوهرش با مادر یا دختر او زنا کرده است) اصلاً امکان نداشته باشد که زوج بتواند او را طلاق رجعی بدهد. زیرا هرگاه زوج او را طلاق رجعی بدهد دیگر نمی تواند به خاطر اشکال سابق الذکر به او رجوع نماید و از او منتفع گردد. و حال آنکه اطلاقات ادله ای که می گوید شوهر می تواند همسر خود را طلاق رجعی بدهد شامل این مورد می شود و به عبارت دیگر چون موارد طلاق بائن در فقه مشخص است (سه طلاقه، صغیره، یا نسه) و غیر از آن موارد، طلاق بائن نخواهد بود پس این طلاق، باید طلاق رجعی باشد و زوج بتواند رجوع کند. چنانچه همه علماء نیز قبول دارند که این طلاق رجعی است.

ان قلت: همان طوری که ادله اثبات حق طلاق رجعی برای زوج اطلاق دارند و

می گویند شخص زوج می توان زن خود را طلاق رجعی بدهد تا بتواند در عده رجوع کند، چه با مادر یا دختر او زنا کرده باشد و چه زنا نکرده باشد، همچنین ادله اثبات نشر حرمت زنا نیز اطلاق دارند و می گویند اگر کسی با زنی زنا کرد نمی تواند مادر و دختر او را زوجه خود قرار دهد چه ابتداءً بخواهد او را زوجه قرار دهد و چه به واسطه رجوع در طلاق رجعی و بنابراین، این دو دسته دلیل نسبتشان عام و خاص من وجه است و در مورد مطلقه رجعیه با یکدیگر تعارض دارند.

قلت: پس از آن که به واسطه ادله اثبات کردیم «المعتده الرجعیه زوجه» یعنی مطلقه رجعیه هر چند حقیقتاً از زوجیت خارج شده است (بنا بر مبنای مشهور) و لکن باید او را زوجه دانست و در تمام احکام باید با او معامله زوجه نمود، این دلیل بر آن اطلاقی که می گوید: «اگر کسی با زنی زنا کرد نمی تواند مادر یا دختر او را زوجه خود قرار دهد چه ابتداءً و چه به واسطه رجوع در عده طلاق رجعی» حکومت دارد، زیرا مقتضای این دلیل این است که مطلقه رجعیه از ابتداء در حکم زوجه بوده است و تعبداً هیچ فترتی حادث نشده است نه اینکه بعد از زوال زوجیت شوهر با رجوع خود او را زوجه قرار می دهد، وقتی در ایام عده در حکم زوجه بوده است یعنی تعبداً زوجیت سابق همچنان باقی است و همانطوری که اگر حقیقتاً زوجیت باقی بود، زنا، نشر حرمت نمی کرد، الآن که تعبداً باقی است زنا نشر حرمت نکرده و زوجیت موجود را بر نمی دارد. بررسی فرع دوم این مسئله را در جلسه بعد پی می گیریم. ان شاء الله تعالی

«* و السلام*»

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

در این جلسه ابتدا به بررسی این فرع می پردازیم که: اگر بعد از عقد زناهی صورت گرفت و بعد شوهر، همسر خود را طلاق باین داد یا طلاق رجعی داده ولی در عده رجوع نکرد، آیا می تواند با همسرش دوباره ازدواج نماید؟ یا این ازدواج لا حق بر زنا بوده و فاسد می باشد. در ادامه این جلسه به بررسی مسئله 35 عروه می پردازیم که اگر فضولی عقدی را بخواند و بعد العقد و قبل الاجازه زناهی صورت بگیرد آیا بعد از آن اصیل حق دارد عقد را اجازه کند یا اجازه احداث زوجیت بوده و فاسد است؟

گفته شد که زناهی لا حق بر عقد نشر حرمت نمی کند ولی زناهی سابق بر عقد، باعث می شود که زانی نتواند با دختر و مادر مزنی بها ازدواج کند و همچنین پدر و پسر زانی نتوانند با مزنی بها ازدواج نمایند. یکی از فروع این مسئله این بود که اگر پس از عقد زناهی صورت گرفت که طبعاً تأثیری در عقد موجود نگذاشت چنانچه پس از آن شوهر همسر خود را طلاق رجعی داد، آیا می تواند در عده رجوع کند یا خیر؟ گفتیم که بین متأخرین تقریباً مسلم است که رجوع مانعی ندارد.

الف) فرع دوم ادامه مسئله 34:

«اذا كان الزنا لاحقاً فطلقت الزوجه رجعياً... اما اذا نکحها بعد الخروج عن العده أو طلقت بانثناً فنکحها بعقد جدید. ففي صحه النکاح و عدمها و جهان من أن الزنا حين وقوعه لم يؤثر في الحرمة لكونه لاحقاً فلا اثر له بعد هذا أيضاً، و من أنه سابق بالنسبه الى هذا العقد الجديد و

پس از اینکه قائل شدیم زنای لا حق موجب نمی شود تا زوج نتواند در اثناء عده به مطلقه رجعی خود رجوع نماید. حال این فرض مطرح می شود که اگر عده رجعی زن تمام شد یا از ابتدا طلاق، طلاق بائن بود. آیا زوج می تواند با عقد جدید دوباره با این زن ازدواج نماید یا اینکه در این فرض، زنا، موجب نشر حرمت شده و زوج نمی تواند حتی با عقد جدید نیز با این زن ازدواج نماید؟ مرحوم سید می فرماید مسئله دارای دو وجه است و منشأ این رو وجه عبارت از این است که: اینکه گفته شود زنا (زنای سابق) موجب نشر حرمت می شود آیا موضوع این حرمت، خود زن است یا اینکه این حرمت با عقد ملاحظه می شود یعنی زنای سابق رافع از تحقق عقد است.

اگر موضوع، زن باشد، مرحوم سید می فرماید در صورتی که عده رجعیه تمام شود یا طلاق بائن باشد. زوج می تواند با عقد جدید، با آن زن ازدواج نماید چرا که فرض این است که، زنا در حین وقوعش موجب حرمت این زن نشده بود - چون لا حق بر عقد بود - احتمال می دهیم که پس از طلاق دادن یا اتمام عده اثر خود را بگذارد و موجب حرمت شود ظاهر آن ادله ای که زنای سابق را موجب حرمت دانسته است شامل این موردی که زنا در حین وقوعش اثر نکرده است ولی پس از مدتی بخواهد تأثیر کند نمی شود. برای توضیح مطلب، مثالی را ذکر می کنیم: اگر دلیل گفت ملاقات بول با شیئی موجب نجاست آن شیء می شود. ظاهر بسیار قوی این دلیل این است که به مجرد ملاقات آن شیء نجس می شود. حال اگر فرض کردیم در موردی به واسطه تغییراتی در ملاقی، بمجرد ملاقات، آن شیء نجس نشد.

آیا پس از آنکه آن تغییرات بر طرف شد می توان حکم کرد که آن شیء نجس شده است؟ پاسخ این است که ما دلیلی بر نجاست آن شیء نداریم زیرا ظاهر دلیل نجاست این بود که هرگاه ملاقات صورت گیرد، در همان زمان هم آن شیء نجس

می شود. اما اگر در زمان ملاقات شیء نجس نشد و پس از مدتی بخواهد تأثیر در نجاست آن شیء کند. دلیلی بر آن نداریم. و یا مثلاً اگر دلیلی گفت وظیفه همه مکلفین این است که از امروز به مدت 10 روز، روزه بگیرند، دلالت می کند که مبدأ روزه از امروز است. حال اگر کسی از امروز به مدت 5 روز بدلیلی برای او روزه گرفتن واجب نبوده، نمی توانیم بگوییم که مبدأ برای او پس از آن 5 روز است. بلکه قائل می شویم که وجوب روزه در حق او تخصیص خورده است. بنابراین، طبق این وجه که موضوع حرمت خود زن باشد مرحوم سید می فرمایند قائل به عدم نشر حرمت می شویم.

اما اگر تأثیر زنا در حرمت را با عقد ملاحظه کنیم و بگوییم مستفاد از ادله این است که زنا عقد موجود را نمی تواند ابطال کند و لیکن می تواند دافع و مانع از تحقق عقد باشد، در ما نحن فیه باید قائل به نشر حرمت بشویم، چرا که عقد قبلی به واسطه طلاق یا اتمام عدّه، ابطال شده است و زنا نیز مانع از تحقق عقد جدید می باشد پس نمی تواند عقد جدید نماید. از ادله استفاده می شود که بر اثر زنا، احداث زوجیت و عقد جدید بستن جایز نیست بنابراین اقرب همین وجه دوم است.

(ب) مسئله 35: «اذا زوجه رجل امرأه فضولاً، فزنی بأمها او بنتها ثم اجاز العقد

متن مسئله 35:

«اذا زوجه رجل امرأه فضولاً، فزنی بأمها او بنتها ثم اجاز العقد، فان قلنا بالكشف الحقيقي كان الزنا لا حقاً وان قلنا بالكشف الحكمي او النقل كان سابقاً»

(1) توضیح کلام مرحوم سید رحمه الله:

اگر فضولتاً زنی را برای شخصی عقد نمودند و آن شخص بعد از عقد و قبل از اجازه با مادر یا دختر زن زنا نمود یا پدر یا پسر او با خود زن زنا نمودند، آیا معقود له می تواند عقد فضولی را اجازه بدهد؟ دو وجه در مسئله هست. وجه اول: باید عقد

را ملاک قرار بدهیم و بگوییم اجازه موجب ثبوت عقد در زمان خود عقد می شود و چون زمان عقد قبل از زنا است زنا مانع عقد سابق نمی شود. وجه دوم: باید اجازه را ملاک قرار بدهیم و بگوییم این اجازه سبب حصول علقه زوجیت شده، پس زنا، زنا سابق بر زوجیت بوده و مانع تأثیر چنین اجازه ای می شود.

مرحوم سید رحمه الله می فرماید: بنا بر کشف حقیقی چون زوجیت از زمان عقد حادث شده لذا این مورد از مصادیق زنا بعد العقد است و لذا حکم به صحت عقد می کنیم اما بنا بر کشف حکمی یا نقل چون عقد حقیقتاً متأخر است و از زمان اجازه واقع می شود، باید حکم به بطلان و حرمت بکنیم. بنا بر قول به نقل که مطلب روشن است اما بنا بر کشف حکمی، اگر چه بعضی از احکام عقد شرعاً از همان زمان وقوع عقد مترتب می شود لکن حقیقتاً بعد از اجازه زوجیت محقق شده است و فعلیت عقده نکاح متأخر از زنا است، پس زنا موجب نشر حرمت می شود.

2) کلام مرحوم آقای حکیم رحمه الله:

مرحوم آقای حکیم رحمه الله اضافه ای بر کلام سید رحمه الله دارند، ایشان چهار مبنی را مطرح می کنند، یعنی علاوه بر سه مبنای مذکور کشف انقلابی را به کشف حقیقی ملحق می کنند. کشف حقیقی این است که بالا اجازه کشف می شود که منشأ من حین العقد تحقق یافته است و شارع از همان زمان عقد حکم به صحت عقد و ترتب اثر کرده است. مثلاً به این وجه که تعقب به اجازه را شرط نفوذ عقد قرار داده است، پس اگر در متن واقع من له العقد، عقد را اجازه کند، هر چند اجازه متأخر از عقد است لکن وصف «تعقب بالا اجازه» از همان زمان عقد وجود دارد پس چنانچه فی علم الله این نکاح متعقب بالا اجازه باشد، از ابتداء زوجیت حاصل شده، کأنّ از اول خودش عقد کرده است. پس همان عقد که متعقب بالا اجازه هم هست موجب حصول زوجیت می شود، لذا اگر زوجه بداند که بعداً اجازه خواهد آمد، می تواند از

زوج تمتع ببرد. در این صورت زنا، زناى لا حق بر عقد بوده، آن را ابطال نمی کند. اما کشف انقلابی این است که اجازه سبب حصول زوجیت می شود ولی نه من حیثه، بلکه من حیث العقد، یعنی با اجازه، شارع زوجیت من حیث العقد را جعل می کند پس ظرف انشاء و جعل حیث اجازه است ولی ظرف منشأ و مجعول زمان عقد است، عکس باب وصیت که در آنجا انشاء فعلی است و منشأ استقبالی، در اینجا انشاء حیث اجازه است و منشأ حیث العقد. پس بنا بر کشف انقلابی تا زمانی که اجازه نیامده، تصرفات خلاف شرع است حتی اگر بدانند که اجازه خواهد آمد، بلی اجازه باعث می شود که شارع زوجیت از زمان عقد را اعتبار کند. و هیچ اشکالی ندارد که اعتبار فعلی باشد و معتبر متقدم، همچنان که می شود اعتبار فعلی باشد و معتبر متأخر خلاصه در کشف انقلابی هر چند انشاء و اعتبار شارع حیث اجازه است لکن منشأ و معتبر شارع از زمان عقد است پس زوجیت قبل از زنا بوده و زناى لا حق آن را از بین نمی برد.

3) توضیح استاد مد ظله در معنای کشف حکمی:

مرحوم آقای حکیم رحمه الله در تفسیر کشف حکمی می گویند: «بمعنی انه حال اجازه یشبث مضمون العقد و یجب ترتیب احکام ثبوتیه من حیث العقد (1) و در جای دیگر می گویند: «أنَّ الاجازه موجبہ لحکم الشارع من حیثها بحصول المضمون من حیث العقد حکماً لا حقیقه» یعنی در کشف حکمی مانند نقل، اجازه سبب حصول منشأ من حیث اجازه می گردد لکن شارع نسبت به برخی از احکام، حکم حصول منشأ سابق را برای این منشأ جدید اعتبار کرده است. یعنی زوجیت - مثلاً - بعد اجازه آمده است لکن شارع نسبت به برخی احکام زوجیت جدید را نازل منزله زوجیت سابق قرار داده است و چنانچه از حیث العقد زوجیت حاصل می شد چه اثری داشت شارع آن

ص: 2918

آثار را هم بار کرده است.

ولی به نظر می‌رسد که کشف حکمی همان کشف انقلابی باشد که آقای حکیم بیان می‌کنند و کشف حکمی به معنایی که آقای حکیم می‌فرمایند بسیار بعید است چون هیچ وجهی ندارد که انشاء و منشاء هر دو در زمان اجازه باشد و زوجیت بعد اجازه حاصل شود و قبل از اجازه هیچ‌گونه زوجیتی نباشد اما شارع بفرماید بعضی از احکام زوجیت ثابت است، این مطلب قابل هضم نیست و با ارتکازات عرفی منافات دارد، در حالی که عده‌ای از علماء کشف حکمی را پذیرفته‌اند. لذا به نظر می‌رسد مرادشان از کشف حکمی همان کشف انقلابی به تعبیر مرحوم آقای حکیم باشد، که هنگامی که فضولی عقدی را انجام می‌دهد و پس از مدتی آن را اجازه می‌کند یعنی همان اعتبار فضولی را که زوجیت من حین العقد است اجازه می‌دهد، اما به هر حال، زمان خود اجازه متأخر است، یعنی منشاء متقدم و انشاء متأخر است. البته نه به این معنی که بعد اجازه حقیقتاً زوجیت من حین العقد حاصل می‌شود یعنی مدتی که زوجیت نبود منقلب شود و حقیقتاً در آن مدت زوجیت به وجود بیاید، بلکه منظور این است که بعد اجازه شارع زوجیت سابق را اعتبار می‌کند و می‌فرماید از الآن به بعد، زوجیت سابق را فرض کرده و احکام آن را هم بار کن، نه اینکه بعد اجازه شارع زوجیت از آن زمان را اعتبار کرده باشد و روی تعبد شرعی خاصی برخی از احکام را از قبل بار کنیم. و الله العالم

«* و السلام*»

ص: 2919

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس این جلسه:

در این جلسه مسائل 39 و 43 خوانده و توضیحاتی چند درباره عبائر این مسائل ارائه می گردد، در ضمن در مورد عبارت «او مختلفتین» در مورد اخوت رضاعی و نسبی پرداخته، توجیه مرحوم آقای بروجردی را در مورد این عبارت می پذیریم که حاصل آن این است که این عبارت ناظر به موردی است که اتصال دو خواهر به قدر مشترک (پدر یا مادر) در مورد یکی از آنها به سبب رضاع و در دیگری به سبب نسب باشد. البته چون این معنا با ظاهر بدوی عبارت سازگار نیست به دستور مرحوم سید این عبارت در چاپ دوم ساقط شده است.

در اینجا سایر توجیهاتی که در مورد این عبارت صورت گرفته همچون زیادتی عبارت از سوی نسّاخ یا تقدیم و تأخیر در عبارت متن نادرست می خوانیم.

الف) مسئله 39: عدم جواز جمع بین الأختین:

1) متن عروه و توضیح آن:

«لا يجوز الجمع بين الاختين في النكاح دواماً أو متعه سواء كانتا نسبيتين او رضاعيتين أو مختلفتين و كذا لا يجوز الجمع بينهما من الملك مع وطنهما و اما الجمع بينهما في مجرد الملك من غير وطء فلا مانع منه»

جمع بین أختین مطلقاً حرام است چه با عقد دائمی باشد یا با متعه و همچنین نسبی باشند یا رضاعی ولی اختین در ملک مانعی ندارد ولی جمع در ملک با وطی هر دو جایز نیست. پس اگر یکی از این دو موطوئه شد نمی تواند با دیگری نیز

ص: 2920

و هل يجوز الجمع بينهما في الملك مع الاستمتاع بما دون الوطى بان لم يطأهما [يعنى فقط استمتاع از این دو ببرد اما مواقعه نکنند] او و طئ احدهما و استمتع بالأخرى بما دون الوطى؟ فيه نظر مقتضى بعض النصوص الجواز و هو الأقوى لكن الأحوط العدم

بحث در این است که آیا استمتاع بما دون الوطى حکم و طى را دارد تا جمع بین اکتین در استمتاع هم جایز نباشد یا آنکه حکم و طى را ندارد. اگر استمتاع حکم و طى را داشته باشد اگر با یکی استمتاع کرد نمی تواند با دیگری مواقعه کند و یا اگر با یکی مواقعه کرد نمی تواند از دیگری استمتاع ببرد. (1)

بحث مملوکه را چون محل ابتلاء نیست و مباحث آن طول می کشد عنوان نمی کنیم.

2) توضیح فقره «أو مختلفین»:

* در صدر عبارت که سید رحمه الله فرمود «أو مختلفین» این فقره مورد بحث واقع شده که چگونه ممکن است یکی از دو خواهر نسبی برای دیگری باشد ولی دیگری خواهر رضاعی او باشد یا هر دو نسبی هستند و یا هر دو رضاعی اما یکی نسبی و دیگری رضاعی چگونه تصویر می شود. مرحوم آقای گلپایگانی قدس سرّه این چنین تصوّر کرده اند که این زیادى از زیادتى نسخ است لذا در حاشیه عروه فرموده اند که در بعضی از کتب غیر مُصَحَّحَه [که بهتر بود نُسخ غیر مُصَحَّحَه تعبیر بشود] کلمه أو مختلفین را هم دارد ولی در نسخه ای که در زمان خود مؤلف چاپ شده و تصحیح شده این کلمه نیست.

ص: 2921

1- (1) همچنین اگر یکی از اینها موطونه بالملک است و دیگری مزوجه است (و در تزویج و طى معتبر نیست) آیا آن زن مستمتع بها بوسیله ملکیت حکم موطونه بالملکیت را دارد تا اگر استمتاع از او کرد تزویج با دیگری حرام باشد و یا اگر با یکی تزویج کرد استمتاع از دیگری حرام باشد یا آنکه حکم موطونه بالملکیت را ندارد.

ولی من به نسخه اصلی عروه به خط مؤلف مراجعه کردم(1) کلمه مختلفین در آن هست. در چاپ اولی که در عصر مؤلف چاپ شده و مرحوم آقای بروجردی و بعضی دیگر بر آن چاپ اول حاشیه زدند این کلمه وجود دارد.

این چاپی که در بغداد صورت گرفته آقای گلپایگانی رحمه الله اشاره کردند چاپ دوم است که در سال 1330 در زمان حیات مؤلف در بغداد صورت گرفته و در آنجا مختلفین نیست. منشأ این اختلاف این است که نسخه عروه را قبل از چاپ دوم مرحوم حاج شیخ احمد کاشف الغطاء و مرحوم حاج شیخ محمد حسین کاشف الغطاء(2) با توافق مرحوم سید تصحیح کرده اند.

کلمه او مختلفین در این چاپ حذف شده، مرحوم شیخ محمد حسین کاشف الغطاء در حاشیه خود بر عروه نوشته که کلمه مختلفین معنا ندارد و ممکن نیست صحیح باشد و ما با جناب سید صحبت کردیم و ایشان دستور حذف آن را دادند(3).

حاشیه، مرحوم آقای بروجردی بر آن چاپ اول بوده لذا ایشان مختلفین را معنا کرد. و مرحوم آقای خویی نیز از ایشان تبعیت کرده اند. مرحوم آقای خمینی نیز همین معنا را کرده اند منتهی یک زیادتی دارند که به نظر ما بدون آن زیادتی صحیح است و توجیهی اگر برای عبارت مختلفین باشد همان توجیه مرحوم آقای بروجردی است.

3) توجیه مرحوم آقای بروجردی به کلمه «او مختلفین»:

ص: 2922

1- (1) اصل نسخه را قبلاً دیده بودم و نسخه عکسی آن فعلاً در اختیار من می باشد.

2- (2) این دو بزرگوار، فقیه و در ادبیات چیره دست بوده و از شاگردان مورد توجه مرحوم سید و از اوصیاء ایشان بوده اند، عروه چاپ دوم که با تصحیح این دو چاپ شده معمولاً از نسخه اصلی عروه به خط سید صحیح تر است ولی گاه نسخه اصلی صحیح است و در این چاپ سهو یا غفلی رخ داده است.

3- (3) تصور المختلفین فی الاختین مشکل بل غیر ممکن و قد راجعنا فالغاه فی الطبعه الثانيه، اما فی الثلاثه و ما زاد فواضح.

مرحوم آقای بروجردی این گونه توجیه کرده اند که دو خواهر گاهی هر دو خواهر نسبی به این معنا که هر دو اولاد نسبی این پدر یا این مادر هستند و گاهی هر دو خواهر رضاعی، به این صورت که مثلاً دو دختر از یک مَرُضعه شیر خورده اند. پس هر دو اولاد رضاعی این زن هستند و با یکدیگر خواهر رضاعی هستند. (1) و گاهی یکی از اینها اولاد نسبی این زن است و دیگری اولاد رضاعی این زن است پس بالاخرتلاف خواهر می شوند یکی از طریق نسب و دیگری از طریق رضاع اُختیت پیدا می کند. چون معیار در اُختیت این است که دو دختر قدر مشترک نسبت به پدر یا مادری داشته باشند چه این اشتراک از طریق نسب باشد و چه از طریق رضاع و شیر خوردن باشد و چه اشتراک یکی با نسب و اشتراک دیگری با رضاع باشد. (2) بنابراین سه صورت تصویر می شود و فرمایش سید رحمه الله تمام است. مرحوم آقای خویی نیز همین مطلب را دارند. (3) لیکن مختصرتر ذکر کرده اند و نظر سید رحمه الله در چاپ اول به همین مطلب بوده است.

4) توجیه امام راحل قدس سره و نقد آن:

مرحوم آقای خمینی یک زیادتی دارند ایشان مثال برای نسبی را این گونه ذکر می کنند که گاهی این دو دختر فقط نسباً اولاد کسی هستند به این صورت که هیچ شیری از او نخورده اند بلکه فقط از او متولد شده اند متولد از این زن یا متولد از آن مرد هستند و گاهی این دو دختر اصلاً اولاد نسبی او نیستند بلکه فقط از این زن در حباله نکاح آن مرد شیر خورده اند و گاهی یکی از اینها فقط به وسیله نسب اتصال دارد و شیر نخورده و دیگری فقط بوسیله رضاع اتصال دارد و ارتباط نسبی ندارد. (4).

ص: 2923

- 1- (1) (توضیح بیشتر) صورت دیگر در جایی است که دو خواهر، از جانب پدر خواهر رضاعی باشند یعنی صاحب لبن هر دو یکی باشد هر چند مَرُضعه مختلف باشد، مثلاً دو زن که همسر یک مرد هستند این دو دختر را شیر داده اند.
- 2- (2) عبارت حاشیه ایشان چنین است: ای مختلفی الانتساب الی أیها او امهما الذی هو الملاک لکونهما اُختین.
- 3- (3) یرید بذلک ما اذا کانت الاُختیه بین المرأتین ناشئه من ولاده احداهما و ارتضاع الاُخری.
- 4- (4) کرضیعه من لبن فحل مع نسبه النسبیه التی لم ترتضع من لبنه فهما اُختان مختلفتا الانتساب لم تحصل

لیکن نتیجه فرمایش ایشان این است که معمول اشخاص که اولاد پدر یا مادر هستند اطلاق اولاد نسبی به اینها صحیح نباشد به خاطر اینکه اینها هم اتصال نسبی دارند و هم شیر خورده اند و اولاد نسبی به کسی می گویند که اصلاً از مادر شیر نخورده باشد. ایشان اولاد نسبی را منحصر می کنند به صورتی که اصلاً شیر از مادر نخورده باشد یا آنکه افراد معمولی هم اولاد نسبی پدر و مادرشان هستند و هم شیر خورده اند، پس لازم می آید مرحوم سید متعرض فرد نادر شده باشد اما فرد شایع را ذکر نکرده باشد. با آنکه فرد شایع آن است که هم ارتباط نسبی دارد و هم شیر خورده است. تعریف صحیح اولاد نسبی این است که شخص ارتباط نسبی داشته باشد و متولد از شخص باشد، از آن مادر شیر خورده باشد یا نه.

به هر حال توجیه کلام مرحوم سید رحمه الله همان توجیه مرحوم آقای بروجردی است. لیکن مرحوم سید در چاپ بعد دیده که این توجیه برای عبارت تکلف و درد سر دارد لذا در چاپ بعد کلمه مختلفین را حذف کرده است (1)، چون ظاهر نسبتین او رضاعیتین این است که اخوت دو خواهر به رضاع یا به نسب باشد (نه این که اتصال آنها به قدر مشترک با رضاع یا نسب باشد) لذا قسم سوم به عنوان «مختلفین تصویر نمی شود».

5) توجیه سوم برای «مختلفین» و نقد آن:

در مسافرتی که به زنجان رفته بودم یکی از علماء زنجان مطلبی را ادعا کرد که به نظرم رسید اشکال دارد. در مورد این توجیه نخست باید دانست که گاهی کلماتی در کتابها از روی سهو یا غفلت مقدم یا مؤخر می شود که منشأ آن این است که کلمه ای

ص: 2924

1- (1) (توضیح بیشتر) البته بهتر بود تنها به حذف این کلمه اکتفاء نمی شد بلکه عبارت به شکل «رضاعاً او نسباً» تبدیل.

را در حاشیه می نویسند بعد که می خواهند استتساخ کنند در متن می آورند و جایش را اشتباه می کنند و مقدم یا مؤخر می آورند. در اول مسئله مرحوم سید فرمود: جمع بین الأختین دواماً و متعه جایز نیست. کلمه مختلفتین که بعداً آمده مربوط به اینجا است یعنی هر دو دائمی باشد یا انقطاعی باشند یا مختلفتین [یکی دائمی و دیگری انقطاعی] مرحوم آقای سید أبو الحسن اصفهانی نیز در وسیله، اینجا که رسیده این سه قسم را ذکر کرده است.

لیکن من گفتم اگر عبارت عروه مثل عبارت وسیله بود این توجیه تمام بود عبارت وسیله این است: لا يجوز الجمع فی النکاح بین الاختین نسیتین او رضاعیتین، دواماً او انقطاعاً او بالاختلاف. در عروه هم اگر همین تعبیر را داشت اما «بالاختلاف» مؤخر ذکر می شد این توجیه قابل قبول بود یا اگر گفته بود: دائمیتین او انقطاعیتین او مختلفتین باز هم این توجیه قابل پذیرش بود. اما تعبیر دواماً او متعه او مختلفتین تعبیر غلطی است. (1) پس مختلفتین تتمه دواماً او متعه نیست بلکه تتمه نسیتین او رضاعیتین است منتهی احتیاج به توجیه دارد و با توجیه عبارت درست می شود.

علی ای تقدیر حکم مسئله ثابت است و در همه اقسام ذکر شده در متن، جمع بین الأختین جایز نیست و اطلاقات دلیل تعمیم است و در بعض نصوص (2) تصریح به بعض اقسام شده است.

ب) مسئله 40-42:

1) متن مسئله 40 و توضیح آن:

لو تزوج باحدى الأختین و تملك الأخرى لا يجوز له وطى المملوکه [پس جمع بین

ص: 2925

1- (1) (توضیح بیشتر) چون دواماً او متعه، مفعول مطلق نوعی است، ولی مختلفتین حال از «الاختین» می باشد، و عطف حال بر مفعول مطلق صحیح نیست. به هر حال این بحث استاد - مد ظلّه - با قطع نظر از نسخه اصلی می باشد. ولی با توجه به نسخه اصل، احتمال غلط نسخه در عبارت عروه منتفی است، ولی ممکن است کسی چنین ادعاء کند که این عبارت را سید از برخی کتب فقهی متقدم بر گرفته که در نسخه آن تحریف رخ داده و مرحوم سید از آن غفلت کرده و عین عبارت را درج کرده است که البته این ادعا فی نفسه ادعای غریبی است و اشکال استاد - مد ظلّه - بر آن هم وارد می آید.

2- (2) (توضیح بیشتر) در صحیحه ابی عبیده تصریح به حرمت جمع بین دو خواهر رضاعی شده است.

تزوید یکی و تملک دیگری جایز است اما وطی مملوکه چون قائم مقام تزویج است با حفظ زوجیت دیگری جایز نیست] الا بعد طلاق الزوجه و خروجها عن العده ان كانت رجعیه فلو وطئها فعل ذلك فصل حراماً لكن لا تحرم علیه الزوجه بذلك ولا یحدّ حد الزنا بوطء المملوکه فیکون حرمة وطئها کحرمة وطئ الحائض.

پس اگر قبل از طلاق و خروج از عده وطی کند خلاف شرع مرتکب شده مثل مواقعه در حال احرام و حیض و با ضرر شدیدی که حرمت بدنبال دارد لیکن حد ندارد بلکه تنها تغیر می شود

به هر حال نفس عقد زوجیت [حتی اگر وطی با زوجه نکرده باشد] مانع می شود از اینکه با مملوکه ای که خواهر آن زوجه است وطی کند. و اگر چنین کند تعزیر دارد زیرا در ارتکاب معاصی چه کبیره و چه صغیره تعزیر ثابت است.

(2) متن مسئله 41 و توضیح آن:

لو وطی احدی الاختین بالملک ثم تزوج الأخری فالأظهر بطلان التزویج وقد یقال بصحته و حرمة وطی الاولی الا بعد طلاق الثانیه

اگر یکی از دو خواهر مملوکه او بود و با او مواقعه کرد سپس با خواهرش تزویج کرد، تزویج او باطل است ولی بعضی گفته اند که تزویج صحیح است و وطی این مزوجه صحیح است لیکن وطی مملوکه حرام است مگر آنکه دومی را طلاق دهد.

البته طلاق خصوصیت ندارد و از باب مثال برای مطلق زوال علقه زوجیت است فسخ و انفساخ و موت نیز همین حکم را دارد این مسائل چون مورد ابتلاء نیست به خواندن عبارت آن اکتفاء کردیم.

(3) متن مسئله 43 و توضیح آن:

لو تزوج باحدی الاختین ثم تزوج بالأخری بطل عقد الثانیه سواء كان بعد وطی الاولی او قبله

اگر تزویج با یکی از دو خواهر کرد سپس با دیگری تزویج کرد، عقد دومی باطل است هر چند با اولی موقوفه نکرده باشد. زیرا نفس ازدواج با اولی مانع از صحت عقد دوم است. و اطلاعات ادله همین مطلب را اقتضاء می کند. حال اگر با دومی ازدواج کرد عقد دوم باطل است. ولی عقد اولی باقی است و موقوفه با او جایز است.

و لا یحرم بذلک وطی الاولی و ان کان قد دخل بالثانیه زیرا دخول به ثانیه به فرض زنا باشد و از روی علم باشد زنا متأخر است و چنانچه گذشت (1) زنا متأخر موجب ابطال عقد موجود نمی شود.

نعم لو دخل بها مع الجهل بانها اخت الاولی یکره له وطی الاولی قبل خروج الثانیه من العده بل قیل یحرم

اگر از روی جهل به اینکه این زن خواهر اولی است به او دخول کند که وطی او وطی شبهه می شود (2) عقد اولی باطل نمی شود و حرام ابد یقیناً نیست لیکن آیا باید تا خروج دومی از عده صبر کند یا نه؟ مسئله مورد خلاف است و بعضی قائل به حرمت وطی اولی قبل از انقضای عده دومی شده اند.

زیرا نص صحیح در مسئله داریم. ولی مرحوم سید می فرماید مکروه است اما احتیاط در مراعات است. قابل ذکر است که عده دومی عده وطی به شبهه است نه عده معقوده ای که از روی علم عقد به او انجام گرفته باشد. اما طبق بعضی از روایات وقاع با زوجه خودش یعنی با اولی قبل از خروج دومی از عده حرام است.

در جلسه آینده به بررسی این مسئله می پردازیم.

«* و السلام*»

ص: 2927

1- (1) در مسئله 28 گذشت.

2- (2) (توضیح بیشتر) استاد دام ظلّه عبارت مرحوم سید را که فرمود: «مع الجهل بانها اخت الاولی» حمل بر صورت معذور بودن در جهل که همان وطی به شبهه است کرده اند و ظاهراً این حمل به قرینه دو روایت زراعه است که در مسئله وارد شده است. و مرحوم سید نیز به آن اشاره کرده است.

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس این جلسه:

در بحث امروز، ابتدا مسئله 42 (اگر زنی را به عقد خود در آورد و سپس خواهر او را نیز عقد کند عقد دوم باطل است) را تکرار کرده و استدلال به آیه شریفه (وَ أَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ) و روایت مسعده بن زیاد را ناتمام می دانیم ولی حکم مسئله را از دو روایت زراره استفاده خواهیم کرد. این دو روایت را صحیح خواهیم دانست با وجود اینکه موسی بن بکر واقفی در سند یکی از آنها است. زیرا صفوان قبل از وقف، این روایت را اخذ کرده است و در این باره مبنای آقای خویی را در تصحیح روایت ناتمام خواهیم دانست. سپس با ذکر روایت معارض، به بررسی جمعهای موجود بین احادیث متعارضه می پردازیم. و بعد کراهت و یا حرمت تمتع از خواهر اول، قبل از انقضای عده خواهر دوم را مطرح کرده و نهی در روایت را به معنای کراهت خواهیم گرفت.

در ادامه مسئله 43 (لو تزوج بالاختین و لم يعلم السابق و اللاحق...) و مبنای علماء در استصحاب معلوم تاریخ و مجهول تاریخ را طرح کرده و به چند نکته در ارتباط با طرح مسئله 43 به صورتی که مرحوم سید مطرح کرده است اشاره می کنیم.

الف) بررسی مسئله 42: لو تزوج باحدى الاختین ثم تزوج بالآخری بطل عقد الثانية

اشاره

لو تزوج باحدى الاختین ثم تزوج بالآخری بطل عقد الثانية

به جهت بررسی مجدد ادله، این فرع را دوباره تکرار می کنیم، ظاهراً در بطلان عقد خواهر دومی اختلافی نیست ولی ادله آن محل بحث است.

1) استدلال به آیه شریفه و روایت مسعده بن زیاد:

آقای خویی به آیه شریفه «وَ أَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ» استدلال کرده و عقد دوم را

باطل می دانند ولی آیه شریفه، فقط جمع میان عقد دو خواهر را نفی می کند و بر بطلان عقد دّوم دلالتی ندارد. ممکن است شوهر مخیر در تعیین هر کدام باشد.

شبهه کسی که هشت زن داشت و سپس مسلمان شد. جمع میان هشت عیال در اسلام، ممکن نیست ولی شوهر در تعیین 4 زن از آنها مخیر است، و اگر حکم مسئله چنین باشد با آیه شریفه هیچ منافاتی ندارد.

استدلال دوم آقای خوبی به روایت مسعده بن زیاد(1) است ولی این روایت راجع به اماء است، و در آن آمده که انتفاع از چند طائفه از اماء جائز نیست، یکی هم، جمع میان دو خواهر و ما نمی توانیم از جمع میان دو خواهر در وطی در باب اماء به جمع میان دو خواهر در تزویج و در باب حرّات تعدی کنیم. اشکال دوم این استدلال همان اشکال موجود در استدلال به آیه است زیرا در روایت نیز عبارت «و لا بین الاختین» است و از ممنوع بودن جمع میان دو نفر، بطلان عقد دّوم استفاده نمی شود.

برای بطلان عقد خواهر دّوم، به دو صحیحه زراره نیز استدلال شده است. این دو روایت صحیحه است هر چند در سند یکی از آنها، موسی بن بکر واقفی وجود دارد ولی ما و آقای خوبی، هر کدام از راهی اعتبار این روایت را به اثبات می رسانیم.

2) اشاره به صحت روایت موسی بن بکر:

به نظر ما روایت صفوان از موسی بن بکر دلیل بر این است که این روایات قبل از وقف او اخذ شده است هم صفوان و هم بعضی از اجلاء دیگر که عدّه ای از اصحاب اجماع هستند از او نقل روایت کرده اند که این امر بر وثاقت وی دلالت دارد و از سوی دیگر اخذ این روایات قبل از وقف موسی بن بکر بوده است.

آقای خوبی می فرماید: در ج 7، باب 19 از ارث کافی، باب میراث الولد مع الزوج، ج 3 مرحوم کلینی می فرماید که صفوان درباره کتاب موسی بن بکر شهادت داده است که درباره آن اصحاب ما متفق القول هستند، بنابراین موسی بن بکر ثقه

ص: 2929

می باشد پس این روایت معتبر می باشد (1) و این یک اشتباه عجیبی است زیرا عبارت کافی چنین است: حمید بن زیاد عن الحسن بن محمد بن سماعه قال: دفع الی صفوان کتاباً لموسی بن بکر فقال لی: هذا سماعی من موسی بن بکر و قرأته علیه فاذاً فیہ موسی بن بکر عن علی بن سعید عن زراره قال: هذا ممّا لیس فیہ اختلاف عند اصحابنا عن ابن عبد الله و عن ابی جعفر علیهما السلام أنّهما سألا عن امرأه ترکت زوجها و أمّها و ابنتیها؟ فقال:...

در این روایت، زراره ادعا می کند که در حکم مسئله مذکور، اختلافی بین اصحاب نیست و نزد همه مسلم است که نظر ابی عبد الله و ابی جعفر علیه السلام این چنین است، پس صفوان ادعا نکرده است که کتاب موسی بن بکر، نزد همه اصحاب، مسلم است. بلکه صفوان با واسطه از زراره نقل می کند که فلان مسئله در باب ارث مورد اتفاق امامیه است و آن را از معصوم اخذ کرده اند. البته به هر حال، به نظر ما این روایت صحیح است.

3) نقل دو روایت زراره:

روایت اول: بسند صحیح عن موسی بن بکر عن زراره بن اعین عن ابی جعفر علیه السلام فی حدیث «و ان کان تحتہ امرأه فتزوج أمّها او ابنتها او اختها فدخل بها ثم علم فارق الاخیره و الاولی امرأته و لم یقرب امرأته حتی یستبری رحم التی فارق» (2) این روایت دلالت بر بطلان عقد خواهر دوم می کند.

روایت دوم: بسند - لا- ریب فی صحّته - عن زراره، قال: سألت ابا جعفر علیه السلام عن رجل تزوج امرأه بالعراق ثم خرج الی الشام فتزوج امرأه اخرى فاذا هی اخت امراته التی بالعراق قال: یفرق بینہ و بین المرأه التی تزوجها بالشام و لا یقرب المرأه العراقیه حتی تنقضی عدّه

ص: 2930

1- (1) معجم رجال الحدیث 30:19 (توضیح بیشتر) ان قلت: مرحوم آقای خوبی بارها گفته اند که تصحیح روایت، غیر از تصحیح راوی است و با آن ملازم نیست پس چطور از اعتبار کتاب، وثاقت صاحب کتاب را نتیجه گرفته اند، قلت: تصحیح یک روایت می تواند به جهت قرینه خارجی باشد نه به جهت وثاقت راوی، ولی در مورد یک کتاب که علی القاعده روایات بسیار دارد بسیار مستبعد است که در تمام روایات آن قرینه خارجی وجود داشته باشد، بلکه ظاهراً منشأ تصحیح کتاب قرینه داخلی (وثاقت راوی) می باشد.

2- (2) وسائل الشیعه، جامع الاحادیث، در چاپ سابق () به جای باب 14، ج 15، اشتبهاً باب 9، ج 1، درج شده است.

الشامیه. قلت فان تزوج امرأه ثم تزوج أمها و هو لا يعلم انها أمها قال: قدر وضع الله عنه جهالته بذلك ثم قال: ان علم انها أمها فلا يقربها و لا يقرب الابنه حتى تنقضی عدّه الام منه فاذا انقضت عدّه الام حلّ له نکاح الابنه قلت: فان جاءت الام بولدٍ قال: هو ولده و يرثه و يكون ابنه و اخا امرأته»⁽¹⁾ این بچه متولد شده، فرزند این مرد است زیرا ولد شبهه است و چون در مادر با زن این مرد شریک هستند پس خواهر و برادر می شوند.

4) بررسی معارضه دو روایت زراره با صحیحہ ابی بکر حضرمی:

اشاره

در مقابل این دو روایت، صحیحہ ابو بکر حضرمی است: قال: قلت لأبی جعفر علیه السلام رجل نکح امرأه ثم اتى ارضاً فنکح اختها و هو لا يعلم قال: یمسک ایتھما شاء و ینخلی سبیل الاخری»

آقای خویی میان این روایات جمع کرده است و آن دو روایت را به تزویج حمل کرده که در هر دو «فتزوج» داشت، پس در صورت جمع در تزویج دو خواهر، عقد دوم باطل است ولی تعبیر صحیحہ حضرمی «فنکح اختها» است، بحث تزویج نیست دو خواهر را مالک بوده و از روی جهل هر دو را وطی کرده است در اینجا اختیار با مالک است و می تواند از هر کدام که بخواهد منتفع شود.

بررسی تفسیر مرحوم آقای خویی از صحیحہ ابی بکر حضرمی:

جمع ایشان دارای استبعاداتی است:

اولاً: کلمه نکاح در قرآن کریم دائماً یا غالباً به معنای عقد است، در اکثر روایات نیز به معنای عقد است، در جاهای کمتری به معنای وقاع است، پس حمل نکاح به معنای وقاع، آن هم قسم خاصی از وقاع (: وقاع بالملکیه در مقابل وقاع بالزوجیه و بالاشتباه و بالزنا) بعید است.

ثانیاً: در این صورت باید از کلمه «امرأه» هم «جاریه» اراده کنیم با این که در مسائل مربوط به امه، بیشتر «جاریه» تعبیر می کنند.

ثالثاً: این که ظاهر «ینخلی سبیل الاخری» طلاق و فسخ و امثال اینها است و در

ص: 2931

حمل آقای خوئی باید به معنی ترک وطی باشد زیرا مسلماً در این فرض، مملوکه از ملک انسان خارج نمی شود، عتق او نیز واجب نیست تا تخلیه را به عتق معنا کنیم.

5) تفسیر شیخ طوسی از صحیحہ ابی بکر حضرمی:

شیخ طوسی این روایت را به گونه ای دیگر تفسیر کرده است که دارای این استبعادات نیست. ایشان این روایت را چنین معنا کرده اند: شوهر می تواند اولی را نگه دارد یعنی او را طلاق ندهد، عقد خواهر دوم هم که باطل است و می تواند خواهر اول را طلاق دهد و خواهر دوم را (پس از خروج زن اول از عده طلاق رجعی) با عقد جدید به ازدواج خود در آورد. این جمع را می توان پذیرفت (1) و اگر هم این جمع درست نباشد ظاهراً مسئله اجماعی است و باید روایت حضرمی کنار گذاشته شود.

ب) آیا انتفاع از خواهر اول، موقوف بر انقضاء عده خواهر دوم است؟

اشاره

بنابراین که در فرض مذکور، خواهر اول در علقه نکاح باقی است و عقد دوم باطل است آیا تمتع از خواهر اول که زوجه این مرد است موقوف بر تمام شدن عده خواهر دوم است یا نه؟ خواهر دوم عده دارد، زیرا اشتبهاً با او وقاع شده است.

1) اشاره به آرای علماء در مسئله:

مشهور تمتع از زن را قبل از پایان عده خواهر دوم جایز ولی مکروه می دانند و شیخ در نهاییه و بعضی دیگر قائل به تحریم هستند. مرحوم سیّد، اول حکم به کراهت کرده و سپس احتیاط را در ترک تمتع دانسته اند و چون احتیاط بعد از فتوی است احتیاط استحبابی می باشد. آقای بروجردی و عده ای، احتیاط وجوبی گفته اند و آقای خوئی فتوای به حرمت می دهد و می فرماید که وجهی برای کنار

ص: 2932

1- (1) (توضیح بیشتر) خلاصه مراد از اختیار امساک هر یک از این دو این است که با اسباب مشروع می تواند هر یک از این دو را در زوجیت خود داشته باشد، سبب مشروع در زوجیت خواهر اول، عدم طلاق و در زوجیت خواهر دوم، طلاق خواهر اول و ازدواج جدید با خواهر دوم می باشد.

گذاشتن این دو صحیحه نداریم و اعراض مشهور هم اضافه بر آن که موهن نیست در این نوع ثابت نیست زیرا مثل شیخ و عدّه ای فتوای به حرمت داده اند.

(2) کلام استاد - مد ظلّه - در مسئله:

به نظر ما فتوای مشهور، صحیح تر است و لا اقل باید احتیاط کرد و نه اینکه فتوای به حرمت داد، زیرا نکاتی وجود دارد که حرمت وطی را مستبعد می سازد.

نکته اول: شبهه از ازدواج واقعی که قوی تر نیست، فرض کنید کسی زن خود را طلاق داده و این زن باید عدّه نگه دارد ولی طلاق او رجعی نیست مثلاً طلاق ثالثه است در اینجا گرفتن خواهر این زن بدون انقضای عدّه او صحیح است. اگر معقوده خود را طلاق باین داد ازدواج با خواهر او بدون اشکال صحیح است. حال اگر وقاع با زنی کرده است اشتباهاً و اصلاً معقوده او نبوده است (زیرا عقد خواهر دوّم باطل بوده است) و نتواند از خواهر این زن، تمتّع ببرد این معنایش این است که شبهه از مصاهرت قوی تر است و این بعید است.

نکته دوّم: این است که در روایت موسی بن بکر، استبراء را که ظاهر در حیض واحد است لازم دانسته است. در عرف هم، استبراء به همان حیض در مرتبه اول است، می گویند: حامله نیست چون حیض دیده است. در روایت دوّم زراره، عدّه را واجب می داند. آقایان، در خیلی از جاها، نفس اختلاف را علامت عدم الزام می دانند، در موارد دیگر هم که تعبیر به استبراء کرده اند در ذهنم چنین است که همه، استحبابی هستند و شهرت معتنا بهی به هم که با عدم حرمت است بر اساس همین جهات، مشهور هم از نهی، الزام نفهمیده اند، پس ما با تعبیر سید موافق هستیم که تمتّع قبل از انقضای عدّه، مکروه است و احتیاط استحبابی در ترک است و اگر کسی، خیلی احتیاط کند، احتیاط را وجوبی می داند و الا فتوی به تحریم مشکل است.

(ج) بررسی مسئله 42: لو تزوج بالاختین و لم يعلم السابق و اللاحق

(1) متن مسئله:

لو تزوج بالاختین و لم يعلم السابق و اللاحق فان علم تاریخ احد العقدین حکم بصحّته

ص: 2933

(2) اشاره به مبنای اصولی مسئله:

بحث مهمی در اینجا وجود دارد و آن اینکه اگر در تعاقب حادثین، تاریخ یک طرف معلوم و تاریخ طرف دوم مجهول بود آیا اصل فقط در طرف مجهول جاری است که قول مشهور است و ما نیز با آن موافقیم و یا اینکه جریان اصل در دو طرف با هم مساوی است و اصل در هر دو جاری است، مثل مجهولی التاریخ که یا اصل در هیچ کدام جاری نیست و یا در هر دو جاری است و با تعارض از بین می روند. در جایی که یکی معلوم و دیگری مجهول است نیز چنین است. بنا بر مشهور فقط این استصحاب جاری است: استصحاب عدم عقد بر مجهول التاریخ تا زمانی که عقد معلوم التاریخ خوانده شد. و با این استصحاب ثابت می شود که عقد خواهر، متقدم و یا مقارن با عقد معلوم التاریخ نبوده است، پس عقد معلوم التاریخ صحیح است ولی بنا بر قول آقای خوئی، این استصحاب در هر دو طرف جاری است (اصل این است که تا زمان واقعی عقد مجهول التاریخ نیز عقد دیگری نبوده است) و لازمه آن، صحت هر دو ازدواج است و لذا تعارض اصلین لازم می آید.

(3) ادامه مسئله 43:

و ان جهل تاریخهما حرم علیه وطؤهما و کذا وطئ احدهما الا بعد طلاقهما او طلاق الزوجه الواقعيه منهما ثم تزويج من شاء منهما بعقد جدید بعد خروج الاخری من العده ان کان دخل بها أو بهما.

(4) تذکراتی درباره کلام سید رحمه الله:

اول اینکه به جای کلمه وطی، بهتر بود که مطلق استمتاعات بگویند، بلکه موضوع مسئله از استمتاع هم اعم است. نظر به مواضعی که از اجنبیه جایز نیست در اینجا هم حرام است اگر چه، جنبه استمتاع نداشته باشد. از باب علم اجمالی، نظر به موی هر دو هم حرام است. احکام اجنبیه بر هر دو بار است.

به گفته مرحوم سید تنها راه استمتاع از این زنها این است که یا هر دو را طلاق

دهد و صبر کند تا عده تمام شود و بعد یکی از اینها را بگیرد (تمام شدن عده اولی شرط جواز ازدواج با دومی است چون شاید همین اولی زن اوست و تا در عده است ازدواج با خواهر او ممکن نیست) و یا اینکه بگوید: من زوجه واقعی خودم را طلاق دادم به جای دو طلاق احتمالی، یک طلاق بدهد که این هم مثل همان دو طلاق است و باید صبر کند تا عده زن مدخوله تمام شود تا دیگری را بگیرد.

البته تمام شدن عده در صورتی لازم است که زوجه، مدخول بها باشد که این را مرحوم سید می فرمایند ولی یک قیدی هم لازم بود که ذکر نشده است چون انقضای عده در طلاق رجعی لازم است و الا اگر طلاق، بائن باشد مثل طلاق ثالثه، انقضای عده لازم نیست. بعد از طلاق بائن، اگر چه زن عده داشته باشد. ولی صبر بر مرد لازم نیست و خواهر او را می تواند عقد کند. اگر ما در مسئله قبل، به وسیله صحیحه زواره، عده را واجب دانستیم باز به مسئله ما مربوط نیست، در آنجا وقاع عن شبهه شده بود.

تذکر سوم: در اینجا دو فرض دیگر وجود دارد که سید آنها را ذکر نکرده است.

زیرا لازم نیست که یا هر دو را طلاق دهد و یا زوجه واقعی را، بلکه می تواند بگوید:

آن را که عقد او جلوتر از دیگری است طلاق دادم» چون معقوده در زمان سابق، همان زوجه واقعی است. (1) راه دیگری که در اینجا ممکن است ولی هیچ کدام از محشین ذکر نکرده اند و من شاید حدود بیست حاشیه را در قدیم نگاه کردم و این راه را ندیدم، این است که چرا طلاق هر دو لازم است؟ هر کدام را که نمی خواهد ازدواج کند، طلاق احتمالی می دهد و بعد از خروج از عده (در صورت رجعی بودن طلاق) با خواهر او ازدواج می کند چه لزومی دارد زنی را که می خواهد بگیرد طلاق دهد بلکه مانع را که خواهرش است با طلاق بر طرف می کند و بعد این زن را، رجاء عقد می کند، اگر این زن زوجه واقعی بوده که عقد دوم لغو است و زوجیت سابق را

ص: 2935

1- (1) البته این فرض با طلاق زوجه واقعی تفاوت ماهوی ندارد ولی به هر حال دو تعبیر مختلف در صیغه طلاق است، یکی طلاق «الزوجه الواقعیه» و دیگری طلاق «المتقدم من الاختین» می باشد.

از بین نمی برد و اگر خواهر این زن، زوجه واقعی بوده که با طلاق، مانعیت آن بر طرف شده و این عقد صحیح خواهد بود. این نکته را قبل از سی سال که به حواشی نگاه کردم، ندیدیم. اخیراً نیز این عروه با 15 حاشیه را نگاه کردیم باز ندیدیم البته مرحوم حاج سید أبو الحسن در وسیله عبارت سید را ذکر می کند و بعد می فرماید که طلاق یکی از اینها کافی است و مرحوم آقای خویی هم در مستند عروه همین مطلب را ذکر کرده است.

خلاصه آن که: در جایی که تقدم و تأخر عقد دو خواهر معلوم نیست لازم نیست حتماً هر دو را طلاق دهد، بلکه می تواند یکی را احتیاطاً طلاق دهد سپس خواهر دیگر را عقد کند و لازم نیست عقد این یکی حتماً بعد از طلاقش واقع شود زیرا اگر او حقیقه زوجه شرعی او بوده نه طلاقش و نه عقد جدید هیچ کدام لازم نبوده است و اگر زوجه شرعی او (به خاطر اینکه او را بعد از خواهرش عقد کرده) نبوده با طلاق خواهرش عقد او جایز می شود. و اینکه سید رحمه الله می فرماید اول باید طلاق دهد بعد او را عقد کند مانند این است که بگوییم اگر کسی از یکی از دو اناء مشتبه - که لازم است از هر دوی آنها اجتناب کرد - بخواهد استفاده کند، باید ابتدا آن را نجس کند آنگاه تطهیر کرده و از آن استفاده کند. بدیهی است که بدون نجس کردن هم اگر تطهیر کنیم مسلماً از ظرف پاک استفاده شده است. در اینجا نیز با طلاق یکی و انقضای عده اش و سپس با عقد دیگری قطعاً می توان دومی را زوجه شرعی او شمرد.

«* و السلام*»

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خلاصه درس این جلسه:

در این جلسه ابتدا جهت تکمیل بحث بطلان عقد خواهر دوم، آیه حرمت علیکم امهاتکم... را مطرح و با استدلال بر اینکه مدلول مطابقی این آیه تحریم تمتع از اصناف زنان مذکور است نه تحریم ازدواج با آنها، به بیان عدم جواز استناد به آیه برای بطلان عقد خواهر دوم در صورتی که از خواهر اول هیچ گونه تمتعی نبرده باشد می پردازیم. سپس روایت منصور صیقل دال بر جواز تمتع از دو خواهر را نقل، و چون مخالف اجماع و اطلاق و صریح بعضی روایات است و قابل جمع نیز هست آن را طرح یا حمل به تمتع تدریجی می کنیم. و بالاخره به بررسی حکم اجبار مرد به طلاق در جایی که دو خواهر را عقد کرده و تقدم و تأخر آنها بر او معلوم نیست می پردازیم و با مختصر توضیحی درباره نظر بعضی که اگر منفی در قاعده لا ضرر حکم ضرری باشد می تواند حکومت بر مسئله ما نحن فیه داشته باشد اما اگر نفی موضوع ضرری کند حکومت ندارد، تفصیل بحث را به جلسه آینده موکول می کنیم.

الف) تکمله ای درباره بحث بطلان عقد خواهر دوم:

1) تحریر محل کلام و مورد بحث:

بخشی از مسئله شماره 42 که ما با اختصار از آن گذشتیم نیاز به بحث بیشتری دارد. مرحوم سید می فرماید: اگر بعد از اینکه با زنی ازدواج کرد، با خواهر او نیز ازدواج کند، عقد دوم باطل است خواه با اولی وقاع کرده باشد یا نه، گفتیم دلیل این حکم اجماع و اطلاق روایات است. اکنون کلام در این است که آیا می توان به آیه

ص: 2937

مبارکة حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ... وَ أَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ (1) برای بطلان عقد دوم در صورتی که از اولی تمتعی نبرده باشد تمسک کرد یا نه؟

(2) بیان مراد از تحریم در آیه حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ...:

تحریم در این آیه به اصنافی از زنان استناد داده شده است، و چون حرمت خود ذات معنا ندارد، باید حتماً فعلی از افعال ملحوظ شده باشد، حال آیا مراد از آن فعل، عقد است یا تمتع جنسی یا جامع بین عقد و تمتع؟

چون بین عقد و تمتع، جامع عرفی وجود ندارد، احتمال سوم منتهی است، ولی ممکن است احتمال اول را اختیار کرد و شاهد آن را آیه قبل و آیه بعد دانست زیرا در آیه قبل می فرماید: وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ... (2) و مراد از نکاح در این آیه همچون تمام یا اکثر قریب به اتفاق موارد استعمال ماده «نکح» در قرآن، عقد است نه تمتع، چون معنا ندارد فقط از تمتع جنسی از زن پدر نهی کنند ولی از ازدواج با او نهی نشود. و مراد در آیه بعد (أَحْلَلْ لَكُمْ مَا وَّرَاءَ ذَلِكُمْ) (3) نیز تحلیل ازدواج با غیر اصناف مذکور که اجنبیات هستند می باشد نه تحلیل تمتع، چون استمتاع از اجنبیات بدون ازدواج جایز نیست.

ولی به نظر ما مراد از تحریم، احتمال دوم یعنی تحریم تمتع است و شاهد بر آن خود آیه 24 است زیرا به دنبال تحریم چند صنف از زنان می فرماید: و المحصنات من النساء الا ما ملکت ایمانکم، مراد از محصنات، زنانی هستند که با ازدواج در حصن شوهرانشان قرار گرفته اند (3). لذا باید مراد از مستثنی به «الا» مملوکه ای باشد که او را

ص: 2938

1- (1) سورة النساء، آیه 23.

2- (2) النساء، آیه 22.

3- (4) در قرآن گاهی محصنات به معنای زنان دارای عفت استعمال شده مانند آیه وَمَنْ لَمْ يَسَّ تَطْعَمٍ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ... آیه 25 النساء و گاهی به معنای زنان شوهر دار، مانند همین آیه 24.

شوهر داده اند و چون مولی می تواند با ابطال ازدواج مملوکه اش خودش از وی متمتع شود و هیچ گاه با مملوکه خویش تا وقتی که در ملکیتش قرار دارد نمی تواند «ازدواج» کند بنابراین باید مراد از عدم تحریم در مستثنی، حلیت تمتع باشد نه حلیت ازدواج. (1) از این رو باید در بقیه فقرات هم حرمت تمتع مراد باشد.

در آیه احل لکم ما وراء ذلکم نیز اشکالی ندارد که مراد، حلیت تمتع باشد زیرا منظور از احل لکم این است که آنان شرعاً در تحت قدرت شما قرار دارند و همان گونه که اگر چیزی با واسطه تحت قدرت تکوینی انسان باشد - مانند رفتن به پشت بام توسط نردبان - به آن مقدور تکوینی گفته می شود، اگر تمتع با واسطه ازدواج یا تملک تحت قدرت تشریحی انسان باشد به آن مقدور شرعی، و اینکه بر او حلال است اطلاق می شود. البته گاهی قدرت قریبه است و گاهی بعیده ولی در هر حال اطلاق مقدور بودن صحیح است. یعنی تمتع از اصناف مذکوره تحت قدرت شرعی انسان حتی با واسطه ازدواج یا تملک یا تحلیل قرار ندارد ولی تمتع از غیر آنها و لو با واسطه برای انسان شرعاً مقدور است.

حتی در مورد آیه «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ» نیز ممکن است کسی بگوید - البته خیلی قطعی نمی گویم - که نهی از عقد کرده، نیز توطئه و از باب مقدمه برای نهی از تمتع است زیرا نوعاً هرگاه از عقدی و معامله ای نهی کنند و تصریح نکنند که مراد حرمت ایجاد سبب و نفس اجراء صیغه است، - به غیر از مواردی که به اقتضاء تناسبات حکم و موضوع، عرف آن را از باب تزاحم سبب می فهمد، مانند نهی از بیع وقت النداء که مراد، نهی از ایجاد سبب است چون نفس اشتغال به بیع و شراء مزاحم انجام عبادت است و ظهوری در عدم وقوع مسبب و نقل و انتقال ندارد - از نظر عرف کنایه از این است که این کار لغو بوده و نباید به آن ترتیب اثر داد و این، ارشاد به عدم وقوع مسبب و بطلان عقد است. وقتی که می گویند فروش یا نخر یعنی تو با این خرید و فروش به هدف نمی رسی، می خواهی نقل و انتقال حاصل شود و مالک شوی، این بیع و شراء تو را مالک نمی کند، خلاصه کنایه از بطلان است

ص: 2939

1- (1) البته فرض امکان ازدواج با چنین مملوکه ای به اینکه عقد ازدواج او را ابطال کند، بعد او را آزاد کرده سپس خودش با او ازدواج کند نیز قابل تصور است، لکن اراده این معنا از آیه با این چند واسطه بعید است.

ولی در باب نکاح چون هدف شخص این است که بتواند متمتع شود و نفس زوجه بودن هدف متعارف عقلاء نیست لذا اگر نهی از نکاح یعنی با این نکاح نمی توانی متمتع بشوی و در مورد آیه شریفه «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ» نیز می توانیم بگوییم معنای آیه این است که نکاح نکنید که با این نکاح به هدفتان - که تمتع است - نمی رسید اما این که مجرد اجراء صیغه نکاح بما هو هو منهی باشد از این آیه شریفه استفاده نمی شود.

خلاصه اینکه به نظر ما مراد از «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ...» حرمت تمتع است یعنی از این افراد و لو با ازدواج یا تملک نمی توان تمتع جنسی برد. نسبت به فقره «وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ» معنای آیه این است که «حرمت علیکم ان تجمعوا بین الاختین فی التمتع»⁽¹⁾

بلی چون منفعت متعارف و مورد نظر در باب ازدواج، تمتعات جنسی است لذا از حرمت تمتع می توان بالملازمه العرفیه بطلان ازدواج را فهمید زیرا اگر بگویند تو هیچ گونه تمتعی از این زن و لو با عقد نمی توانی ببری، به معنای بطلان آن عقد است. و لذا بطلان تملک را از آن نمی توان فهمید زیرا منفعت متعارف و مقصود در باب تملک، تنها تمتع جنسی نیست بلکه آنها را برای خدمت کاری و کمک گرفتن هم می خریدند، لذا ممکن است تمتع از بعضی مانند عمه و خاله حرام ولی تملکش برای خدمتکاری جایز باشد.

نتیجه اینکه به نظر ما آیه شریفه بالمطابقه بر حرمت تمتعات و بالملازمه العرفیه بر بطلان عقد بر اصناف مذکوره دلالت می کند نه بر حرمت ازدواج با آنها یا حرمت جامع بین ازدواج و تمتع.

ص: 2940

1- (1) هرگاه بگویند از شیئی محروم هستی، یعنی از منافع متعارف آن و انتفاعات مقصوده آن محروم هستی و مصداق منافع متعارف در موارد مختلف است و در هر موردی امری متناسب با آن چیز است. مثلاً محرومیت از لباس غذا یا مسکن به معنای محرومیت از پوشیدن و خوردن و سکنی در آنها است و هرگاه گفته شود از زنی محروم هستی، مراد محرومیت از تمتع از اوست. لذا اسناد تحریم به ذوات مذکوره در آیه شریفه با این مصحح عرفی، بدون تقدیر گرفتن کلمه ای صحیح است.

3) تقریب عدم جواز استدلال به آیه شریفه برای بطلان عقد خواهر دوم علی الاطلاق:

بنا بر آنچه گفته شد اگر کسی با خواهری ازدواج کرد و بدون اینکه هیچ گونه تمتعی از او برده باشد خواهر او را هم عقد کرد، مشمول آیه شریفه «وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ» که به معنای حرمت جمع بین تمتع از دو خواهر است، نمی گردد تا کشف از بطلان عقد دومی بکند. در نتیجه باید به حسب اطلاق آیه که می گوید شما نباید از این دو معاً تمتع ببرید، بتوان گفت، حالا که تمتع از یکی از اینها جایز است، اختیار انتخاب هر یک با او است یعنی از هر کدام اول استمتاع کرد دیگر نمی تواند از دیگری تمتع ببرد، و بالملازمه العرفیه دلالت می کند که عقد ازدواج دیگری بقاءً صحیح نیست، بنابراین، بعد از استمتاع از یکی عقد دیگری باطل می شود، خواه ابتدا از معقوده اولی استمتاع کرده باشد یا از دومی.

البته این کلام به حسب استظهار ما از آیه شریفه است یعنی اگر ما بودیم و فقط آیه شریفه چنین می گفتیم که نفس ازدواج با دو خواهر باطل نیست بلی اگر از یکی تمتع برد عقد دیگری بقاءً باطل می شود وگرنه اجماع مسلمین و اطلاق روایت زراره که پیشتر درباره آن سخن گفتیم، (1) اقتضا می کند که عقد دوم مطلقاً خواه از اولی تمتع گشته یا نه، باطل باشد.

ب) بررسی روایتی که جمع بین اختین را به عقد انقطاعی جایز می داند:

متن عروه: مسئله 39 لا يجوز الجمع بين الاختين في النكاح دواماً او متعاً

عدم جواز جمع بین اختین به عقد انقطاعی به حسب اجماع و اطلاقات ادله و صریح بعضی روایات همچون روایت احمد بن محمد بن ابی نصر (2) واضح و تمام است و بحث آن گذشت در مقابل این ادله روایتی است که بحث آن را نکردیم.

ص: 2941

1- (1) وسائل ابواب ما یحرم بالمصاهره، باب 26، ج 1.

2- (2) وسائل ابواب ما یحرم بالمصاهره، باب 24، ج 4.

محمد بن الحسن الطوسی باسناده عن محمد بن علی بن محبوب عن ابی عبد الله البرقی عن محمد بن سنان عن منصور الصیقل عن ابی عبد الله علیه السلام قال: لا بأس بالرجل ان یتمتع اختین(1)

ظاهر روایت، این است که به عقد انقطاعی می توان دو خواهر را معا گرفت.

ولی بر فرض که اشکال سندی به خاطر منصور صیقل که توثیق صریحی ندارد، نکنیم ولی چون این حکم بر خلاف اجماع مسلم است و هیچ کس به ظاهر این روایت عمل نکرده و از طرفی با توجه به روایات دیگر، (همان طور که شیخ طوسی رحمه الله فرموده) قابل جمع هم هست، یا باید آن را طرح و یا حمل کنیم.

شیخ رحمه الله می فرماید: چون در این روایت تصریح نشده که جمع بین متعتین جایز بوده و هر دورا در یک زمان می توان متعه کرد، لذا با توجه به روایات دیگر می توان آن را به جواز متعه هر کدام یکی پس از دیگری حمل نمود.

ج) بررسی حکم اجبار مرد به طلاق در جایی که باید از هر دو خواهر اجتناب کند:

متن عروه: ادامه مسئله 43... و هل یجبر علی هذا الطلاق دفعا لضرر الصبر علیها؟ لا یبعد ذلك لقوله تعالی «فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِیحٍ بِإِحْسَانٍ...»

در جایی که می داند عقد یکی از دو خواهر باطل است اما آن را معیناً نمی شناسد و باید احتیاط کند، آیا می توان هیچ اقدامی جهت روشن شدن تکلیف آنها نکند یا او را مجبور می کنند که امر زوجیت آنها را با طلاق دادن به همان کیفیت مذکور در صدر مسئله معلوم کند تا ضرری که متوجه آنها است دفع شود زیرا آنها نه بهره زوجیت را دارا هستند و نه می توانند به دیگری شوهر کنند.

مرحوم سید می فرماید بعید نیست استناداً به آیه شریفه مذکور بتوان او را به این کار مجبور کرد.

البته باید قیدی به آن اضافه کرد زیرا فرض مسئله در جایی است که آن دوزن به

ص: 2942

این امر راضی نباشند زیرا اجبار مرد به طلاق تنها به خاطر رفع ضرر از آنها و رعایت حقوق آنها است پس در جایی که خود آنها به هر دلیلی به باقی ماندن بر این حال راضی باشند مانند کسانی که اگر نام مردی و لو بالاجمال بر آنها باشد به آن افتخار می کنند، در این صورت اجبار مرد وجهی ندارد.

یک وجه این است که چون صبر بر این حال برای آن دو خواهر ضرر است، به قاعده «لا- ضرر» تمسک کرده و مرد را مجبور به طلاق بدانیم.

بعضی گفته اند وجه مذکور مبتنی بر این است که منفی را در قاعده لا ضرر یا لا حرج، حکم ضرری یا حکم حرجی بدانیم نه موضوع ضرری و حرجی. زیرا موضوع مسئله ما که زوجیت است فی نفسه ضرری نیست. بلکه ضرر ناشی از حکم به احتیاط در اطراف علم اجمالی در این مورد است.

بنابراین قاعده «لا ضرر» بر این مورد حکومت ندارد. مانند کسی که نمی داند باید حج قران انجام دهد یا تمتع و انجام هر یک از آنها در دو سال برای او مقدور نباشد، در اینجا نفس حج قران یا تمتع حرجی نیست بلکه حکم به احتیاط و اینکه باید هر دو را احتیاطاً بیاورد موجب حرج بر مکلف می شود. پس این قاعده تنها در صورتی که قائل به نفی حکم ضرری شویم حکومت خواهد داشت.

این بحث را در جلسات آینده ادامه می دهیم. ان شاء الله

«* و السلام*»

ص: 2943

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

بحث در ادامه مسئله 43 عروه بود که اگر کسی دو خواهر را برای خود عقد کرد و تقدّم و تأخر عقد آنها برای او معلوم نیست. آیا می توانیم با تمسک به لا ضرر و لا حرج بگوییم بر شوهر واجب است که آنها را طلاق بدهد؟ تا دچار ضرر و حرج نشوند؟!

در این جلسه ضمن بیان مفاد لا- ضرر خواهیم گفت که لا- ضرر همانطوری که بر احکام واقعیه حکومت دارد بر احکام ظاهریه هم حکومت دارد و می تواند وجوب احتیاط را که موجب ضرر شده است بر دارد. ادامه بررسی این دلیل را به جلسه آینده موکول می کنیم.

مرحوم سید فرموده اند: اگر مردی با دو خواهر ازدواج کرده و تقدّم و تأخر دو ازدواج را نسبت به هم نمی داند و از تاریخ هر دو نیز بی اطلاع است، مرد باید - تا بعد از طلاق هر دو یا طلاق زوجه واقعی، و تزویج یکی از آنها پس از خروج دیگری از عدّه - از تمتع از آنها خودداری نماید.

حال اگر مرد اقدام به طلاق آنها نکند، آن دوزن ناگزیر از احتیاط خواهند بود یعنی مثلاً از یک سو خود را همسر آن مرد ندانسته و به او تمکین نکنند، و از سوی دیگر بدون اذن او از منزل خارج نشده، و شوهر نکنند. و این احتیاط، طبعاً موجب ضرر بر آنان خواهد بود.

آیا می توان به مقتضای دلیل لا ضرر و حکومت آن بر احتیاط، آن مرد را بر طلاق مجبور نمود؟

در جلسه امروز مفاد قاعده لا ضرر و لا حرج و امثال آنها، و نسبت هر یک از آنها

با احتیاط را برای پاسخ به سؤال فوق، مورد نقد و بررسی قرار می دهیم. نخست نظر مرحوم آقای آخوند را درباره مفاد قاعده مذکور با توضیح مختصری نقل کرده، و نسبت آن را با احکام ظاهری و احتیاط از دیدگاه ایشان بیان خواهیم نمود. سپس اشکالاتی را که به نظر می رسد مطرح کرده، و شمول لا ضرر و لا حرج را نسبت به حکم احتیاط مورد تأکید قرار خواهیم داد.

مفاد قاعده لا حرج و لا ضرر و هیئت ترکیبی لا ضرر و لا ضرار مورد اختلاف است و درباره آن چندین نظریه مطرح شده است.

مرحوم آقای آخوند مفاد آن را نفی حکم به لسان نفی موضوع دانسته اند، و مرحوم شیخ معتقدند که دلیل لا ضرر، مستقیماً حکمی را که منشأ ضرر می شود نفی می کند. نسبت دلیل این قاعده با ادله احکام ظاهری و احتیاط، بر اساس نظر این دو بزرگوار متفاوت است.

الف) طرح مفاد قاعده لا ضرر طبق نظر مرحوم صاحب کفایه:

1) نفی حکم به لسان نفی موضوع:

ایشان می فرمایند: مفاد قاعده لا ضرر، نفی ادعایی حقیقت «ضرر» است، نه نفی «حکم ضرری». یعنی ادعای ضرر را نفی می کند تا از منتفی بودن حکم آن خبر دهد، نه اینکه مستقیماً حکمی را که منشأ ضرر می شود نفی نماید. زیرا اراده نفی حکم ضرری با تعبیر لا ضرر و لا ضرار، مستلزم مجاز در کلمه، و استعمال ضرر در غیر موضوع له آن است، و این با بلاغت سازگار نیست. (1)

به عبارت دیگر، مفاد قاعده مذکور عبارت از نفی حکم به لسان نفی موضوع است.

ص: 2945

1- (1) کفایه - ج 2 - ص 268 «أنّ الظاهر أن يكون (لا) لنفي الحقيقة، كما هو الأصل في هذا التركيب حقيقة أو ادعاءً كما هو الظاهر من مثل: (لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد) و (يا اشباه الرجال و لا رجال) فان قضيه البلاغه في الكلام هو اراده نفي الحقيقة ادعاءً لا- نفي الحكم أو الصفه، كما لا- يخفى. و نفي الحقيقة ادعاءً بلحاظ الحكم أو الصفه غير نفي احدهما ابتداءً مجازاً في التقدير أو في الكلمه... وقد انقدح بذلك بعد اراده نفي الحكم الضرري... ضروره بشاعه استعمال الضرر و اراده خصوص سبب من اسبابه».

2) عدم شمول قاعده لا ضرر و لا حرج نسبت به احکام ظاهری و عناوین ثانویه:

همچنین مرحوم آقای آخوند می فرمایند: بنا بر مبنای ما، لا ضرر و لا حرج تنها آن دسته از احکام را نفی می کند که روی موضوعاتی که بعناوینها الاولیّ حرجی یا ضرری است رفته است، یعنی نفس موضوع، حرجی یا ضرری باشد. لذا شامل احکام ضرری و حرجی مثل لزوم احتیاط در مورد موضوعات مشتبه در اطراف علم اجمالی - که عدم تشخیص موضوع و مردّد شدن آن، باعث حرجی یا ضرری بودن حکم آن گشته - نمی گردد.

به عنوان مثال: برای مکلفی نفس اتیان حج، حرجی نیست، اما جمع بین حج تمتع و حجّ قران یا افراد در صورتی که ندانیم وظیفه ما کدامیک از آنهاست، حرجی است. همچنین نماز خواندن رو به قبله واقعی (موضوع صلّ الی القبله) برای انسان حرجی نیست، لیکن اگر قبله را شناسیم، خواندن چهار نماز به چهار جهت ممکن است برای کسی حرجی باشد. در مسئله مورد بحث نیز نفس زوجیت، حرجی نیست اما اینکه هم خود را همسر دیگری به حساب نیاورد، و هم نتواند شوهر کند، حرجی است.

چون موضوع واقعی هیچ یک از این موارد، ضرری و حرجی نیست، بلکه احتیاط کردن و تحصیل امثال یقینی حکمی که روی موضوع واقعی رفته، منشأ حرج و ضرر شده، لذا قاعده لا ضرر و لا حرج شامل این نوع احکام ضرری و حرجی نمی گردد.

اما چنانچه قائل شویم دلیل لا ضرر و لا حرج مستقیماً حکمی را که منشأ ضرر یا حرج است نفی می کند (1)، در این صورت لا ضرر و لا حرج احتیاط را بر می دارد، و به

ص: 2946

1- (1) مبنای مرحوم شیخ: فرائد الاصول - ص 314 «فاعلم ان المعنى بعد تعذر اراده الحقیقه عدم تشریع الضرر بمعنی أن الشارع لم یشرع حکماً یلزم منه ضرر علی احد، تکلیفياً کان او وضعياً فلزوم البیع مع الغبن حکم یلزم منه ضرر علی المغبون فینتفی بالخبر»

اقتضای آن، نه تنها احتیاط، واجب نیست بلکه مخالفت قطعی نیز جایز خواهد بود.

زیرا وقتی اصل حکم را که منشأ ضرر است نفی کند - مثل این است که وجوب صلاه الی القبلة را بر دارد - و در این صورت حتی خواندن نماز به یک طرف نیز ضرورت نخواهد داشت.

نتیجه آن که در ما نحن فیه که زوجیت و عدم زوجیت و عمل به احکام آنها ضرری نیست (یعنی نه تمکین زوجة واقعی ضرری است و نه اجتناب اجنبیه از استمتاع) لکن چون زوجه به اجنبیه مشتبّه شده است باید هر دو احتیاط کنند و این احتیاط ضرری است، «لا ضرر» شامل چنین موردی نمی شود و وجوب احتیاط را بر نمی دارد هذا اولاً.

3) عدم شمول لا ضرر نسبت به احکام عقلی:

و ثانیاً: وجوب احتیاط حکم عقل است و لا ضرر رافع احکام عقلی نیست توضیح آن که:

همچنین گفته اند: احکام عقلی به لحاظ اینکه مستند به عقل است، قابل جعل یا رفع نیست از این رو دلیل لا ضرر نمی تواند ناظر به آن بوده، و بر آن حاکم گردد. و به عبارت دیگر، شمول لا ضرر نسبت به چنین احکامی به منزله دخالت در امری است که از شئون شارع نبوده و خارج از قلمرو اوست. بنابراین، حکم احتیاط از این جهت نیز نمی تواند مشمول قاعده لا ضرر گردد.

ب) نقد نظرات مرحوم آقای آخوند توسط استاد - مدّ ظلّه -:

1) پذیرش مبنای مرحوم آقای آخوند رحمه الله در مفاد «لا ضرر»:

البته از نظر ما نیز آنچه که مورد جعل یا رفع قرار می گیرد، همان افعال است (1) و در هیچ یک از اطلاقات قرآنی و روایات، خود حکم، متعلّق رفع یا جعل واقع نشده

ص: 2947

1- (1) سورة بقره - آیه 183: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ سَوْرَةَ نَسَاء - آیه 103: إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَّوْقُوتًا و نظائر آن که خود افعال مورد جعل یا رفع قرار گرفته است.

است. در مورد لا ضرر و لا حرج نیز همان طور که ایشان فرموده اند، نفی حکم به لسان نفی موضوع است. به بیانی دیگر در آیه شریفه «ما جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» مراد از حرج که متعلق جعل قرار گرفته فعل حرجی است که ممکن است بر عهده مکلف قرار داده شده باشد لکن شارع مقدس تفضلاً آن را جعل نکرده است، «لا ضرر» هم ظهور در چنین معنایی دارد چون علاوه بر این که آنچه مستقیماً در آیات و روایات وضع و رفع می گردد خود فعل ضرری است نه حکم، (همچنان که در موارد مشابه آن می بینیم برای بیان نفی حکم، ادعای موضوع را نفی می کنند و نفی ادعائی موضوع است برای بیان نفی حکم، مانند لا شک لکثیر الشک یعنی احکام شک را ندارد، لا بیع الا فی ملک یعنی صحیح نیست، لا صلاه لجار المسجد یعنی وصف کمال را ندارد، لا صلاه الا بطهور یعنی حکم صحت را ندارد و...) در خصوص لا ضرر نیست ظاهراً این است که امری که خودش ضرری است برداشته شده است نه امری که منشأ ضرر می گردد. لیکن به نظر ما فرمایشات ایشان از جهاتی مخدوش است.

(2) شمول دلیل لا ضرر نسبت به احکام ظاهری:

(مقدمه اشکال)

دلیل لا ضرر و امثال آن، همچنان که در صورت ضرری بودن موضوع احکام واقعی، بر احکام واقعی حاکم است، بر احکام ظاهری نیز چنانچه موضوع آن ضرری باشد حکومت دارد، زیرا احکام شرعی منحصر به احکام واقعی نبوده و شامل احکام ظاهری نیز می گردد. لذا حکومت دلیل لا ضرر بر آنها بی مانع است.

بر این اساس، احتیاط نیز که ممکن است موضوع احکام ظاهری قرار گرفته و واجب شود چنانچه ضرری یا حرجی باشد بر خلاف نظر مرحوم آقای آخوند، مشمول قاعده لا ضرر می شود.

(3) عدم جواز مخالفت قطعی در صورت نفی حکم احتیاط:

بر اساس قول به نفی امری که ضرری است، در صورت ضرری بودن احتیاط، نظر به اینکه موضوع حکم واقعی فی نفسه ضرری نیست، اصل آن محفوظ مانده،

ولی احتیاط که امری ضرری است از عهده شخص برداشته شود پس موافقت قطعیه تکلیف معلوم واجب نیست لکن موافقت احتمالی آن چون ضرری نیست واجب خواهد بود لذا فرمایش مرحوم آخوند درباره جواز مخالفت قطعی صحیح نخواهد بود.

4) احتیاط یک حکم شرعی مستفاد از روایات است:

(اشکال اول)

به نظر ما حکم احتیاط، یک حکم شرعی است نه فقط عقلی. زیرا با ملاحظه روایات خاصه در موارد عدیده - مثل دو ظرف مشتبه، دو حیوان مشتبه، دو یا چند لباس مشتبه - که در آنها با امر به ریختن آب دو ظرف، رمی دو حیوان نزد کلاب، و خواندن نماز در تمام لباس ها، حکم به وجوب احتیاط و لزوم موافقت شده است، یک قانون اصطیادی مبنی بر لزوم رعایت اطراف علم اجمالی و وجوب احتیاط به دست می آوریم (1) و طبعاً این حکم، حکمی است شرعی، نه عقلی و لا ضرر و لا حرج می تواند آن را بر دارد.

5) شمول دلیل لا ضرر نسبت به احتیاط روی فرض عدم دلالت روایات:

(اشکال دوم)

فرض کنیم که وجوب احتیاط را از روایات استفاده نکنیم بلکه از احکام عقل بدانیم. به نظر ما حتی در این صورت نیز چنانچه موضوع حکم احتیاط، ضرری باشد، دلیل لا ضرر بر آن حاکم خواهد شد. زیرا حکم عقلی اگر فعلی و به نحو علت تامه باشد، ممکن است بگوییم شارع نمی تواند با دلیل لا ضرر و امثال آن، فعلیت آن را نفی کند، لیکن قاعده احتیاط و اشتغال عقلی از این قبیل نیست. بلکه از احکام اقتضائی عقلی است.

فعلی شدن این حکم اقتضائی به این است که شارع، آن را با امضاء یا عدم ردع و سکوت، مورد تأیید قرار دهد، همچنان که ممکن است آن را ابطال نماید. مثل اینکه

ص: 2949

1- (1) مرحوم آقای داماد قائل به یک اصطیاد عمومی و بسیار وسیع بودند، لیکن به نظر ما چون در این موارد که شارع امر به احتیاط کرده علم اجمالی به خطاب واحد داریم، قاعده ای که عرف اصطیاد می کند مخصوص مواردی است که معلوم بالا جمال ما خطاب واحد باشد نه خطاب مردّد بین الخطابین.

در موارد بسیاری با قاعده فراغ، قاعده اشتغال عقلی را رد کرده است. انسان نمی داند ذمه اش فارغ شده یا نه؟ با قاعده فراغ ترخیص می دهد و لزوم احتیاط از بین می رود. در شک بعد از وقت نیز بنابراین که موضوع قاعده اشتغال باشد - که عقیده ما هم همین است - شارع می فرماید فراغ هستی و اشتغال منتفی می شود.

هر یک از عدم الردع، امضاء یا ابطال، امری است شرعی یعنی در قلمرو و شئون شارع است و چنانچه دلیل لا ضرر بخواهد حکم عقل را که با امضاء شارع، فعلی می شود، به خاطر حرجی بودن آن، نفی کند، عقل امتناعی نخواهد داشت. زیرا نفی و اثبات چنین احکامی از شئون قانونگذار است و به این لحاظ این حکم را حکم شرعی باید دانست.

6) امکان تنزیل در احکام عقلی محض از سوی شارع:

(اشکال سوم)

فرض کنیم که عدم ردع شارع باعث نمی شود که وجوب احتیاط حکمی شرعی به حساب آید و همچنان وجوب احتیاط را حکمی عقلی بدانیم در عین میزان شمول لا ضرر و لا حرج این است که در مورد ضرر و حرج شارع مقدس بتواند مانند عقل احتیاط را واجب نموده یا وجوب احتیاط را نفی نماید و چون وجوب احتیاط حکم اقتضائی عقل است، شارع می تواند در مواردی که احتیاط ضرری یا حرجی باشد به خاطر مصلحتی چون تسهیل وجوب احتیاط را بر دارد پس امری که باعث شود لا ضرر و لا حرج وجوب احتیاط را شامل نگردد، وجود ندارد. (1)

ص: 2950

1- (1) (توضیح بیشتر) چنانچه بگوییم مواردی که شارع مقدس با حکم عقل عملی موافق است دو صورت دارد گاهی اعمال مولویت می کند و با ابراز نظر خویش عملی را که عقلاً واجب یا حرام بود، شرعاً نیز واجب یا حرام می شمرد و گاهی ضرورتی نمی بیند که اعمال مولویت نماید. و امر و نهی شرعی کند بنابراین در مواردی که حکم عقلی وجود دارد لازمه موافقت واقعی شارع با حکم عقل این نیست که حکم شرعی هم وجود داشته باشد بلکه چه بسا فقط حکم عقلی محض وجود داشته باشد در عین حال مانعی ندارد که لا ضرر و لا حرج شامل آن گردد زیرا لا-ضرر و لا حرج می خواهد وجوب احتیاط را (که اگر لا ضرر نبود، عقلاً احتیاط لازم بود) بر دارد و شرط شمول لا ضرر و لا حرج این نیست که حکمی که برداشته می شود الزاماً حکمی شرعی باشد بلکه اگر حکم عقلی محض هم بود لکن حکم اقتضائی عقل، اگر به نظر شارع حکم عقل مزاحم با مصلحت دیگری نبود شارع می گوید من هم مانند عقل احتیاط را لازم می دانم و اگر احتیاط مزاحم با مصلحت اهمی بود مانند موارد حرج و

خلاصه: لازم نیست که مرفوع به لا ضرر و لا حرج و حکمی شرعی باشد بلکه اگر حکم عقلی محض هم باشد لکن حکمی اقتضائی که شارع بتواند آن را امضا یا رد کند، لا-ضرر و لا-حرج شامل آنها می گردد. و لزوم احتیاط از احکام اقتضائی عقل عملی است و در صورت وجود مصلحت اهم شارع مقدس آن را بر می دارد یعنی چون رفع احتیاط از شئون شارع مقدس است مانعی ندارد که لا ضرر و لا حرج شامل آن گردد. نتیجه آن که با شمول لا ضرر و لا حرج لزوم احتیاط را برمی داریم ولی حکم واقعی سر جای خود باقی است و مخالفت قطعیه آن چون مصداق معصیت است جایز نیست در حالی که موافقت قطعیه (احتیاط) آن هم لازم نیست.

مشابه این بحث مسئله ای است که در اصول مطرح است. در این باره که امارات معتره می توانند با دو تنزیل مستقل جانشین قطع طریقی محض و قطع موضوعی محض شوند اختلافی نیست اما آیا می شود با یک تنزیل، هم احکام قطع موضوعی و هم احکام قطع طریقی را بر ظنّ بار کنیم؟ یعنی هم احکام واقع و هم احکام خود علم را بار کنیم در اینجا آقایان اشکال می کنند که اگر گفتیم «الظنّ کالقطع» نمی تواند ناظر به هر دو نوع حکم باشد زیرا یا ظن و قطع به طور آلی و به عنوان طریقت در نظر گرفته شده است و می خواهد بگوید «مظنون را کالمقطع» فرض کن یا ناظر به احکام خود ظن و قطع است و قطع و ظن به نحو استقلالی ملاحظه شده است می خواهد بگوید، «ظن را مانند قطع» بدان و احکام قطع را بر ظن بار کن، جمع بین این دو اعتبار متنافی با یک تنزیل صحیح نیست و جمع بین لحاظین متنافیین است پاسخ ها و نقدهائی در مورد این اشکال مطرح شده است لکن مطلبی که گویا مسلم فرض شده است این است که اگر بخواهیم احکام قطع طریقی را بر ظن طریقی بار کنیم باید از ظن و قطع مظنون و مقطوع را اراده نماییم در حالی که چنین نیست.

چون قطع در ادله ای که برای قطع طریقی احکامی را مترتب می کند موضوع قرار داده شده است و عقل، قطع را موضوع برای معذرت و منجزیت و کاشفیت و

اعتبار و... مانند آنها می‌داند، دلیل تنزیل می‌خواهد بگوید ظن هم مانند قطع است و احکامی که روی قطع طریقی رفته است روی ظن نیز جاری است بنابراین همانطوری که قطع از نظر شرعی موضوع برخی از احکام (مانند جواز شهادت و افتاء و...) است و به این اعتبار به آن قطع موضوعی می‌گویند، از نظر عقل هم موضوع یک سلسله احکام است و در این احکام عقلی (طریقت و معذرت، منجزیت و...) قطع طریقی موضوع حکم عقل قرار گرفته است پس در هر دو حکم خود قطع مورد توجه قرار گرفته و اگر کسی قطع به تکلیف داشت حکم واقعی در حق او منجز است همچنان که می‌تواند بر اساس آن - مثلاً - شهادت بدهد. پس هر دو احکام بار می‌شود و در دلیل تنزیل نیز شارع می‌تواند بگوید تمام احکامی که روی قطع بار شده (خواه احکام شرعی و خواه احکام عقلی که قطع طریقی موضوع آن است) در مورد ظن نیز جاری بدانید و در عبارت «الظن كالتقطع» جمع بین لحاظین متنافیین نشده است منتهی در اینجا اشکالی که مطرح بوده و به ما نحن فیه مرتبط است این است که حکم عقلی اختیارش به دست عقل است و از قلمرو اختیار شرع خارج است چگونه شارع مقدس در مورد احکام عقلی قانونی را وضع می‌کند؟! حلّ این شبهه هم این است که در صحت تنزیل لازم نیست که منزل علیه حکمی شرعی باشد چون شارع نمی‌گوید حکم عقل در اینجا وجود دارد تا تصرف در قلمرو عقل باشد بلکه می‌گوید همانطوری که عقل برای قطع منجزیت و معذرت و کاشفیت و... را بار می‌کند من هم برخی از ظنون را منجز و معذّر و کاشف معتبر و... می‌دانم و جعل تنجیز و اعذار در مورد ظنّ از مجعولات و اختیارات شارع است منتهی این جعل را به لسان «تنزیل الظن منزله القطع» بیان می‌فرماید یعنی حکمی را که عقل در مورد قطع دارد من هم در مورد برخی از ظنون دارم.

«* و السلام*»

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

بحث در این بود که اگر کسی بر دو خواهر عقد کرد ولی نمی داند عقد سابق و لا حق کدام است. آیا برای دفع ضرری که متوجه زنها است واجب است شوهر آنها را طلاق بدهد؟

در جلسه گذشته بحث در این بود که لا ضرر و لا حرج بر احکام ظاهری هم حکومت داشته و می تواند وجوب احتیاط را بردارد.

در این جلسه، به بحث صغروی یعنی تطبیق قاعده لا حرج و لا ضرر بر ما نحن فیه می پردازیم و پس از نقد و بررسی کلام آقای حکیم رحمه الله به این نتیجه می رسیم که جریان این دو قاعده، در ما نحن فیه اشکالی ندارد، ولی لازمه اجرای این دو قاعده این نیست که طلاق تعیین پیدا کند بلکه می توان ضرر و حرج را به طریق دیگری مثل قرعه یا حق فسخ دفع نمود.

(1) طرح مسئله:

بحث در این بود که اگر شخصی بر دو خواهر عقد کرده، اما نمی داند کدام عقد سابق بوده تا حکم به صحت آن شود و کدام لا حق بوده تا باطل شود. وظیفه چیست؟ در این که به حسب قاعده اولیه در باب علم اجمالی هم مرد و هم زن باید احتیاط کنند بحث نیست، و اگر زنها بخواهند احتیاط کنند باید از تمتع از این نحو مرد پرهیز کنند، در عین حال تکالیف شوهردار بودن را هم بار کنند، مثلاً بدون اذن او از منزل خارج نشود و با مرد دیگری ازدواج ننماید و... در اینجا بحثی مطرح

شده که این احتیاط برای آنها ضرری است و به مقتضای «لا ضرر» تحمل آن واجب نیست و مرد باید با طلاق دادن زوجیتی را که باعث چنین ضرری شده است از بین ببرد.

در این زمینه اشکالی که مطرح شده بود این بود که چون ظاهر لا ضرر این است که موضوعی که ضرری است حکم آن مرتفع است و در ما نحن فیه هیچ گونه ضرری در زوجه بودن یکی از این دو نفر نیست لکن چون زوجه واقعی مشتبه شده، باید احتیاط کرد و لزوم احتیاط موجب ضرر شده است و لا ضرر رافع احکام ظاهری نیست. در جلسه قبل این اشکال را بررسی کرده نتیجه گرفتیم که ادله لا ضرر و همچنین لا حرج اقتضاء می کند که اگر عملی مستلزم ضرر یا حرج باشد شخص لازم نیست آن را تحمل کند و فرقی نمی کند که حرج و ضرر در موضوع حکم واقعی (زوجیت) باشد یا در موضوع حکم ظاهری (احتیاط).

اما در مورد بحث صغروی مسئله سؤال این است که چون باقی ماندن هر یک از این دو خواهر در حباله این شوهر موجب حرج است و فرض این است که شوهر نمی تواند مباشرت کند، آیا با ادله لا ضرر و لا حرج می توان اثبات کرد که شوهر ملزم به طلاق همسر واقعی خودش است؟

2) فرمایش مرحوم آقای حکیم رحمه الله:

مرحوم آقای حکیم تمسک به ادله لا- حرج و لا- ضرر برای اثبات الزام شوهر به طلاق را ناتمام می داند، البته با بیانی غیر از بیان مرحوم آخوند. ایشان در رابطه با موضوع ضرر و حرج تفصیل می دهند و می فرمایند: فرق است بین ضرر در مثل غبن در معامله و ضرر در ما نحن فیه، چون در مواردی مثل ما نحن فیه، نفس زوجیت منشأ ضرر و حرج نیست، بلکه احکام زوجیت منشأ می شود که زن به ضرر یا حرج بیفتد و اگر قاعده لا- ضرر و لا- حرج جاری شود لازمه اش این است که احکام زوجیت مرتفع گردد، در حالی که احکام زوجیت بالضرورة از بین نمی رود و فقها به این مطلب ملتزم نمی شوند. مثال واضح تر از مسئله ما نحن فیه این است که اشتباهی

هم در کار نباشد ولی به دلیلی، امکان تمتع بردن زن و شوهر از یکدیگر وجود نداشته باشد. در اینجا هیچ فقیهی ملتزم نمی شود که زن به سبب اینکه در حرج می افتد، مجاز باشد که مثلاً با دیگری ازدواج کند یا بدون عقد مرتکب زنا شود یا محرمات دیگری انجام دهد.

و اصولاً- با این که از حیث حرجی یا ضرری بودن و اطلاق ادله لا حرج و لا ضرر فرقی بین واجبات و محرمات نیست اما فقهاء عظام رضوان الله تعالی علیهم حرج و ضرر را مجوز ارتکاب محرمات نمی دانند. مثلاً به کسی که بر اثر ترک شرب خمر به حرج می افتد اجازه شرب خمر نمی دهند. بنابراین در مثل ما نحن فیه، قاعده لا ضرر و لا حرج جاری نمی شود. اما در مواردی مثل خیار غبن، نفس نقل و انتقال عوضین مستلزم ضرر است، چون متضمن این است که چیز گران تری بدهد و چیز ارزان تری به دست آورد و به لحاظ اینکه خود موضوع، ضرری است، دلیل لا ضرر جاری می شود و مقتضای حکم شارع به عدم لزوم تحمل ضرر این است که فسخ معامله جایز باشد، یعنی در زمینه ای که شخص مغبون به تحمل چنین ضرری راضی نیست شارع حکم به اوفوا بالعقود نمی کند تا او را به ضرر بیندازد.

3) نقد سخن آقای حکیم رحمه الله توسط استاد مد ظله:

فرمایش آقای حکیم رحمه الله از دو جهت قابل بحث است. جهت اول این است که تفصیل ایشان بین ضرر ناشی از غبن در معامله و ضرر در مسئله نکاح ناتمام به نظر می رسد، چون در مثل معامله غبنی هم، نفس نقل و انتقال منشأ ضرر نیست، بلکه احکام و آثار مترتب بر آن منشأ ضرر است، مثلاً اینکه دیگر جایز نیست در مالی که از دستش خارج شده، تصرف کند. اما نفس اعتبار ملکیت بدون ملاحظه احکام ملکیت (البته اگر بتوان چنین چیزی را فرض کرد، چون مرحوم شیخ انصاری مالک شدن و ترتیب احکام ملکیت را قابل انفکاک از یکدیگر نمی داند چون ملکیت را مفهوم انتزاعی می داند که از همان احکام و آثار منتزع می شود)

یعنی اینکه فرض کنیم ملک شخص به دیگری منتقل شده اما احکام ملکیت بار

نشود، (مثلاً شخص بتواند رد آن ملک تصرف کند، همانطور که قبل از معامله تصرف می کرد. و منتقل الیه نتواند در ملک جدید تصرف کند) واضح است که در چنین فرضی هیچ ضرری متوجه شخص مغبون نخواهد بود. بنابراین، فرقی که ایشان بین دو مسئله قائل شده صحیح نیست.

جهت دوم راجع است به نکته ای که در کلام ایشان بود، مبنی بر اینکه ملاک حرجی بودن و جریان ادله لا ضرر و لا حرج در واجبات و محرمات علی السویه است. در این رابطه همانگونه که در مباحث قبلی مطرح شد، به نظر می رسد با دو بیان بتوانیم بین واجبات و محرمات فرق بگذاریم.

فرق اول این است که قوایی چون شهوت و غضب و حبّ جاه و مقام و قدرت و... مقتضای طبیعت بشر است و از سوی دیگر می دانیم که اقتضائات این قوا، عمدتاً در ناحیه ارتکاب محرمات است نه در ناحیه ترک واجبات و به تعبیر دیگر، ارتکاب محرمات عمدتاً ناشی از غلبه شهوت و غضب و مانند آن است اما ترک واجبات از علل دیگری ناشی می گردد. بر این اساس اگر بنا باشد حرج (یعنی مشقتی که معمولاً تحمل نمی شود، نه عجز) مجوّز ارتکاب محرمات باشد، هرج و مرج و اختلال نظام پیش می آید، چون اکثر افرادی که مرتکب قتل نفس، تجاوز به نوامیس، آزار و اذیت دیگران و سایر محرمات می شوند، به این دلیل است که از جهت کنترل غضب و شهوت و... خود در حرج و مشقت می افتند. لذا اگر حرج رافع حرمت باشد معنایش این است که دین اجازه تحقق این مفسد را در عمده موارد داده باشد، در حالی که بالضروره این مطلب باطل است و بعلاوه باعث می شود موارد نزول کتب آسمانی و ارسال رسل لغو باشد چون آنها برای مهار همین شهوت و غضب و جلوگیری از این مفسد آمده اند و این امر مانند قرینه متصله ای است که مانع شمول لا ضرر نسبت به رفع محرمات می گردد.

فرق دوم بین واجبات و محرمات این است که نفس تعبیری که در دلیل حرج وارد شده اقتضا می کند قاعده حرج را مختص به واجبات بدانیم و شامل محرمات نگیریم، چون همان گونه که قبلاً بیان شد، در تعبیری مثل «ما جعلَ عَلَیْكُمْ فِی الدِّینِ مِنْ حَرَجٍ» آنچه جعل می شود فعل است نه حکم، همانطور که در «كُتِبَ عَلَیْكُمْ الصِّيَامُ» و «وضع عن الحائض الصيام» و مانند اینها خود فعل، متعلق جعل و وضع و کتابت است.

فرق دوم بین واجبات و محرمات این است که نفس تعبیری که در دلیل حرج وارد شده اقتضا می کند قاعده حرج را مختص به واجبات بدانیم و شامل محرمات نگیریم، چون همان گونه که قبلاً بیان شد، در تعبیری مثل «ما جعلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» آنچه جعل می شود فعل است نه حکم، همانطور که در «كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ» و «وَضَعُ عَنِ الْحَائِضِ الصِّيَامَ» و مانند اینها خود فعل، متعلق جعل و وضع و کتابت است.

از طرفی متفاهم عرفی از این تعبیر این است که فعل وجودی، جعل یا وضع می شود نه افعال عدمی، یعنی تروک مگر اینکه عدم به لحاظ بعضی اعتبارات، جنبه وجودی به خود بگیرد مثل صوم که به لحاظ نیت، جنبه وجودی پیدا می کند و الا «جعل عليكم العدم» تعبیر غیر متعارفی است. پس این قبیل تعبیر یا ظهور در افعال وجودی دارد یا قدر متیقن از آنها افعال وجودی است. در نتیجه، قاعده لا حرج و لا ضرر اختصاص به واجبات پیدا می کند.

4) نظر استاد مد ظله در مسئله:

با توجه به مطالب گذشته نتیجه می گیریم که در جریان قاعده ضرر و حرج در ما نحن فیه اشکالی وجود ندارد. چون زوجیت بما له من الاحکام ضرری یا حرجی است، شارع اگر بخواهد به هر دو زن بفرماید شما ملزم هستید که این مرد را شوهر خود بدانید و از ازدواج با دیگری محروم باشید، در عین حال نمی توانید از این شوهر استمتاع ببرید این جعل زوجیت ثابته منشأ ضرر است و لذا لا ضرر می گوید در چنین شرایطی مرد موظف است با طلاق دادن زوجیتی را که منشأ ضرر شده بود از بین ببرد. و لکن بحثی که باقی می ماند این است که آیا اگر شارع حکم به رفع ضرر و حرج کرده لازمه اش این است که شوهر ملزم به طلاق باشد. به نظر می رسد همانطور که مرحوم آقای حکیم فرموده است، چنین لازمه ای نداشته باشد، چون ممکن است کسی به مقتضای قاعده لا حرج بگوید زن حق فسخ دارد همانطور که در بحث خیار غبن نتیجه لا ضرر این است که شخص مغبون حق فسخ داشته باشد، لذا چنین نیست که تنها راه دفع حرج از زن این باشد که شوهر حتماً طلاق دهد بلکه می توان از طریق اثبات حق فسخ برای زن جلو ضرر و حرج را گرفت. کما اینکه احتمال قرعه هم در مسئله وجود دارد که باید مورد توجه قرار گیرد و بطور کلی باید

ص:

ملاحظه کرد که ادله، کدام یک از این سه راه را تعیین می کند. (1)

5 اشکال استاد مد ظله به کلام مرحوم آقای خوئی رحمه الله:

اصل این استظهاری که آقای خوئی رحمه الله از عبارت عروه کرده اند و فرموده اند:

مقصود سید رحمه الله تمسک به قاعده لا ضرر است مطلب ناتمامی است، چون خود مرحوم سید برای اثبات الزام شوهر به طلاق به آیه «فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ» تمسک کرده نه به حدیث لا ضرر، یعنی از آنجا که صبر زن بر ازدواج برای او ضرر دارد مصداق امساک به معروف نخواهد بود و در نتیجه شوهر ملزم است طلاق دهد و تسریح به احسان کند. لذا استظهار آقای خوئی رحمه الله وجهی ندارد. البته در جلسه بعد این بحث را دنبال می کنیم که آیا تمسک به این آیه برای اثبات تعیین طلاق در ما نحن فیه صحیح است یا نه؟ همچنین در مورد قاعده قرعه نیز باید بحث داشته باشیم.

«و السلام»

ص: 2958

1- (1) - (توضیح کلام استاد مد ظله): بحثی که استاد مد ظله در این درس درباره جریان لا ضرر و لا حرج مورد توجه قرار می دهند این است که آیا به جهت آن که ادامه زوجیت برای زنها ضرری یا حرجی است می توانیم بگوییم بر مرد لازم است آنها را طلاق بدهد یا خیر؟ بحث دیگری در تطبیق لا ضرر و لا حرج مطرح است و آن این که تا زمانی که شوهر این دو خواهر را طلاق نداده باید از باب علم اجمالی نفقه هر دو را پردازد و در هر حال باید مهریه (یا نصف مهریه) را به هر دو خواهر پردازد آیا با لا ضرر می توانیم بگوییم اداء یک نفقه و یک مهریه کافی است یا خیر؟ این بحثی است که در مباحث جلسات آینده مطرح می شود. ان شاء الله تعالی.

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

در جلسه پیش گفتیم که مرحوم سید در مسئله 43 با عنایت به این که در جایی که علم به بطلان طلاق یکی از دو خواهر داریم طبق قاعده علم اجمالی باید احتیاط کرد و این کار منشأ ضرر برای این دو خواهر می شود، فتوا داده اند که بر مرد لازم است با طلاق دادن این مشکل را حل کند، و مستند ایشان در این زمینه آیه شریفه (فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ) [بقره / 23] می باشد نه قاعده عام لا ضرر.

در این جلسه نخست با اشاره به کلام مرحوم آقای حکیم در تفسیر آیه فوق، با تکیه بر احادیث مفسره مراد از «تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ» را طلاق ثالث خواهیم دانست، در ادامه به بررسی کلام مرحوم آقای خوئی پرداخته که مراد از امساک بمعروف را ازدواج مجدد دانسته و «معروف» را خصوص نفقه گرفته و ناتمامی آنها را به اثبات می رسانیم، در خاتمه اشاره می کنیم که بنا بر هر معنایی که از آیه فوق صورت گیرد با الغاء خصوصیت عرفی می توان حکم مسئله را استفاده کرد و با این راه لزوم طلاق را در جایی که مرد امکان «فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ» نداشته باشد به اثبات می رسانیم.

الف) بررسی کلام مرحوم آقای حکیم «قدس سره» در تفسیر آیه مورد بحث:

1) نقل کلام مرحوم آقای حکیم:

مرحوم آقای حکیم می فرماید: این آیه ارتباطی به مورد بحث ما ندارد، بلکه آیه ناظر به تکلیف مرد پس از طلاق رجعی است که مخیر است که در عده رجوع کند

ص: 2959

(فَامَسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ) یا صبر کند تا زمان عده سپری شود (تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ)، بنابراین مراد از تسریح باحسان طلاق نیست تا بتوان در بحث ما به آن استناد جست.

ایشان سپس پاره ای از روایات را که موثقه ابن فضال هم در میان آنهاست نقل می کنند که در آنها تسریح باحسان به طلاق ثالثه تفسیر شده است ولی سپس می افزایند: این روایات خلاف ظاهر آیه است و کأنه ما باید ظاهر آیه را حفظ کنیم و روایات را کنار بگذاریم.

2) بررسی کلام مرحوم آقای حکیم:

ایشان موثقه ابن فضال و نیز سه روایت عیاشی را نقل کرده و آنها را کنار می گذارد.

اولاً: اگر ظهور آیه فوق را در معنایی که آقای حکیم فرموده اند (1) بپذیریم، این سبب نمی شود که روایات معتبر را طرح کنیم، بلکه به قرینه روایت باید آیه را به معنای خلاف ظاهر تفسیر کنیم.

ثانیاً: روایات منحصر به روایاتی که ایشان نقل کرده نیست، بلکه روایات دیگری هم در این زمینه وجود دارد که برخی از آنها صحیحه می باشد.

ب) نقل روایات مربوط به تسریح به احسان:

اشاره

روایتی مرسل در کتب عامه نقل شده که: روی ان رجلاً سأل النبي «صلى الله عليه وآله» فقال:

الطلاق مرتان فإين الثالثة فاجابه «عليه السلام»: «او تسريح باحسان» (2)

در روایات خاصه هم در کتب مختلف حدیثی «تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ» به طلاق ثالث

ص: 2960

1- (1) (توضیح بیشتر) از ملا-حظه مجموع کلمات مرحوم آقای حکیم استفاده می شود که ایشان مراد از (فَامَسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ) (بقره / 229) را در این آیه با مشابه آن در آیات بعدی (إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِي كُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ) (بقره / 231) یکی دانسته و چون مراد از امساک و تسریح در آیه بعدی، رجوع و عدم رجوع می باشد، پس در این آیه هم همین امر مراد می باشد، پس ربطی به مسئله طلاق ندارد، در بحث از کلام مرحوم آقای خوبی درباره مراد از آیه بعدی و یکسانی معنای دو آیه بحث خواهد شد.

2- (2) تفسیر کشاف، ذیل آیه (در حاشیه به نقل از دارقطنی و ابن ابی شیبه و عبد الرزاق این روایت را نقل کرده است)، احکام القرآن جصاص 1: 471، و نیز در فقه القرآن راوندی 2: 176 این روایت ذکر شده و عبارت بالا از این کتاب برگرفته شده است.

1) صحیحہ ابی بصیر:

أبو علی الأشعری عن محمد بن عبد الجبار و محمد بن جعفر أبو العباس الرزاز عن ایوب بن نوح و علی بن ابراهیم عن أبیه جمیعاً عن صفوان بن یحیی عن ابن مسکان عن محمد بن مسلم عن ابی جعفر «علیه السلام» طلاق السنه... قال وقال أبو بصیر عن ابی عبد الله «علیه السلام» هو قول الله عزّ و جلّ: (الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَأَمَّا سَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ) التّطْلِيقَةُ الثَّلَاثَةُ التَّسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ (1)

2) توضیح روایت:

در سند روایت تحویل رخ داده، کلینی روایت را به سه طریق از صفوان نقل می کند:

- ابو علی الأشعری عن محمد بن عبد الجبار (عن صفوان بن یحیی)

- محمد بن جعفر أبو العباس الرزاز عن ایوب بن نوح (عن صفوان بن یحیی)

- علی بن ابراهیم عن أبیه (عن صفوان بن یحیی)

هر سه سند صحیح است، در مورد ضمیر در «قال» قبل از «قال أبو بصیر» تردیدی برای آگاه به طبقات و اسناد نیست که ضمیر به ابن مسکان بر می گردد، ولی اگر ضمیر به صفوان هم برگردد تفاوتی نمی کند و به هر حال روایت صحیح است (2)

در سند روایت که در تهذیب از کافی نقل می کند «عن ابن ابی نجران» بعد از کلمه جمیعاً افزوده شده که اشتباه است (3)

در مورد متن روایت هم در نسخه هایی از کافی که در دست می باشد، التّطْلِيقَةُ الثَّانِيَةُ به جای «التّطْلِيقَةُ الثَّلَاثَةُ» ذکر شده، اگر این نسخه صحیح باشد، این روایت

ص: 2961

1- (1) کافی 1/64:6، و به نقل از آن در تهذیب 8/25:82

2- (2) توضیح بیشتر) و مراد از أبو بصیر در جایی که قید نشده باشد أبو بصیر یحیی اسدی است حتی اگر راوی ابن مسکان باشد و یحیی اسدی هم از اجلاء ثقات است چنانچه محقق سید مهدی خوانساری این دو مطلب را در رساله ابی بصیر به اثبات رسانیده است.

3- (3) (توضیح بیشتر) همچنین بعد از محمد بن جعفر، یک «واو» افزوده شده که آن هم صحیح نیست، أبو العباس رزاز همان محمد بن جعفر است.

دلیل بر لزوم طلاق در بحث ما نیست، بلکه خلاف آن را ثابت می کند.

لکن ظاهراً این نسخه ها مصحّف است و نسخه صحیح التّطليقه الثالثه است، چنانچه مرحوم شیخ در تهذیب از کلینی نقل کرده است، و از وافی هم استفاده می شود که نسخ کافی در نزد ایشان بوده اختلاف نسخه داشته (1) و در برخی از آنها «التّطليقه الثالثه» وارد شده که همان هم صحیح است.

روایت ابی بصیر در تفسیر عیاشی هم با حذف اول اسناد از ابی بصیر عن ابی عبد الله «علیه السلام» نقل شده که در آن هم آمده: التّسريح هو التّطليقه الثالثه (2)

و نیز: عن ابی بصیر عن ابی جعفر «علیه السلام» قال ان الله يقول: (الطّلاقُ مرّتان، فإمساکُ بمَعْرُوفٍ أَوْ نَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ) و التّسريح باحسان هی التّطليقه الثالثه

(3) موثقه ابن فضال:

بسنند معتبر (3) عن علی بن فضال عن أبيه قال سألت الرضا «علیه السلام»، فقال: ان الله تبارک و تعالی انما اذن فی الطلاق مرّتين، فقال: الطلاق مرّتان، فامساک بمعروف او تسريح باحسان

ص: 2962

1- (1) الوافی 22645/1017:23 «و فی بعض نسخ الکافی: الثانیه - مکان الثالثه - فی آخر الحدیث، و لعلّه سهو من النّسّاح»
2- (2) تفسیر عیاشی 361/116:1، متأسفانه ناسخ تفسیر عیاشی اوائل اسناد این کتاب را اسقاط کرده و تنها این نسخه ناقص بدست ما رسیده، از نسخه مسند تفسیر عیاشی، گاه در کتب حدیثی مطالبی نقل شده که از طریق آن می توان روایات مرسل نسخه موجود را از ارسال خارج کرد، حاکم حسکانی در شواهد التنزیل روایاتی را از تفسیر عیاشی نقل می کند که مسند است و من در حاشیه نسخه خود از تفسیر عیاشی، این موارد را ذکر کرده ام. به هر حال تفسیر عیاشی (با وضع فعلی) برای تأیید (و نه استدلال) خوب است، با مقایسه متن روایات این کتاب به کتب معتبر، اعتبار این متون روشن می گردد، بلکه معمولاً عبارتهای این تفسیر از عبارتهای کتب معتبر حتی از کافی بهتر است، برای اثبات این امر می توان روایات موجود در هر دو کتاب را با هم مقایسه کرد.

3- (3) (توضیح بیشتر) این روایت در فقیه 4764/502:3 به گونه معلق از علی بن حسن بن علی بن فضال نقل شده و طریق مؤلف به وی در مشیخه ذکر نشده لذا این طریق قابل اعتماد نیست، ولی در علل 2/507:2 و عیون 2/37/85 طریق مسند به این روایت ذکر شده است، در سند حدیث، محمد بن ابراهیم بن اسحاق طالقانی واقع است که توثیق صریح ندارد ولی صدوق از وی بسیار روایت می کند و مکرّر بر او ترصدی و ترحم می کند و این مقدار برای اثبات وثاقت وی کافی است، البته در مورد این نسخه که در آن علی بن الحسن بن فضال مستقیماً از پدرش از امام رضا «علیه السلام» نقل می کند، در نجاشی تردیدی در صحت آن دیده می شود که نیاز به دقت بیشتر دارد (رجال نجاشی 676/258).

یعنی فی التطلیقه الثالثه، الحدیث.

این روایت در تهذیب (1) هم وارد شده ولی در سند آن ذبیان بن حکیم اودی قرار گرفته که توثیق ندارد.

(4) روایت سماعه:

در تفسیر عیاشی 1:364/116 به نقل از سماعه آمده، قال سألته... و هو قول الله عز و جل: «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ، فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ قَالَ: التَّسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ التَّطْلِيقُ الثَّلَاثَهُ، در نقل بحار 104:66/155 از تفسیر عیاشی عبارت روایت پس از ذکر آیه چنین است: ان تَسْرِحَ بِالتَّطْلِيقِ الثَّلَاثَهُ. (2) غیر از روایات گذشته، روایت دیگری هم در تفسیر عیاشی وارد شده که از آن هم استفاده می شود که مراد از تسریح باحسان، طلاق است نه ترک رجوع در زمان عدّه:

- عن ابی القاسم الفارسی قال قلت للرضا «علیه السلام»: جعلت فداک ان الله يقول فی کتابه:

: فامساک بمعروف او تسریح باحسان) و ما یعنی بذلک، قال: اما الامساک بالمعروف فكفّ الاذی و احباء (3) النفقه، اما التسریح باحسان فالطلاق علی ما نزل به الکتاب. (4)

خلاصه از نظر روایات ثابت است که مراد از تسریح باحسان طلاق است.

(ج) روایت دیگر در مورد تسریح باحسان:

اشاره

(5)

غیر از روایات گذشته در پاره ای از روایات دیگر نیز به آیه فوق اشاره یا استناد شده است.

مهم ترین روایات در این میان، معتبره عمر بن حنظله است که استاد مد ظلّه در

ص: 2963

1- (1) تهذیب 6:504/213

2- (2) (توضیح بیشتر) غیر از روایات متن، در برخی روایات غیر دیگر هم پس از ذکر آیه، با افزودن کلمه «فی الثالث» به مراد از این قسمت آیه اشاره رفته است. دلایل الامامه: 389 هدایه کبری، خصبی: 422، و به نقل از آن در مستدرک 14:17348/474 و نیز بحار 27:53 و 301:103

3- (3) (توضیح بیشتر) در تفسیر عیاشی و به نقل از آن در بحار این کلمه با جیم نقل شده که ظاهراً اشتباه است. البته احباء هم در لغت ذکر نشده ولی حباء به معنای عطیه می باشد، و علی القاعده احباء باید به معنای اعطاء باشد چنانچه استاد مد ظلّه در درس عبارت روایت را این چنین معنا کردند، لفظ احباء با حاء در وسائل ذکر شده است.

4- (4) تفسیر عیاشی 1:365/117 و به نقل از آن در بحار 104:67/155، وسائل 21:27726/512 باب 1، از ابواب النفقات از کتاب

النكاح، ح 13.

5- (5) قسمت «ج» توسط تنظیم کننده افزوده شده است.

جلسه آینده نقل می کنند، از این روایت استفاده می شود که مراد از امساک بمعروف، نگاهداشتن زن همراه با اداء حقوق زوجیت است، و مراد از تسریح باحسان، طلاق شرعی است و اگر اداء حقوق زوجیت برای زوج مقدور نباشد، طلاق دادن واجب است.

سایر روایات را در ادامه آورده به وضعیت سند آنها بر طبق مبانی استاد مد ظله اشاره می کنیم.

1) صحیحہ عبد الرحمن ابن اعین:

بسنده صحیح عن عبد الرحمن بن اعین قال سمعت ابا عبد الله «عليه السلام» يقول: اذا اراد الرجل ان يتزوج المرأة، فليقل: اقررت بالميثاق الذي اخذ الله امساک بمعروف او تسریح باحسان. (1)

در سند روایت، عبد الرحمن بن اعین واقع است که با عنایت به روایت صفوان بن یحیی از وی (2) (بر طبق مبنای استاد مد ظله در مورد وثاقت و صحّت مذهب مشایخ صفوان)، روایت صحیحہ می باشد.

این روایت در تفسیر عیاشی، مرسلأ از عبد الرحمن قال سمعت ابا جعفر «عليه السلام» نقل شده است. (3)

در تبیان در ذیل آیه 21 از سوره نساء (وَ أَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا)، تفاسیر مختلفی درباره این آیه ذکر شده از جمله نام جماعتی از مفسران را آورده سپس می گوید: و هو المروى عن ابي جعفر «عليه السلام» انه قوله (فَامْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ) (4)

در تفسیر قمی 1:134 هم می خوانیم: الميثاق الغليظ الذي اشترط الله للنساء على الرجال (فَامْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ).

2) روایت خطبه نکاح امام باقر «عليه السلام»:

ص:2964

1- (1) کافی 5/501:5

2- (2) تهذیب 5/100/33، 173/582

3- (3) تفسیر عیاشی 1/360/115

4- (4) و به تبع آن در مجمع البیان در ذیل آیه و فقه القرآن راوندی 2:186

به نقل جعفریات(1) در خطبه نکاحی از امام باقر «علیه السلام» این عبارت آمده: انّ فلان بن فلان قد ذکر فلانه بنت فلان، فزوّجوه علی ما امر الله به من امساک بمعروف او تسریح باحسان
آمده است:

(3) روایت خطبه نکاح امام جواد «علیه السلام»:

در فقیه(2) آمده است: لَمَّا تزوج أبو جعفر محمد بن علی الرضا «علیه السلام» ابنه المأمون خطب لنفسه فقال: الحمد لله... و هذا امیر المؤمنین زوّجنی ابنته علی ما فرض الله عزّ و جلّ للمسلمات علی المؤمنین(3) من امساک بمعروف او تسریح باحسان.

این نقل مرسل است(4)، ولی نقل مسند این روایت در اثبات الوصیه منسوب به علی بن حسین مسعودی (صاحب مروج الذهب) نقل شده با این مسند: علی بن ابراهیم بن هاشم، عن أبيه عن الرّیّان بن شیبّ خال المأمون قال لَمَّا اراد المأمون ان یزوّج أبا جعفر «علیه السلام»... (5)

افراد این سند همگی ثقه هستند، ولی درباره مؤلف کتاب و صحت نسبت آن به صاحب مروج الذهب و میزان اعتبار آن، بحثها بسیار است.

در دلائل الامامه: 392 هم این خطبه نقل شده که ظاهراً بی سند است.(6)

(4) روایت خطبه نکاح امام صادق «علیه السلام»:

ص: 2965

1- (1) جعفریات: 92

2- (2) فقیه 3: 4399/398

3- (3) در نقل اثبات الوصیه و دلائل الامامه به جای المؤمنین: المسلمین وارد شده که ظاهراً صحیح می باشد.

4- (4) نقل مرسل روایت در مکارم الاخلاق 1: 1540/448، به نقل از آن در بحار 103: 3/264

5- (5) اثبات الوصیه، طبعه مؤسسه انصاریان، ص 224

6- (6) در بحار 103: 22/271 این روایت با این سند نقل شده: عن ابی المفضّل عن بدر بن عمّار الطبرستانی عن الصدوق عن محمد المحمودی عن أبيه قال حضرت مجلس ابی جعفر... درباره این سند گفتنی است، اولاً از عبارت دلائل الامامه چندان روشن نیست که این سند مربوط به روایت خطبه حضرت باشد، ثانیاً در دلائل الامامه، به جای الصدوق، أبو جعفر محمد بن علی ذکر شده که مراد، شلمغانی است نه صدوق (ر. ک. دلائل الامامه)

روی عن الصادق «علیه السلام» انه حضر و عمومه و مشایخ آل ابی طالب حضروهم یریدون ان یزوّجوا مولی لهم قال فجلس «علیه السلام» و قال: المحمود الله... و قد زوّجناه علی ما امر الله به (فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِیحُ بِإِحْسَانٍ) (1)

5) صحیحہ ابی مریم:

بسند صحیح عن ابی مریم عن ابی جعفر «علیه السلام» قال: المؤلی یوقف بعد الاربعه الا شهر، فان شاء امساک بمعروف او تسریح باحسان، فان عزم الطلاق فهی واحده و هو املک برجعتها (2)

در سند روایت معلی بن محمد واقع است، که به نظر استاد مد ظلّه امامی ثقّه است.

6) عبارت تفسیر منسوب به علی بن ابراهیم قمی:

در این تفسیر درباره «أَوْ تَسْرِیحُ بِإِحْسَانٍ» گوید: قال فی الثالثه و هو طلاق السنه

گویا مراد از این عبارت این است که تسریح به معنای طلاق است و تسریح باحسان به معنای طلاق السنه است، در مقابل طلاق البدعه، و گویا عبارت «علی ما نزل به الكتاب» در مرسله ابی القاسم فارسی هم اشاره به همین امر است که طلاق باید طلاق السنه باشد.

د) اشاره به کلمات مفسران در تفسیر آیه مورد بحث:

1) نظرهای مفسران در تفسیر آیه:

مفسران مراد از «الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ» را طلاق رجعی دانسته اند که تنها دو بار می باشد، بر خلاف نظر اهل جاهلیت که در تعداد طلاق محدودیتی قائل نبوده، حتی مرد می توانسته هزار بار هم طلاق دهد، لذا در جاهلیت گاه مردها برای آزار زن او را طلاق می دادند و در اواخر عده رجوع می کردند، دوباره طلاق می دادند و باز در اواخر عده رجوع می کردند، قهراً این زن نه زوجه این شخص به حساب می آمد و نه می توانست شوهر دیگر داشته باشد، آیه «وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا [بقره/ 231]

ص: 2966

1- (1) رساله فی المهر از شیخ مفید: 29

2- (2) کافی 8/132:6 و به نقل از آن در تهذیب 8/5:8، وسائل 28767/351:22، باب 10، از ابواب کتاب الایلاء و الکفارات، ح 2

ناظر به همین معناست که اگر زن را نمی خواهید او را رها کنید تا بتواند ازدواج کند.

مفسران در مراد از «تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ» اختلاف کرده اند، ابن عباس همچون روایات اهل بیت «علیهم السلام» آن را به تطلیقه ثالثه تفسیر کرده است ولی برخی از مفسران دیگر آن را به معنای عدم رجوع مرد تا انقضاء عده دانسته اند.

در مورد قید «بِإِحْسَانٍ» در آیه گفتنی است که این عبارت تأکید بر این معناست که مرد نباید آن قدر زن را آزار دهد که مجبور شود برای خلاص شدن خود از مهریه و هر چه دارد بگذرد و از مرد در خواست طلاق کند، بلکه تسریح باید همراه با احسان باشد، ادله آیه نیز به این معنا اشاره دارد: وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ...

2) تذکر نکته ای درباره تفسیر تبیان:

در تفسیر تبیان شیخ طوسی، در ادامه قول دوم درباره تفسیر تسریح باحسان که آن را به معنای عدم رجوع مرد تا انقضاء عده می داند، این تفسیر را مروی از ابی جعفر و ابی عبد الله «علیهما السلام» دانسته است⁽¹⁾ با این که هیچ روایتی در این زمینه ذکر نشده و روایت چندی قول اول (تفسیر تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ به طلاق ثالث) را به آن دو امام «علیه السلام» نسبت می دهد.

البته این گونه اشتباهات از شخصیت پرکاری همچون شیخ طوسی که مسئولیت بسیار بر دوش می کشیده و در علوم مختلف کار می کرده و چه بسا وظیفه صد نفر را به تنهایی انجام می داده، کاملاً طبیعی است که در اثر اتکاء به حافظه و عدم مراجعه به اصل کتب حدیثی رخ می دهد.

3) نگاهی به آیات تسریح در قرآن و مفاد تسریح در آنها:

تسریح در لغت به معنای آزاد ساختن و رها کردن می باشد، مفاد این کلمه در جملات با توجه به مفعول جمله تغییر می کند، اگر تسریح به زن شوهردار تعلق گیرد

ص: 2967

1- (1) در مجمع البیان و نیز در فقه القرآن راوندی 2: 174 هم این مطلب آمده که به تبع تبیان است.

مفاد آن طلاق دادن می باشد و اگر در مورد زن معتده این کلمه بکار برده شود به معنای عدم رجوع تا انقضای عده و اگر پس از پایان عده در زمانی که هنوز زن در خانه شوهر است، یا در جایی که زن عده ندارد و طلاق داده شود و هنوز زن در خانه شوهر باشد واژه تسریح بکار رود مفاد آن آزاد ساختن تکوینی و اجازه دادن به زن برای رفتن از منزل می باشد.

با عنایت به این نکته، تسریح در آیات قرآنی مفاد مختلفی دارد، در آیه شریفه احزاب/ 28؛ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُمْ تُرِيدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا، فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعَنَّ وَأَسْرَحَنَّ سَرَّاحًا جَمِيلًا) چون مفعول تسریح، ازواج النبی می باشد، تسریح به معنای طلاق دادن می باشد.

در آیه بقره/ 231 [پس از آیه مورد بحث]، إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ، فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ، و نیز در آیه طلاق 1 و 2؛ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ... فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ، چون فرض مطلقه بودن زن شده قهراً مراد از تسریح و مفارقه، طلاق نیست، بلکه با توجه به بحثی که استاد مد ظله مطرح می کنند که آیا مراد از «فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ» پایان یافتن عده است یا نزدیک پایان عده شدن؟ معنای دوم یا سوم تسریح در این دو آیه مراد خواهد بود.

در آیه شریفه احزاب/ 49، إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ، ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا، فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَّاحًا جَمِيلًا) ظاهراً مرجع ضمیر «هن»: المؤمنات المطلقات قبل المسس می باشد، لذا نمی تواند مراد از تسریح طلاق باشد، بلکه ظاهراً مراد تسریح تکوینی و آزادسازی خارجی می باشد.

در آیه مورد بحث هم نکته اصلی در فهم مفاد «تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ» آن است که متعلق این عبارت روشن گردد، در این زمینه در حاشیه بررسی کلام مرحوم آقای خوئی دوباره بحث خواهیم کرد.

4) کلام مرحوم آقای خوئی درباره آیه 232 بقره:

با فاصله یک آیه پس از آیه مورد بحث، این آیه قرار دارد: (وَ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ [بقره/ 232]، مفسرین مراد از «فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ» را اشراف به اجل دانسته اند، به عنوان تنظیر این عبارت را ذکر می کنیم که در محاورات عرفی در مورد کسی که هنوز نمرده ولی مرگش نزدیک است می گویند:

با فاصله یک آیه پس از آیه مورد بحث، این آیه قرار دارد: (وَ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ [بقره/ 232]، مفسرین مراد از «فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ» را اشراف به اجل دانسته اند، به عنوان تنظیر این عبارت را ذکر می کنیم که در محاورات عرفی در مورد کسی که هنوز نمرده ولی مرگش نزدیک است می گویند:

مرگش فرارسیده است یا اجلش رسیده است، مفسرین «فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ» را هم به همین معنا گرفته اند و گفته اند که این آیه ناظر به نهی از رسم جاهلی است که برای آزار زن در اواخر زمان عده رجوع می کرده اند، مرحوم آقای خوبی می فرماید که مراد از بلوغ اجل، تمام شدن اجل می باشد، بنابراین زنان از عده خارج شده اند، لذا مراد از «فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ» این است که با ازدواج مجدد، زن را به حباله زوجیت خود درآورد، در مقابل «سَرَّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ» که زن را رها می کند تا با هر کس که خواست ازدواج کند.

5) بررسی کلام مرحوم آقای خوبی «قدس سرّه»:

در این معنایی که مرحوم آقای خوبی مطرح ساخته اند این اشکال وجود دارد که تفسیر امساک به ازدواج مجدد صحیح به نظر نمی آید، چون در مورد کسی که در حباله زوجیت باشد یا در حال عده باشد و هنوز یک نحوه علقه ای بین آن دو برقرار باشد می توان امر به امساک کرد یعنی زنی را که در اختیار توست نگاه دار، ولی در مورد زنی که از حباله نکاح خارج شده و در اختیار مرد نیست نمی توان گفت:

امسکها، یعنی با وی ازدواج مجدد کن، مگر به نحو تعلیق گفته شود: ان عقدت علیها فامسکها، که این گونه تعلیق در آیه شریفه خلاف ظاهر است، بلکه ظاهر آیه دستور بالفعل به امساک است. (1)

ص:

1- (1) (توضیح بیشتر) ان قلت: اگر مراد از «فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ» اواخر عده باشد، باید رجوع تنها در اواخر عده جایز باشد، لا اقل در غیر از اواخر عده به نحو سالبه جزئیة رجوع جایز نباشد وگرنه این قید لغو می گردد. قلت: آوردن این قید، می توان اشاره به رسم جاهلی باشد که به جهت ایذاء زوجه در اواخر عده رجوع می کردند، آیه فوق در مقام ردّ این رسم می فرماید که رجوع باید «بِمَعْرُوفٍ» باشد نه ضاراً، بنابراین ذکر این قید حتی اگر به مفهوم فی الجملة قائل نشویم لغو نیست. از سوی دیگر شاید نظیر همین اشکال را در تفسیر مرحوم آقای خوبی هم بتوان طرح کرد (فتأمل).

ولی در پاسخ این اشکال برخی آورده اند که در آیات و روایات تصریح شده که در زمان عده مرد نمی تواند زن را از خانه خود بیرون کند و زن هم از خانه شوهر بیرون نرود، لذا زن در زمان عده در خانه شوهر می مانده است، در این صورت می توان در هنگام پایان گرفتن عده به شوهر خطاب کرد که یا زن را در خانه باقی بدار بدین گونه که با وی ازدواج مجدد کن یا این که زن را رها کن تا از خانه تو برود و هر کار می خواهد انجام دهد.

ان قلت: ظاهر آیه این است که مرد به طور مطلق مخیر بین امساک و تسریح می باشد و انتخاب یکی از این دو در دست مرد است، ولی در هنگام ازدواج مجدد، اختیار آن بر دست مرد نیست، بلکه باید رضایت زن هم در این زمینه جلب شود.

قلت: مرد در این آیه مخیر بین امساک بمعروف و تسریح باحسان می باشد، قید «بِمَعْرُوفٍ» می رساند که مرد در هر نوع امساک مختار نیست، بلکه باید امساک به «معروف» باشد، یکی از جهاتی که در معروف بودن امساک به معنای ازدواج مجدد می تواند دخالت داشته باشد، رعایت شرایط صحت نکاح از جمله رضایت زوجه است و اگر مرد نتواند رضایت زوجه را جلب کند قهراً امساک بمعروف مقدور وی نبوده، تسریح باحسان تعیین می یابد.

بنابراین اشکال فوق بر تفسیر مرحوم آقای خوئی وارد نیست، با توجه به استطرادی بودن این بحث و عدم تأثیر آن در حکم مسئله به همین مقدار از بحث اکتفا می کنیم. (1)

ه) بررسی کلام مرحوم آقای خوئی در استدلال به آیه فوق:

اشاره

ص: 2970

1- (1) (توضیح بیشتر) مرحوم آقای خوئی در این بحث به ذکر آیاتی که در آن «فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ» بکار رفته پرداخته که مراد از آن پایان گرفتن ایام عده است، ولی مجرد این استعمال، دلیل بر این نیست که این جمله در جای دیگر نمی تواند به معنای مجازی نزدیک با پایان عده شدن بکار رود البته تنها کاربرد این جمله درست در آیه بعد از این در معنای حقیقی خود (إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ) تفسیر مجازی آن را با دشواری مواجه می سازد چون تفکیک بین معنای دو جمله در کنار هم، بعید می نماید. [بقره/ 233]

1) کلام مرحوم آقای خویی:

مرحوم آقای خویی با عنایت به معنایی که برای آیه بعد از آیه مورد بحث ارائه کرده اند، درباره آیه (الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ) فرموده اند: ظاهر این آیه این است که فاء در آن برای تقریر است، یعنی بعد از دو بار طلاق دادن، مرد مخیر است که «فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ» کند یعنی دوباره با زن ازدواج کرده و بدون قصد اضرار او را به همسری خود درآورد، یا وی را طلاق ثالث داده، چنانچه موثقه حسن بن فضال بر آن دلالت دارد.

بنابراین، آیه ربطی به محل کلام ما ندارد چون دلالت ندارد که اگر مرد نمی تواند به جهت محذور شرعی استمتاع جنسی زن را تأمین کند باید او را طلاق دهد.

2) بررسی کلام مرحوم آقای خویی و اشاره به معنای ظاهری آیه مورد بحث:

در کلام مرحوم آقای خویی فرض شده که معنای امساک بمعروف و تسریح باحسان در این دو آیه الزاماً باید یکی باشد، در حالی که چنین ملازمه ای صحیح نیست، امساک به معنای نگاه داشتن و تسریح به معنای رها ساختن می باشد و معنای آن به تناسب مفعول می تواند مختلف باشد اگر در موارد زن معتده یا زنی که از عده بیرون آمده، امساک و تسریح به معنایی بکار رود، الزاماً در مورد زن شوهردار نباید به همان معنا بکار رود.

در توضیح بیشتر این بحث نگاهی مجدد می اندازیم به آیه «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ»، آنچه ما از این آیه می فهمیم این است که موضوع آیه زن شوهردار است که دو بار می تواند طلاق رجعی داده شود و طلاق سوم آن باین بوده و نیاز به محلل دارد، پس از دو بار طلاق رجعی، مرد در مورد زن شوهردار خود مخیر است که او را امساک بمعروف کند یعنی او را با رعایت حقوق لازم نگاه دارد و طلاق ندهد یا او را تسریح باحسان کند، یعنی با طلاق شرعی سوم آزاد سازد، روایات معتبر گذشته نیز دقیقاً با همین

معنای ظاهری سازگار است و تسریح باحسان را به طلاق سوم معنا کرده است. (1)

بنابراین اشکال نخست مرحوم آقای خوئی در تفسیر آیه فوق ناتمام است.

(3) اشکال دوم مرحوم آقای خوئی به استدلال به آیه فوق:

مرحوم آقای خوئی علاوه بر اشکال فوق اشکال دیگری را مطرح می کنند که مراد از «معروف» خصوص نفقه است نه مطلق حقوق زوجیت و لذا آیه به محل بحث ما مربوط نیست

توضیح این کلام این است که هر چند به عقیده ایشان مراد از «تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ»، بر خلاف نظر مرحوم آقای حکیم، طلاق ثالث است، ولی باید مراد از معروف روشن شود که آیا معنای اعمی است و استمتاع و حق مواقعه و مضاجعه را هم در بر می گیرد، یا آن که مراد خصوص نفقه است؟ اگر مراد از آیه را خصوص نفقه بدانیم این آیه دلیل بر لزوم طلاق در محل بحث ما نخواهد بود، چون در محل بحث ما فرض این است که مرد نفقه را می پردازد یا به این صورت که نفقه را تملیک زوجه واقعی خود (به همین عنوان اجمالی) می سازد، یا این که از باب احتیاط به هر دو

ص: 2972

1- (1) (توضیح بیشتر) مرحوم آقای خوئی مفاد این روایات را پذیرفته اند ولی با این حال امساک بمعروف را به ازدواج مجدد، حمل کرده اند، به قرینه آیه بعدی، مرحوم آقای حکیم قرینیت آیه بعد را پذیرفته اند و لذا با توجه به ظهور آیه، گویا روایات معتبر را کنار گذاشته اند، لذا هر دو قطعه امساک و تسریح باحسان را در هر دو آیه به یک معنا گرفته اند. یک نقطه مشترک بین هر دو استدلال وجود دارد و آن پذیرفتن قرینیت آیه بعدی برای این آیه می باشد البته مرحوم آقای حکیم «فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ» را در آیه بعد به معنایی گرفته اند و آقای خوئی به معنای دیگر، به نظر ما اصل این امر مشترک صحیح نیست حال اگر از این نقطه نظر صرف نظر کنیم به نظر می رسد که تفسیر آقای خوئی صحیح نباشد، اگر ما مراد از امساک بمعروف را ازدواج مجدد بگیریم، موضوع آیه را زن بدون شوهر باید دانست، ولی اگر مراد از «تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ» تطلیقه ثالثه باشد، قهراً موضوع آیه زن شوهردار می باشد، لذا تخییر آیه شریفه نمی تواند در یک مورد واحد باشد. خلاصه پذیرفتن مضمون روایات از یک سو و تن دادن به تفسیر مشابه برای امساک بمعروف در دو آیه فوق از سوی دیگر، به تهافت در تفسیر آیه می انجامد، بنابراین با پذیرش مضمون روایات معتبر باید مراد از این قطعه را در دو آیه مختلف دانست هر چند مخالف ظاهر بدوی باشد. البته ما اصل ظهور دو آیه را در وحدت مفاد انکار ورزیدیم، لذا پذیرش روایات معتبر مفسره بسیار آسان می نماید.

خواهر که یکی از آنها زوجه واقعی اوست نفقه می دهد، بنابراین از ناحیه نفقه مشکلی نیست، بلکه مشکل در عدم امکان استیفاء سایر حقوق زوجیت است پس اگر آیه فقط مربوط به نفقه باشد نمی توان در بحث ما بدان تمسک کرد.

مرحوم آقای خوئی در اثبات اختصاص «معروف» در آیه به خصوص نفقه دو روایت زیر را نقل می کنند.

روایت اول: عن ابی الصّباح الکنانی عن ابی عبد الله «علیه السلام»: فی امرأه غاب عنها زوجها اربع سنین ولم ینفق علیها ولم تدر أحوالها میت؟ أ یجبر ولیّه علی ان یطلقها؟ قال نعم. و ان لم یک له ولی یطلقها السلطان، قلت: فان قال الولی: انا انفق علیها قال: فلا یجبر علی طلاقها قال قلت رأیت ان قالت: انا ارید مثل ما ترید النساء ولا أصبر ولا اقعدها کما انا، قال: لیس لها ذلک ولا کرامه اذا انفق علیها

ایشان این روایت را به جهت وقوع محمد بن الفضیل در سند آن تضعیف می کند ولی ما چون محمد بن الفضیل را ثقه می دانیم روایت را صحیحه می دانیم.

روایت دوم: صحیححه الحلّبی عن ابی عبد الله (7): أنّه سئل عن المفقود فقال: المفقود اذا مضی له اربع سنین، بعث الوالی او یکتب الی الناحیه الّتی هو غایب فیها فان لم یوجد له اثر امر الوالی ولیه ان ینفق علیها، فما انفق علیها فهی امرأته، قال: قلت: فانها تقول: فانی ارید ما ترید النساء، قال لیس ذلک لها ولا کرامه، فان لم ینفق علیها ولیه او وکیلها امره ان یطلقها فکان علیها طلاقاً واجباً

بنابراین از این دو روایت استفاده می شود که تا نفقه زن داده می شود طلاق داده نمی شود

4) بررسی اشکال دوم مرحوم آقای خوئی:

ولی این اشکال ایشان هم وارد نیست زیرا:

اولاً: در این دو روایت صحبت از طلاق دادن توسط ولی یا وکیل می باشد، اگر ولایت یا وکالت در مورد خاصی باشد، دلیل بر این نیست که در مورد خود زوج هم طلاق در کار نیست.

ثانیاً: اگر فرض کنیم که وظیفه ولی یا وکیل، با وظیفه خود شخص یکسان است، و اگر در جایی ولی یا وکیل او وظیفه طلاق نداشت ایناً کشف می کنیم که خود شخص هم وظیفه طلاق ندارد، ولی باید دید که آیا محل بحث ما با مورد این دو روایت یکسان است یا خیر؟

مورد این دو روایت با محل بحث ما از دو جهت فرق دارد جهت اول این که در محل بحث ما، مشکل تا وقتی که زن در حباله نکاح است لا-ینحلّ است، ولی در مورد دو روایت ممکن است پس از چهار سال شوهر غایب بازگردد پس مورد بحث را که مشکل در آن محدود نیست نمی توان به مورد روایت که مشکل آن محدود است قیاس کرد.

جهت دوم: در محل بحث ما نگاه داشتن زن تنها جنبه اضرار و ایذاء دارد و مرد با این که نمی تواند از زن بهره مند شود، باز متحمل نفقه شده و لجبازی می کند و زن را طلاق نمی دهد، ولی در مسئله طلاق غایب، مسئله تراحم ملاکات در کار است، از یک طرف حق زن در کار است و از طرف دیگر حق شوهر غایب، بنابراین اگر شارع در این مسئله رعایت جانب غایب را که اکنون دستش کوتاه است و ممکن است برگردد نموده باشد و اجازه طلاق نداده باشد، دلیلی بر این نیست که در محل بحث ما هم که هیچ تراحم ملاکی در کار نیست مرد مجاز باشد زن را نگاه دارد و طلاق ندهد.

و به عبارت دیگر مراد از «معروف» چیزی است که شارع مقدس آن را معروف به شمار آورده باشد، در مسئله طلاق غایب، شارع تنها اتفاق را معروف دانسته ولی در سایر موارد تمام حقوق زوجیت مصداق معروف می باشد به خصوص مسئله استمتاع که اهم اهداف ازدواج است (1) پس قیاس مقام به طلاق غایب قیاس مع الفارق است.

ص: 2974

1- (1) (توضیح بیشتر) مسئله بچه دار شدن هم که از اهداف اصلی ازدواج است به تبع مسئله استمتاع حاصل می گردد.

ما در تفسیر آیه هر معنایی بکنیم خواه امساک بمعروف را به معنای رجوع بگیریم یا آن را به معنای ازدواج مجدد بدانیم و خواه تسریح باحسان را به معنای عدم رجوع در ایام عده بدانیم یا آن را به تبع روایات به طلاق ثالث معنا کنیم، به هر حال می توان با الغاء خصوصیت عرفی حکم مسئله را استفاده کرد، چون اگر مثلاً گفتیم که مراد از «امساک بمعروف» این است که نباید رجوع از روی ضرر باشد و مرد حق ندارد با رجوع خود زن را در فشار قرار دهد، متفاهم عرفی از این حکم این است که عده خصوصیت ندارد، در غیر عده هم مرد حق امساک اضراری ندارد، این گونه نیست که انسان در رجوع در عده حق اضرار نداشته باشد اما اگر با زنی ازدواج کرد و عده ای در کار نبود حق داشته باشد او را امساک اضراری کرده و بدون تأمین حقوق او، او را نگاه دارد، بلکه متفاهم عرفی این است که چون ضرر زدن و ظلم کردن جایز نیست، و رجوع ضراری مصداق ظلم است، لذا رجوع اضراری جایز نیست پس در اینجا رجوع خصوصیتی ندارد، بلکه شارع از هر نوع امساک که تضييع حقوق زن را به دنبال داشته باشد چه در حال عده چه در حال زوجیت جلوگیری کرده است. (1)

بنابراین اگر در مسئله ما با قرعه نتوان زوجه واقعی را معین ساخت، از آیه شریفه استفاده می گردد که اگر زن حاضر به باقی ماندن در زوجیت شوهر نباشد، بر وی لازم است که او را طلاق دهد

البته مسئله کیفیت پرداخت مهریه، مسئله دیگری است که جداگانه بررسی خواهد شد. ان شاء الله. («* و السلام*»)

ص: 2975

1- (1) (توضیح بیشتر) با این بیان می توان بین روایات گذشته که برخی از آن تسریح باحسان را خصوص طلاق ثالث و برخی دیگر مطلق طلاق دانسته و «امساک بمعروف» را در تمام زوجیتها مطرح ساخته جمع نمود، با این بیان که مدلول استعمال آیه خصوص طلاق ثالث است ولی ملاک و مناط آیه که عرفاً از این استعمال هم فهمیده می شود اعم بوده و هر نوع زوجیتی را شامل می گردد خواه مسبوق به طلاق باشد یا نباشد.

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

در ادامه بحث جلسه قبل دربارهٔ وظیفهٔ شوهر در جایی که علم به بطلان ازدواج یکی از دو خواهر دارد، با تمسک به روایت معتبر عمر بن حنظله لزوم طلاق شوهر را نتیجه می‌گیریم، بررسی جریان ادله قرعه در مقام پرداخته، کلمات مرحوم امام درباره ادله قرعه را نقل می‌کنیم که قرعه را به عنوان یک قاعده عقلایی به مناط اصلی از اصول عملیه در موارد تراحم حقوق می‌پذیرند، ولی در بررسی آن خواهیم گفت که اولاً: دلیلی بر قرعه در تمام موارد تراحم حقوق در کار نیست بلکه تنها در مورد انحصار امر به قرعه به آن مراجعه می‌شود. لذا قرعه بر قاعده تنصیف یا احتیاط مقدم نیست

ثانیاً: ادله عامه قرعه ناظر به قاعده عقلایی قرعه نیست بلکه قرعه به شرط تقویض امر به خدا و برای کشف واقع مجهول، در روایات مطرح می‌باشند در پایان بحث اشاره خواهیم کرد که قاعده تعبدی قرعه هم در تمام شبهات حکمیّه یا موضوعیه برای کشف واقع جریان ندارد، بلکه تنها در موارد حقوق ناس، برای کشف صاحب حق مجهول می‌توان با تقویض امر به خدا مشکل را حل کرد. لذا در بحث ما که تنها حق الناس مطرح نیست نمی‌توان به ادله قرعه استناد ورزید.

برای اثبات لزوم طلاق و روشن ساختن درستی برداشت سیّد در تمسک به آیه (فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ) به روایتی که در فقیه نقل شده است هم می توان تمسک کرد

1) متن روایت عمر بن حنظله:

روی عن داود بن الحصین عن عمر بن حنظله عن ابی عبد الله «علیه السلام» قال: «سألته عن رجل: قال لآخر: اخطب لی فلانه فما فعلت» شیئاً مما قولت من صداق او ضمانت من شیء او شرطت فذلک لی رضی و هو لازم لی، و لم یشهد علی» «ذلک، فذهب فخطب له و بذل عنه الصداق و غیر ذلک ممّا طالبوه و سألوه، فلَمَّا رجع أنکر ذلک کلّه»، «قال: یغرم لها نصف الصداق عنه و ذلک آتّه هو الذی ضیّع حقّها، فلَمَّا لم یشهد لها علیه بذلک الذی» قال له، حلّ لها ان تتزوَّج، و لا تحلّ للاول فیما بینه و بین الله عزّ و جلّ الا ان یطلقها لانّ الله تعالی یقول «فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ» فان لم یفعل فانه مأثوم فیما بینه و بین الله عزّ و جلّ» و كان الحکم الظاهر حکم الاسلام و قد اباح الله عزّ و جلّ لها ان تتزوج

2) توضیح سند و متن روایت:

این روایت از جهت سند به نظر ما معتبر است. (1)

ص: 2977

1- (1) (توضیح بیشتر) در سند این روایت سه جهت قابل بحث است، جهت اول: اثبات وثاقت عمر بن حنظله، برای اثبات وثاقت وی می توان به کثرت روایت اجلاء، و نیز به روایت صفوان بن یحیی از وی که مشایخش به نظر استاد (مد ظله) همگی امامی ثقه می باشند تمسک نمود، روایت صفوان از عمر بن حنظله در فقیه 3: 4596/461 و تهذیب 2: 63/22 (این سند نیازمند به بحث است استبصار 1: 898/250 و کافی 3: 4/276 و نیز ر. ک تهذیب 2: 977/246) وارد شده است. البته در کمال الدین: 7/650 روایت ابن ابی عمیر از عمر بن حنظله هم وارد شده ولی با عنایت به این که همین روایت در غیبه نعمانی: 9/252 و دلایل الامامه به توسط ابی ایوب خراز ما بین ابن ابی عمیر و عمر بن حنظله نقل شده، روایت مستقیم ابن ابی عمیر از عمر بن حنظله ثابت نیست. جهت دوم: سند فقیه با صیغه مجهول «روی عن» آغاز شده و شمول مشیخه فقیه نسبت به این گونه روایات مورد بحث است، ولی در جای خود ثابت کرده ایم که مشیخه فقیه تمام تعابیر مختلف آغاز اسناد فقیه را در بر می گیرد. جهت سوم: در طریقه فقیه در مشیخه (ص 466) حکم بن مسکین واقع است که توثیق صریح ندارد، ولی کثرت

در مورد متن روایت هم با توجه به این که توکیل مرد برای تزویج زن ثابت نشده و هیچ شهادی هم بر این توکیل گرفته نشده، و مرد هم آن را انکار می کند، لذا زن با عنایت به اصله عدم الزوجیه می تواند ازدواج کند، ولی مرد که واقعاً وکالت داده موظف است زن را طلاق دهد.

استدلال به این روایت اگر صرفاً به موظف بودن مرد به طلاق صورت می گرفت، برای بحث ما سودمند نبود، چون موظف بودن مرد به طلاق را این گونه می توان توجیه کرد که وقتی زن با عنایت به حکم ظاهری به ازدواج مرد دیگر در می آید، در واقع زن شوهرداری است که از روی شبهه با وی نزدیکی می گردد و این امر هر چند عقابی برای زن و شوهر جدید به همراه ندارد ولی به هر حال وجود واقعی این عمل مبعوض شارع می باشد و کسی که می تواند باید از تحقق آن جلوگیری کند، همچون قتل نفس محترمه که اگر قاتل در انجام قتل هم معذور باشد، دیگران باید از تحقق آن جلوگیری کنند، به ویژه در مسئله ما که انجام عمل خلاف واقعی از سوی زن مستند به انکار ناروای شوهر واقعی صورت گرفته، بی تردید شوهر واقعی موظف به جلوگیری از این کار می باشد و اگر در مورد سایر افراد هم قائل به عدم وجوب جلوگیری باشیم در مورد شوهر نمی توان چنین امری را قائل شد.

(3) تقریب صحیح برای استدلال به روایت فوق:

دو نکته در این روایت وجود دارد که این روایت را با بحث ما مرتبط می سازد.

اولاً: معلوم نیست که وجوب طلاق بر مرد تنها در صورتی باشد که زن شوهر اختیار کرده و یا در معرض شوهر کردن باشد، بلکه اطلاق روایت جایی را که زن قطعاً شوهر نمی کند شامل می شود و استدلال فوق الزام شوهر را به طلاق در این

نکته دوم: در این روایت بر لزوم طلاق به آیه شریفه (فَإِذَا سَأَلَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ) استدلال شده، معلوم می شود که از این آیه استفاده می شود که اگر مرد امساک به معروف نکرد، باید تسریح به احسان نموده و زن را طلاق دهد.

بنابراین، در مسئله مورد بحث ما هم که شوهر به جهت علم اجمالی نمی تواند همسر واقعی خود را امساک به معروف کند، باید او را طلاق دهد.

البته لزوم طلاق در این مسئله مبتنی بر این است که ادله قرعه این مورد را شامل نشود، و الاً با تعیین زوجة حقیقی به وسیله قرعه، تمام آثار زوجیت بار شده و دیگر امکان امساک به معروف در کار خواهد بود.

4) جریان قاعده قرعه در مقام:

در بحث ما که زوجة واقعی مرد بین دو خواهر می باشد، ممکن است کسی با تمسک به عمومات و اطلاقات قرعه قائل به این شود که قرعه سبب تعیین زوجة می گردد، و هر کس که قرعه به نام او در آمد زوجة بشمار آمده و نزدیکی با وی جایز بوده و مهر را مالک شده و سایر احکام زوجیت را دارا می باشد.

ولی در اینجا گاه قرعه را برای ترتیب آثاری چون جواز وطی مستند قرار می دهیم و گاه برای تعیین مالک مهر بدان تمسک می کنیم.

در مورد بحث باید دانست که ادله قرعه چنانچه مرحوم آقای خمینی در رساله استصحاب بیان کرده اند تنها در تراحم حقوق مردم با یکدیگر جاری است و در هر حکم مشتبهی جریان ندارد. از بناء عقلاء و روایات عامه قرعه، استفاده حکم عامی برای قرعه در تمام موارد حکم مجهول نمی گردد، بلکه تنها در دایره حقوق مردم می باشد، در بحث ما، جواز مباشرت با زوجة واقعی و حرمت نزدیکی با اجنبیه تنها از زاویه حق الناس مطرح نیست، بلکه به رابطه شخص مکلف با خدا هم ارتباط دارد لذا نمی توان به ادله قرعه در این بحث استناد جست.

خلاصه در غیر موارد حق الناس، برای اثبات قرعه نیاز به نص خاص داریم و دلیل عامی برای اثبات آن در کار نیست.

البته در مورد مالکیت مهر ممکن است به قاعده قرعه تمسک جست چون مهر تنها از جهت حق الناس لازم است. ولی این امر مبتنی بر این است که ما قاعده قرعه را در تمام موارد تراحم حقوق جاری بدانیم و آن را بر قواعد دیگری همچون تنصیف (و قاعده عدل و انصاف) و یا قاعده احتیاط مقدم بدانیم، بررسی این بحث را در ادامه خواهیم آورد.

ب) نگاهی به ادله قرعه:

اشاره

بحث قرعه بحث مفصلی است، ادله عام و خاص بسیار دارد، رساله ها و بحثهای چندی درباره آن به انجام رسیده و در این درس مجال طرح همه آنها نیست، بلکه تنها به نقل چکیده بحث مرحوم آقای خمینی در این زمینه و بررسی آن می پردازیم.

1) خلاصه کلام مرحوم آقای خمینی قدس سره:

مرحوم آقای خمینی ابتدا به ذکر احادیث عامه قرعه پرداخته از جمله در روایت محمد بن حکیم: کل مجهول ففیه القرعه، و نیز در پاره ای روایات این مضمون دیده می شود: از جمله در ذیل صحیحه ابی بصیر عن ابی جعفر «علیه السلام» می خوانیم قال رسول الله «صلی الله علیه و آله»: لیس من قوم تقارعوا ثم فوّضوا امرهم الی الله عزّ و جلّ الاّ خرج سهم المحق(1)

در پاره ای از این روایات به داستان قرعه کشی حضرت یونس (فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ) اشاره رفته است.

ایشان سپس موارد خاص بسیاری را که در آن حکم به قرعه شده آورده اند (21 مورد) که از جمله، به داستان قرعه کشیدن پیامبر با قریشیان در نحوه ساخت خانه

ص: 2980

1- (1) وسائل 33714/258:27، باب 13 از ابواب کیفیه الحکم از کتاب القضاء ح 6 (توضیح بیشتر) این روایت را از تهذیب به گونه مرسل نقل کرده که در آن به جای «تقارعوا»، تنازعوا بکار رفته که صحیح تر به نظر می آید.

خدا و نیز به قرعه کشیدن پیامبر بین همسران خود برای تعیین همسری که همراه پیامبر به مسافرت رود اشاره می کنند.

ایشان سپس می فرمایند که بناء عقلاء در موارد تزاحم حقوق در جایی که ترجیحی در بین نباشد و اماره ای برای تعیین واقع در کار نباشد بر این قرار گرفته که با قرعه فصل خصومت می کنند، ایشان سپس اشاره می کنند که در داستان قرعه کشی حضرت یونس، قرعه بدین سبب صورت نگرفته که دلیل شرعی برای کشتی نشستگان به نظرشان آمده، بلکه آنها از روی فطرت و ارتکاز عقلایی خود به این کار دست زده اند، ایشان سپس اشاره می کنند که قرعه در نزد عقلاء به عنوان یک اصل عملی برای رفع نزاع و مخاصمه به کار می رود و جنبه کاشفیت و طریقت در آن دیده نمی شود، و تمام روایات عامه و خاصه ناظر به همین معناست و امضاء بناء عقلایی می باشد و هیچ تفاوتی بین بناء عقلاء و روایات منصوصه در کار نیست.

البته ایشان یک مورد را استثناء کرده و آن مسئله قرعه برای تعیین شاه موطوءه می باشد ولی این مورد را نیز از باب تزاحم حقوق گوسفندان یا صاحبان آنها دانسته اند.

ایشان سپس روایاتی را که در آن قرعه را مخصوص امام دانسته، از جمله: «القرعه لا یکون الا للامام» یا «ولا یتخرجه الا امام» دلیل بر آن دانسته که قرعه مخصوص موارد خصومت و تزاحم حقوق است که امر آن به امام و والی واگذار می گردد. سپس درباره مفاد روایت محمد بن حکیم بحثی انجام داده اند که در جلسه آینده نقل و بررسی می کنیم.

ایشان سپس تأکید می کنند که قرعه نه در نزد عقلاء و نه در نزد شارع جنبه کاشفیت نداشته، و بار دیگر تأکید می کنند که تمام روایات تنها تقریر و امضاء بناء عقلا می باشد، و سپس به مباحثه طیار و زراره در این زمینه اشاره می کنند که از آن فهمیده می گردد که ایشان قرعه را اماره دانسته اند، ولی می افزایند که فهم ایشان حجت نیست و در این بحث اشتباهی هم برای آنها رخ داده است.

نقل و بررسی این مباحثه را پس از بررسی اصل کلام ایشان خواهیم آورد.

2) بررسی کلام مرحوم آقای خمینی:

در کلام ایشان چند مطلب قابل مناقشه است

مطلب اول: این کلام که عقلاء در تمام موارد شک و تردید به قرعه رجوع نمی کنند و تنها در موارد تراحم حقوق به این قاعده مراجعه می کنند کلام صحیحی است، ولی این که در تمامی موارد تراحم حقوق این قاعده جریان داشته باشد و هیچ قید دیگری در کار نباشد درست نیست، بلکه عقلاً تنها در موارد «مشکل» که راه حل دیگری جز قرعه وجود ندارد بدان متوسل می شوند، در قصه حضرت یونس، تخییر در انتخاب فردی که باید در آب افتاده شود بی معناست، چه هر کس دیگری را انتخاب می کند و مخیر بودن یک فرد خاص هم ترجیح بلا مرجح است.

افرادی را هم که نمی توان قطعه قطعه کرد و از هر کس قطعه ای را به آب پرتاب نمود، لذا راه حل منحصر در قرعه بود.

همچنین در مسئله قرعه پیامبر برای این که چه کسی از زنان را در بار اول (1) همراه خود ببرد، از این رو بوده که راهی جز قرعه در کار نبوده و همین طور در کیفیت ساخت خانه کعبه و نیز در سایر موارد خاصه قرعه به جهت انحصار راه حل در قرعه بدان دست می زده اند.

ولی در پاره ای از موارد تراحم حقوق روشهای عقلایی دیگری هم در کار است و دلیلی نداریم که عقلاً قرعه را بر این روشها مقدم می دارند، مثلاً یکی از این روشها تصیف است که از آنگاه به قاعده عدل و انصاف یاد می شود، فرض کنید یک میلیون تومان در جایی است که زید و عمرو هیچ یک بر آن ید ندارند ولی می دانند از آن یکی از آن دو نفر است و هیچ کس نمی دانند که از آن کدامیک از آنهاست، در

ص: 2982

1- (1) (توضیح بیشتر) قید «بار اول» اشاره بدان است که اگر مثلاً نه زن مورد قرعه باشند در بار دوم، زنی که در مرحله اول قرعه به نام او درآمده می توان از قرعه خارج نمود و قهراً در بار نهم نیازی به قرعه نیست، ولی در بار اول به هر حال به قرعه احتیاج بوده است.

اینجا یک قانون متعارف عقلایی است که طرفین با تصویف این مال مشکل را حل می کنند، فقهای بسیاری هم در مال مردد بین الشخصین فتوا به تصویف نموده و آن را قانونی عقلایی دانسته اند.⁽¹⁾

البته این قاعده در جایی که امکان تصویف نباشد جریان ندارد همچون جواهرات قیمتی که نمی توان آن را شکست یا یک جفت کفش را نمی توان هر لنگه آن را به یک نفر داد، در این گونه موارد می توان به قاعده عقلایی قرعه که شرع هم آن را رد نکرده مراجعه کرد.

در برخی موارد هم با احتیاط می توان مشکل را حل کرد، مثلاً کسی نمی داند که هزار تومان به زید بدهکار است یا به عمرو، اینجا می توان احتیاط کرد و مشکله ای در کار نیست، لزوم احتیاط هم می تواند مستند به علم اجمالی یا قاعده اشتغال یا استصحاب بقاء ذمه باشد، در این مورد هم دلیل نداریم که قاعده قرعه بر قاعده احتیاط مقدم باشد.

خلاصه ما دلیلی بر جریان قرعه در «تزام حقوق» به این لفظ نداریم بلکه عقلاء تنها در مورد مشکل که راه حل منحصر به قرعه است بدان متوسل می شوند.

مطلب دوم: پاره ای از روایاتی که ایشان به عنوان دلیل عام قرعه ذکر کرده اند، امضاء بقاء عقلاء نیست همچون «لیس من قوم تنازعوا، ثم فوضوا امرهم الى الله عزّ و جلّ الاّ خرج سهم المحقّ» در اینجا در قرعه «تفویض الامر الى الله» و ایكال امر به خداوند مطرح شده ربطی به بقاء عقلاء ندارد چون در بقاء عقلاء تفویض امر به خداوند در کار نیست، بلکه منکران خدا هم برای حل دعوا با قرعه فصل خصومت می کنند، ولی در این روایت ایكال امر به خدا مطرح است و در قرعه هم جنبه کاشفیت اخذ شده یعنی اگر انسان امر خود را به خدا واگذار کند خدا هم او را هدایت کرده و به واقع مجهول می رساند (خرج سهم المحق)، این گونه قرعه شبیه به استخاره است که در

ص: 2983

1- (1) (توضیح بیشتر) البته در این زمینه به روایت سکونی هم تمسک کرده اند

آن جنبه کشف و ارائه واقع مجهول مطرح است.

عبارت «ای قضیه اعدل من القرعه» در آغاز برخی از این روایات هم بدین معنا باشد که چه چیزی از قرعه واقع بینانه تر است

پس از این گونه روایات نمی توان استفاده کرد که در جایی که تفویض امر به خدا نباشد باز هم شارع قرعه عقلایی را امضاء کرده است، البته دلیل بر رد بناء عقلاء هم نیست، بنا بر این اگر دلیل دیگری بر امضاء وجود داشته باشد ما به آنها اخذ می کنیم همچون موارد خاصه قرعه که اطلاق آن اقتضاء می کند که در غیر موارد توکیل امر به خداوند هم قرعه مشروع باشد.

البته شاید ظاهر برخی از ادله قرعه همچون مناظره طیار و زاره این باشد که مشروعیت قرعه تنها در موارد قرعه کاشفه باشد ولی جمع بین این روایت و روایاتی که قرعه را در موارد خاصه جعل کرده به این است که قرعه به عنوان دلیل عام تنها قرعه کاشفه است که در آن (تفویض الامر الی الله) در کار باشد و این منافات ندارد که در برخی موارد خاص با نص خاص قرعه به عنوان اصل عملی و برای فصل خصومت جعل شده باشد، بررسی مناظره طیار و زاره را در ادامه خواهیم آورد.

مطلب سوم: در برخی روایات هم که اجراء قرعه را منحصر به امام دانسته است ظاهراً ناظر به همین قرعه کاشفه است، چون در ذیل یکی از این روایت می خوانیم «و لا یستخرجه الاّ الامام، لان له علی القرعه کلاماً و دعاء لا یعلمه غیره» از این تعبیر فهمیده می شود که مراد از امام، امام معصوم است نه مطلق والی(1)، لحن روایت که قرعه را با دعای مخصوصی مرتبط دانسته این است که قرعه، از باب هدایت غیبی خداوند است و ربطی به قرعه عقلایی که تنها برای فصل خصومت می باشد ندارد.(2)

ص: 2984

-
- 1- (1) (توضیح بیشتر) بنابراین ذکر امام دلیل بر این نیست که قرعه تنها در مواردی است که امر آن به والی واگذار شده همچون موارد تراحم حقوق و خصومت، چون علت ذکر امام در این روایت به روشنی ذکر شده و توجیه فوق با آن سازگار نیست.
- 2- (2) (توضیح بیشتر) با این بیان روشن می گردد که روایت عبد الرحیم (قال سمعت أبا جعفر «علیه السلام» یقول ان

البته روایت محمد بن حکیم را می توان به عنوان دلیل عام قرعه (نظیر قرعه عقلایی) مطرح ساخت که نقل و بررسی آن را به جلسه آینده واگذار می کنیم.

3) نقل مباحثه طیار با زراره و توضیح آن:

طیار بحثی با زراره دارد که توسط جمیل نقل شده است، قال الطیار لزراره: ما تقول فی المساهمه أليس حقاً فقال زراره: بلی هی حق فقال الطیار أليس قد ورد انه يخرج سهم المحق قال: بلی قال: فتعال حتی ادعی انا و انت شيئاً ثم نساہم علیه و ننظر هکذا هو؟ فقال له زراره: ائما جاء الحدیث بانه لیس من قوم فوضوا امرهم الی الله ثم اقترعوا الاً خرج سهم المحق فاما علی التجارب فلم یرضع علی التجارب

از کلام زراره بر می آید که قرعه برای رفع مشکل و کشف واقع است یعنی اگر مشکل واقعی پیش آمده باشد با توکل بر خداوند به وسیله قرعه مشکل حل می شود و واقع روشن می گردد اما اگر قرعه برای امتحان کردن خداوند باشد همانطور که طیار فرض کرده در این صورت قرعه جعل نشده است

بعد در ادامه حدیث آمده فقال الطیار: رأیت ان کانا جميعاً مدعیین ادعیا ما لیس لهما من این يخرج سهم احد هما فقال زراره اذا کان کذلک جعل معهم سهم مبیح فان کانا ادعیا ما لیس لهما خرج سهم المبیح. (1)

از کلام زراره این مطلب استفاده می شود که قرعه همواره مصادف واقع است، لذا با آن واقع مکشوف می گردد، لذا طیار به عنوان نقض می گوید: اگر هر دو مدعی بر خلاف واقع به دروغ ادعایی کنند در این صورت قرعه به نام یکی از آن دو در می آید با این که فرض این است که هر دو دروغ گفته اند، پس قرعه همیشه کاشفیت ندارد، زراره می گوید در این صورت علاوه بر دو سهم برای طرفین دعوا، سهم

ص: 2985

سومی هم قرار داده و از خدا می خواهند که خدا آنها را به واقع امر هدایت کند، در این صورت که هر دو دروغ می گویند قرعه به نام شخص سوم در می آید.

از این مناظره استفاده می شود که قرعه جنبه کاشفیت و راهنمایی الهی دارد و تنها اصلی از اصول عملیه برای حل نزاع و فصل خصومت نیست.

4) کلام مرحوم امام درباره مناظره فوق و بررسی آن:

مرحوم آقای خمینی می فرمایند که فهم طیار و زراره حجت نیست، آنها اشتباه فهمیده اند و این سخن زراره که ما سهم ثالثی قرار می دهیم صحیح نیست زیرا قاضی از کجا بطلان ادعای آن دو را بداند و اگر هم قاضی بداند که آنها دروغ می گویند چه معنا دارد که سهمی برای ثالث قرار داده قرعه بکشد و به هر حال این پاسخ جواب اشکال نیست بلکه تنها فرار از پاسخ دادن می باشد.

ولی این کلام صحیح نیست چون فرض سؤال طیار در صورتی است که قاضی احتمال بدهد که هر دو دروغ می گویند و صورتی که یقین دارد هر دو دروغ می گویند مطرح نیست، در صورت احتمال کذب سهمی برای ثالث قرار داده شده و از خداوند هدایت می طلبند، خدا هم آنها را به واقع رهنمون می سازد و اشکالی در بین نیست.

5) نتیجه بحث تا اینجا و تکمیل بحث از ادله قرعه و تطبیق آن بر مقام:

خلاصه بحث تا اینجا این بود که در روایات خاصه، قرعه به عنوان اصلی از اصول عملیه جعل شده و به ایکال امر به خداوند وابسته نیست، ولی ادله عامی که تاکنون بررسی کرده ایم قرعه را به عنوان وسیله ای برای رسیدن به واقع مجهول جعل کرده که با تقویض امر به خداوند حاصل می گردد لذا این قاعده با قاعده قرعه عقلایی تفاوت دارد.

حال این سؤال پیش می آید که آیا در تمام مسائل مجهول چه شبهه حکمی باشد چه شبهه موضوعیه، چه تراحم حقوق باشد یا نباشد؟ آیا می توان با توجه به اطلاق

ادله عامه قرعه حکم کنیم که با ایکال امر به خدا و قرعه کشیدن مشکل حل می گردد.

پاسخ سؤال آشکارا منفی است، چون مصلحت الهی در این نیست که بدون راههای متعارف انسانها را هدایت کند، لذا افراد بسیار متقی با این که همگی برای استنباط احکام، امر خدا را به خدا ایکال می کنند با این حال برخی جزماً به خلاف واقع می رسند.

در کشف احکام کلیه، هیچ گاه سیره بر این نبوده که اگر نمی دانند نماز جمعه واجب است یا نماز ظهر، قرعه بکشند و قرعه واقع را نشان دهد و همین طور در شبهات موضوعیه، اگر نمی دانیم این کاسه نجس است یا آن کاسه، با قرعه علم اجمالی را منحل سازیم، قطعاً چنین مطلبی صحیح نیست، در اخبار علاجیه هم برای کشف روایت صحیح هیچ گاه گفته نشده که شما به خداوند متوسل شوید و قرعه بکشید.

از دقت در ادله قرعه و تعبیراتی چون «خرج سهم المحق» استفاده می شود که قرعه در مورد حقوق مردم جعل شده که اگر صاحب حق روشن نباشد با ایکال امر به خدا و قرعه کشیدن مشکل حل می شود.

لذا در بحث ما که تنها حق الناس مطرح نیست، بلکه حق الله هم مطرح است نمی توان ادله قرعه را جاری ساخت و باید طبق سایر قواعد (منهای قرعه) مشی کرد، لذا با توجه به علم اجمالی به این که حق یکی از این دوزن باقی می ماند باید با قرعه کشیدن مشکل را حل کند، و قاعده «لا ضرر» به نظر ما اختصاص به حقوق الناس دارد و در جایی که مکلف از عمل به احکام الهی به ضرر می افتد جاری نیست.

بررسی سایر نکات این بحث از جمله بررسی روایت محمد بن حکیم را در جلسه آینده پی می گیریم. ان شاء الله. «* و السلام*»

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

در جلسه قبل به بررسی ادله عامه قرعه پرداختیم در این جلسه ابتدا به بررسی روایت محمد بن حکیم که مرحوم آقای خمینی آن را از ادله عامه شمرده اند می پردازیم و چون ما موضوع سیره عقلائییه بر عمل کردن به قرعه را مانند ایشان هر امر متنازع فیه در باب حقوق نمی دانیم، حجیت این روایت را بر بیش از مورد بنای عقلاء (هر امر مشکلی که راه حلی نداشته باشد) منوط به عمل اصحاب می دانیم در نتیجه این روایت نیز از ادله عامه شمره نخواهد شد. آنگاه پیرامون عدم فرق بین اتصال قرینه یا انفصال آن در سرایت اجمالش به عام و عدم جواز تمسک به آن در مورد مشکوک توضیحی می دهیم. سپس در مسئله تعیین تکلیف دو خواهری که هر دو در عقد یک نفر در آمده و سابق و لاحق آنها معلوم نیست، چون آیه فامساک بمعروف او تسریح باحسان مربوط به مرأه معینه است نه مرأه مشتبهه، و احتمال تخییر مرد در انتخاب یکی و فسخ نکاح دیگری نیز به دلیل عدم اطلاق ادله تخییر منتفی است، تعیین تکلیف آن دو را منحصرأ در قرعه خواهیم دانست.

الف: پیگیری کلام پیرامون روایات قرعه

1 - بررسی روایت محمد بن حکیم

یکی دیگر از روایاتی که مرحوم آقای خمینی آن را به عنوان دلیل بر عام بودن قاعده قرعه می دانند روایت محمد بن حکیم است.

متن روایت: محمد بن الحسن الطوسی باسناده عن محمد بن حکیم قال سالت ابا

ص: 2988

الحسن عليه السلام عن شيء، فقال لي: كل مجهول ففيه القرعه قلت له: ان القرعه تخطفى و تصيب، قال:

كل ما حكم الله به فليس بمخطئ(1).

ظاهر این روایت قاعده قرعه را در هر امر مجهولی جاری می داند و مقید به تفویض و ایكال امر الی الله نیست. ولی متأخرین نوعاً می گویند ما قطع داریم قرعه با این توسعه مورد قبول شارع مقدس نیست لذا هیچ یک از فقهاء با قرعه در احکام شرعی فتوی نمی دهند، یا موضوعات معلوم بالاجمال را با آن تعیین نمی کنند، خود شارع مقدس نیز در چنین مواردی یا در مورد تعارض اخبار به قرعه ارجاع نمی دهد. لذا، ما پی به وجود قرینه ای حالیه یا مقالیه می بریم که روایت محفوف به آن بوده و به دست ما نرسیده است و چون نمی دانیم آن قرینه چیست و حدود آن چه مقدار است؟ توسعه این قاعده را در مواردی که فقها به آن عمل کرده اند می پذیریم. یعنی عمل فقها به منزله قرینه منفصله برای بیان مقدار توسعه این قاعده است.

مرحوم آقای خمینی می فرمایند: از قدیم الایام سیره عقلاء در باب تنازع و تراحم در حقوق که ترجیحی در بین نباشد بر قرعه جاری بوده است و چون این سیره جزء مرتکزات ذهنی فقها نیز شده، هرگاه در روایتی کلمه «کل مجهول» بکار رود، همه از همان ابتدا توسعه آن را در محدوده مرتکز ذهنی خویش تلقی می کنند و یک نوع تعبد غیر ارتکازی به ذهن آنها نمی آید. به عبارت دیگر بنای عقلاء به منزله قرینه متصله برای تقیید «کل مجهول» است و محدوده آن هم مشخص است.

شاهد بر این مطلب این است که فقهای بزرگی همچون شیخ در نهاییه و خلاف و شهید در قواعد و ابن ادریس از این کلمه معنای وسیع آن را برداشت نکرده، و آن را اختصاص به باب تنازع در حقوق داده اند و اجمالاً ادعای تواتر اخبار بر آن کرده اند.

نتیجه آن که قاعده عامه در باب حقوق متزاحم قرعه است.(2)

ص: 2989

1- (1) وسائل کتاب القضاء ابواب کیفیه الحکم و احکام الدعوی باب 13، ح 10.

2- (2) الرسائل، ج 1، ص 349.

همان گونه که پیشتر بیان کردیم، بنای عقلاء بر تمسک به قرعه در هر موردی که متنازع فیه باشد آن گونه که ایشان ادعا می کنند ثابت نشده نیست. آن مقدار که می توان پذیرفت این است که در امور متنازع فیه عقلا در هر مشکلی که هیچ گونه راه حلی ندارد به قرعه تمسک می کنند و این موضوع از مدعای ایشان اضیق است و لذا در بسیاری از موارد همچون اختلاف بر سر یک مالی که معلوم نیست از آن کدامیک است، آنان حکم به مصالحه و تنصیف می کنند و این را نمی توان بر خلاف سیره عقلائی شمرد. لذا نمی توان دائرة «کل مجهول» را که منزل به مرتکز عقلا است، کل امر متنازع فیه دانست.

از جمله همین ابن ادریس که ایشان او را یکی از کسانی می شمرد که از «کل مجهول» معنای وسیع آن را تلقی نکرده، موضوع قاعده قرعه را هر امر متنازع فیه ندانسته، می فرماید: «کل امر مشکل یشته فیه الحکم فینبغی ان تستعمل فیه القرعه». و همچنین شیخ طوسی در کتاب قضاء نهاییه می فرماید: «کل امر مشکل مجهول یشته الحکم فیه فینبغی ان يستعمل فیه القرعه».

لذا ما معتقدیم مرتکز ذهنی فقها که ناشی از سیره عقلائی بوده است به احتمال قوی همان «کل امر متنازع فیه مشکل» یعنی جائی که هیچ راه حلی ندارد می باشد نه مطلق تراحم حقوق. و اگر بر فرض در ما زاد بر این مقدار شک کنیم، چون دوران امر بین اقل و اکثر است، اجمال قید متصل مانع از تمسک به عموم عام می گردد.

نتیجه اینکه، ما نیز روایات عام قرعه را منزل به ارتکازات عقلائی می دانیم لکن دائرة این ارتکاز تنها در محدوده «کل امر متنازع فیه مشکل» برای ما ثابت است اما در بیش از آن باید با قرینه عمل اصحاب - که حکایت از وجود قرینه ای که به دست ما

نرسیده می کند - به قرعه تمسک کرد.

ب: تمسک به قرعه برای تعیین زوجة واقعی

1 - تقریب جواز تمسک

مرحوم آقای خمینی در جایی که مرد نمی داند کدامیک از دو خواهر، زوجة واقعی اوست، چون این مسئله از باب تراحم در حقوق که ترجیحی برای هیچ یک متصور نیست می باشد، آن را از موارد جریان قرعه می دانند.

مرحوم آقای حکیم نیز قائل به قرعه هستند گویا ایشان پس از اینکه تقیید عموم قاعده قرعه را تنها با قرینه عمل اصحاب پذیرا هستند، با اذعان به اینکه فقها در اطراف علم اجمالی به قرعه تمسک ننموده اند، با این حال در جایی که از احتیاط در اطراف عمل اجمالی ضرری متوجه محتاط گردد به اطلاق دلیل قرعه متمسک می شوند. ظاهراً ایشان چون عمل اصحاب را قرینه منفصله بر تقیید می دانند به مقدار اقل تقیید زده و در مورد مشکوک به عموم عام و اطلاق مطلق متمسک شده اند.

2 - مختار استاد - مد ظله - در مقام

به نظر ما موضوع بنای عقلاء که روایت محمد بن حکیم منزل بر آن است، هر امر مشکلی است که راه چاره دیگری نداشته باشد و چون در مسئله تعیین زوجة واقعی، راه حل دیگر همچون اختیار طلاق و فسخ نیز متصور است لذا بدون دفع این احتمال نمی توان قرعه را در آن جاری دانست.

بلکه اگر عمل اصحاب را قرینه منفصله بر تقیید عموم قاعده قرعه نیز بدانیم باز نمی توان در مورد مشکوک به عموم عام تمسک کرد زیرا اصولاً به نظر ما فرقی بین اتصال قرینه یا انفصال آن در اینکه اجمال قید موجب اجمال در عام شده و مانع از تمسک به آن در مورد مشکوک می گردد نیست.

ممکن است بعضی فرق بین اتصال یا انفصال قرائن را از مسلمات بدانند، در حالی که اگر هر کس خودش با دیده تحقیق در آن بنگرد، میدان مناقشه را در آن

بسیار وسیع می بیند.

گاهی مطلبی را بعضی از بزرگان ابراز می دارند و عده ای از شاگردان از آنها تبعیت کرده و آن را به دیگران منتقل می کنند و همه اذهانشان به آن مأنوس می شود و کم کم آن مطلب در اثر تکرار زیاد، از ضروریات علمی و نظریات شمرده می شود. ما نباید در مسائل علمی و تحقیقی هر آنچه را که در کفایه و یا کتب دیگر گفته شده از مسلمات دانسته و بدون تحقیق و نگرشی واقع بینانه از آن پیروی کنیم. ممکن است در اوائل تحصیلات لازم باشد این نظریات را در آموزشهای علمی تکرار کنیم ولی باید مراقب بود که کم کم ضروریات کتب درسی جزء فطریات انسان تلقی نگردد. در این مثال دقت کنید: اگر گفتند همه جوانها به سربازی بروند و از این قانون طلاب علوم دینی را استثناء کردند و ما ندانیم مراد از طلاب، روحانیونی است که ملبس به لباس روحانی باشند یا هر کس به مجرد وارد شدن به حوزه علمیه از آن حکم مستثنی است، آیا کسی بالفطره تفاوتی بین اینکه طلاب را متصلاً استثناء کرده باشند یا منفصلاً می گذارد؟ و آیا می گوید در صورتی که منفصلاً استثناء شده، مورد مشکوک تحت عام قرار می گیرد و در صورت اتصال، مجمل می شود؟!

در امثله شرعیه نیز چنین است، اگر بگویند «اعتق رقبه» و قید «مؤمنه» را هم اضافه کنند آنگاه کسی مردد بشود که آیا این حکم شامل رقبه مسلمانانی که شیعه اثنی عشری نیست می شود یا نه؟ آیا اتصال قید یا انفصال آن در صحت تمسک به «اعتق رقبه» تأثیری دارد؟

صاحب عروه پس از ذکر شرطیت طهارت بدن و لباس نمازگزار از همه نجاسات، خون کمتر از درهم را استثناء می کند حال اگر موردی برای کسی از نظر شبهه مفهومی مبهم بود آیا فطرتاً می گوید اگر مؤلف منفصلاً استثناء کرده باید به عموم مانعیت نجاسات تمسک کرد و الا اجمال مستثنی به عام سرایت می کند؟!

بلی، تفاوت بین اتصال قیود و انفصال آن در این است که اگر مقتضای کلام در این است که همه قیود را متصلاً ذکر کنند، با تمام شدن کلام، ظهور منعقد می شود آنگاه

قید منفصل آن ظهور را بقاءً از بین می برد و اگر مقتضای کلام در ذکر تمام قیود در یک مجلس نیست - کما اینکه معهود از خطابات شرع و روایات همین گونه است - در این صورت حدوداً هم ظهوری منعقد نمی شود، لکن در هر دو صورت اجمال قید به عموم عام و اطلاق مطلق بلا فرق سرایت می کند.

خلاصه اینکه ما نیز قائل به امضائی بودن روایت محمد بن حکیم هستیم و آن را تأسیسی نمی دانیم لکن موضوع بناء عقلاء را «کل امر متنازع فیه مشکل» یعنی حقوق متنازع فیه که هیچ راه حلی ندارد می دانیم نه کل امر متنازع فیه. و در ما زاد بر این اگر شک داشتیم با قرینه قرائن دیگری مانند عمل قطعی اصحاب به آن عمل می کنیم و در صورت اجمال عمل اصحاب، تمسک به عموم دلیل قرعه صحیح نیست. و چون برای تعیین تکلیف آن دو خواهر راه حل دیگر مانند تخییر در فسخ متصور است نمی توان بدون دفع این احتمال، موضوع قاعده قرعه را مجوز دانست.

ج: بررسی نهائی کیفیت تعیین تکلیف دو خواهر مذکور

متن عروه:

و هل يجبر علی هذا الطلاق دفعاً لضرار الصبر علیهما؟ لا یبعد ذلك لقوله تعالی فَاِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ اَوْ تَسْرِيحٌ بِاِحْسَانٍ و ربما یقال بعدم وجوب الطلاق علیه و عدم اجبار و انه یعین بالقرعه و قد یقال ان الحاکم یفسخ نکاحهما.

در جلسات پیش عرض کردیم که مرد باید نسبت به زوجه خویش یا امساک به معروف کند و یا اگر نتوانست به نگهداری و تکلیف خود نسبت به او پایبند باشد، باید بر اساس آنچه که روایات در تفسیر آیه شریفه فوق گفته اند او را طلاق دهد. ولی چون موضوع این آیه مرأه معینه است. آیه در مورد مرأه معینه می فرماید: اگر نتوانست درباره او امساک به معروف کند از حقوق زن این است که مرد باید او را طلاق بدهد، ولی در مسئله ما نحن فیه - یعنی زوجه مشتبهه - نمی توان به استناد این آیه مرد را مجبور به طلاق کرد چون اگر ادله قرعه یا لا ضرر را تمام دانستیم و به استناد قرعه زوجه واقعه را مشخص کردیم یا به استناد لا ضرر احتیاط را لازم

ندانسته بلکه موافقت احتمالی را کافی دانستیم، مسئله مورد بحث ما مشمول آیه شریفه «فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ...» نخواهد بود، بلی اگر ادله قرعه و لا ضرر را ناکافی دانستیم، چون شوهر نمی تواند به وظائف زوجیت عمل نماید به مقتضای این آیه موظف به طلاق می باشد.

کلام مرحوم آقای حکیم رحمه الله: (اطلاق ادله قرعه)

مرحوم آقای حکیم رحمه الله می فرماید: اطلاق ادله قرعه اقتضاء می کند «کل امر مشتبه ففیه القرعه» و ما نحن فیه هم که امر زوجیت مشتبه شده است، باید قرعه بزنیم.

ان قلت: بناء فقهاء بر این است که در اطراف علم اجمالی باید احتیاط کرد و قرعه راه حلّ معلوم بالاجمال نیست.

قلت: تخصیص ادله قرعه و لزوم احتیاط در اطراف علم اجمالی در مواردی ثابت است که احتیاط مستلزم محذوری مانند ضرر نباشد، و اگر احتیاط موجب ضرر باشد به اطلاق ادله قرعه رجوع می کنیم، علی الخصوص روایت محمد بن عیسی در مورد گله گوسفندی که یکی از آنها موطئه چوپان قرار گرفته، حکم به قرعه و عدم لزوم احتیاط نموده است. و مورد ما نیز مشابه همین روایت است.

مرحوم آقای خویی نیز می فرمایند محذوری از شمول ادله قرعه نسبت به مسئله ما در کار نیست.

نظر استاد مد ظله:

گفتیم از بررسی روایات قرعه، قاعده عامی که «کل امر مشتبه ففیه القرعه» به دست نمی آید بلکه «کل حق متنازع فیه اذا اشکل ففیه القرعه» و چون در ما نحن فیه راههای دیگری هم مطرح است و راه حل منحصر به قرعه نیست (1) لذا دلیلی بر

ص: 2994

1- (1) - مرحوم صاحب جواهر قدس سرّه می فرمایند: لو اشتبه السابق و لم یکن ثمّ ما یشخصه... [1] ارع فی وجه قویّ و ان لم اجد من ذکره هنا نعم فی القواعد: [2] الاقرب الزامه بطلاقهما... و لعلّ غیر الاقرب احتمال العدم و [3] احتمال فسخهما و [4] فسخ الحاکم و [5] بطلاقهما. جواهر 382/29.

ادامه بررسی جریان «لا ضرر»

حالا که با استناد به ادله قرعه نمی توانیم در ما نحن فیه قائل به قرعه شویم باید دید که آیا با استناد به لا ضرر می توانیم حکم مسئله را روشن کنیم؟

جریان لا ضرر از دو جهت قابل بحث است جهت اول این که، چون ادامۀ زوجیت برای دو خواهر ضرری است بر شوهر لازم باشد که آنها را طلاق بدهد. این جهت از لا ضرر در جلسات گذشته بررسی شد. جهت دوم این که چون بقاء زوجیت بدون مشخص شدن زوجه واقعی به خاطر شبهه وجوبیه محصوره بودن مستلزم احتیاط و لزوم اداء نفقه و مهریه به هر دو خواهر است، و این امر برای شوهر ضرری است، لا ضرر شامل آن می گردد. در اینجا به یکی از دو نحو ممکن است به «لا ضرر» استدلال شود الف چون عدم تعیین زوجه واقعی توسط شارع مقدس باعث می شود که وضعیت زوجیت همچنان مشتبه باشد و موضوع حکم عقل به وجوب احتیاط (لزوم اداء دو نفقه و دو مهریه) محقق گردد و مرد به ضرر بیفتد، در اینجا لا ضرر می گوید حتماً شارع راهی برای تعیین زوجه قرار داده است و چون راهی به جز قرعه وجود ندارد در نتیجه لا ضرر دلیل اثباتی تشریح قرعه در مسئله ما خواهد بود.

ب (مختار استاد:): نفس بقاء زوجیت منشأ ضرر نیست بلکه احکام زوجیت (لزوم نفقه و مهریه) به ضمیمۀ لزوم احتیاط در مورد آنها موجب ضرر شده است و چون اصل وجوب نفقه و مهریه ضرری نیست بلکه لزوم احتیاط در مورد آنها باعث ضرر می شود، لا ضرر وجوب احتیاط را بر می دارد، در نتیجه یک مهریه است که امرش مردّد بین الاختین است که احتمالاتی در مسئله هست 1 - تنصیف 2 - قرعه 3 -

اختیار مرد و... و بنابراین که دلیلی بر قرعه نداریم حکم عقلایی به عدل و انصاف اقتضاء تنصیف می کند و همچنین تا زمانی که طلاق نداده است به هر کدام از دو خواهر باید نصف نفقه را بپردازد.

بررسی استدلال به «لا ضرر» برای اثبات قرعه

استدلال به لا ضرر برای اثبات قرعه صحیح نیست زیرا اگر گفتیم که لا ضرر می تواند احکام ظاهریه را بر دارد و چون احتیاط باعث ضرر شده است، شارع مقدس با لا ضرر و جوب آن را بر می دارد و می گوید «احتیاط، در شریعت مرتفع است یعنی وجوب ندارد در این صورت با رفع وجوب احتیاط ضرر مرتفع گشته دلیلی بر جعل قرعه برای تعیین زوجه واقعی نداریم.

و اگر گفتیم لا ضرر بر احکام ظاهری حکومت ندارد در این صورت اگر گفتیم لا ضرر «موضوعی» را که ضرری است بر می دارد لا ضرر اصلاً شامل ما نحن فیه نمی شود چون زوجیت که موضوع حکم واقعی است ضرری نیست و احتیاط که موضوع حکم ظاهری است - بنا بر فرض - قابل رفع نیست و اگر گفتیم لا ضرر «حکمی را که منشأ ضرر شده» است بر می دارد، وجوب نفقه و مهریه که منشأ ضرر شده است با لا ضرر بر داشته می شود در این صورت مخالفت قطعی آن هم جایز است و لا ضرر دلیل بر تشریح قرعه نمی شود.

بعلاوه اگر «لا ضرر» نتواند وجوب احتیاط را هم بر دارد راه برطرف شدن اشتباه منحصر به قرعه نیست بلکه شاید مرد در تعیین یکی از زوجه ها حق انتخاب داشته باشد مانند کسی که اسلم عن ثمان زوجات، که اختیار دارد که هر 4 زوجه ای که می خواهد انتخاب کند. مگر این که بگوییم اذا دار الامر بین القرعه و الاختیار، قرعه مقدم است چون اگر بدون قرعه یکی از دو خواهر را اختیار کند، دلیلی بر نفوذ چنین انتخابی نداریم و استصحاب اقتضاء می کند که نتواند او را زوجه خود به حساب آورد ولی اگر همان خواهری را که قرعه به نام او در آمده اختیار کند و به این طریق

ضرر را مرتفع سازد، بین قرعه و انتخاب جمع کرده است.

ولی در هر حال، چون در جلسات گذشته گفتیم با لا ضرر می توانیم و خوب احتیاط را برداریم، نوبت به قرعه یا حق انتخاب نمی رسد.

جهات دیگری در تمسک به لا ضرر باقی است که در جلسه آینده بحث خواهیم کرد.

حال اگر مرد اقدام به قرعه زدن و تعیین تکلیف آنها ننمود و یا اگر همچون سید رحمه الله اجبار مرد به طلاق را بعید ندانستیم ولی او اقدام به طلاق نکرد، آیا حاکم شرع می تواند خودش طلاق دهد یا او را مجبور به طلاق و یا قرعه کند؟

چون این مسئله مربوط به حدود اختیارات حاکم شرع می شود بحث مفصل آن را ان شاء الله در مسئله طلاق مفقود متعرض می شویم.

«* و السلام*»

ص: 2997

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

بحث در این بود که اگر مردی دو خواهر را به عقد ازدواج خود در آورده و نمی داند عقد کدام یک سابق بوده تا صحیح باشد. در جلسات گذشته گفتیم که به آیه شریفه «فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ» و همچنین به لا ضرر استدلال شده بود که باید مرد دو خواهر را طلاق بدهد.

در این جلسه، نسبت به مباحث قبل راجع به الزام شوهر به طلاق به جهت رفع ضرر از زنها و نیز لزوم قرعه به جهت رفع ضرر از شوهر، استدراکی داریم و حاصل آن این است که قاعده لا ضرر و آیه شریفه «فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ» در مورد زن جاری نمی شود آنگاه در مورد اینکه شوهر چه مقدار مهریه به هر یک از این دو خواهر بدهکار می شود، بحث خواهیم نمود.

1 اشکال استاد مد ظلّه در شمول دلیل ضرر و تمسک به آیه شریفه «فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ...» نسبت به زن:

در جلسات گذشته گفتیم مقتضای آیه شریفه «فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ» این است که اگر مرد نتواند به وظائف زوجیت عمل نماید، موظف است زن را با طلاق دادن از حباله زوجیت آزاد کند (البته اگر خود زن بخواهد) و در مسئله مورد بحث ما که نمی دانیم کدام یک از دو خواهر، زن این مرد هستند چون شوهر نمی تواند نسبت به هیچ کدام به وظائف همسری عمل کند موظف است آنها را طلاق بدهد و همچنین (صرف نظر از برخی اشکالات) گفتیم مقتضای لا ضرر و لا حرج این است که اگر زوجیت بما له من الاحکام منشأ ضرر باشد کما فیما نحن فیه

که جعل زوجیت ثابت‌ه برای دو خواهر موجب ضرر می باشد، لا ضرر می گوید این زوجیت، زوجیت ثابت‌ه نخواهد بود بلکه مرد موظف است زوجیتی را که منشأ ضرر بوده از بین ببرد. در عین حال به نظر می رسد که تطبیق آیه شریفه و همچنین تطبیق ادله نفی ضرر و حرج بر ضرر متوجه شده بر زنها صحیح نیست.

مرحوم شیخ انصاری و دیگران این بحث را در اصول مطرح کرده اند که علم اجمالی زمانی منجز تکلیف و موجب تساقط اصول متعارضه می گردد که تکلیف مربوط به یک شخص باشد، مثل اینکه شخص نمی داند نماز ظهر بر او واجب است یا نماز جمعه یا اینکه نمی داند کدامیک از دو انا، وجوب اجتناب دارد. اما اگر تکلیف مرد بین دو شخص باشد مثل مثال معروف واجدی المنی فی الثوب المشترك که هر یک از دو شخص می داند یا خودش جنب شده یا دیگری با فرض اینکه جنابت دیگری و احکام جنابت او هیچ کدام موضوع حکمی برای آن یکی نباشد، در چنین جایی علم اجمالی منجز تکلیف نیست و هر یک از این دو نفر می تواند استصحاب عدم جنابت را در مورد خودش جاری کند.

این قاعده اصولی که جزء مسلمات است در ما نحن فیه چه نتیجه ای می دهد؟

این زنی که نمی داند خودش همسر زید است یا خواهرش، هر چند نمی تواند نسبت به هر دو عقد، اصاله الصحه جاری کند و نتیجتاً احکام زوجیت را هم برای خودش و هم برای خواهرش اثبات نماید، چون نتیجه جریان این دو اصل، تجویز جمع بین الاختین است که قطعاً حرام است و اگر اجرای اصل مستلزم تجویز معصیت قطعی باشد، اصل جاری نمی شود. وقتی اصاله الصحه جاری نشد نوبت به استصحاب می رسد. هر یک از دو خواهر می تواند در حق خودش استصحاب جاری کند و بگوید من قبلاً همسر این شخص نبودم، الآن هم که شک دارم، استصحاب عدم زوجیت جاری می کنم، با اینکه علم داریم که یکی از این دو استصحاب بر خلاف واقع است، ولی این علم منجز تکلیف نیست و مانع از جریان استصحاب نمی شود. اما ناگفته نماند که زن نمی تواند نسبت به خواهرش اصل عدم جاری کند چون اثر ندارد زیرا اگر از اجرای این اصل بخواهد نتیجه بگیرد که

خواهرش زن این شخص نیست و لذا خودش بتواند برود با او ازدواج کند، این ازدواج قطعاً لغو است چون اگر خودش در واقع قبلاً زن او بوده، این عقد جدید، لغو و باطل خواهد بود و اگر خواهرش زن او بوده باز هم این ازدواج محکوم به بطلان است. بله، در غیر ما نحن فیه گاهی خواهر می تواند نسبت به عقد خواهرش اصل جاری کند و برای او اثر دارد مثل اینکه زنی بخواهد با مردی ازدواج کند اما نمی داند که آیا خواهر خودش همسر این مرد است یا نه؟ در این فرض می تواند استصحاب عدم زوجیت نسبت به خواهرش جاری کند و در نتیجه برود با آن مرد ازدواج کند چون این استصحاب، موضوع برای جواز ازدواج خودش درست می کند. اما در ما نحن فیه این طور نیست و لذا فقط نسبت به خودش می تواند استصحاب عدم زوجیت جاری کند و برود با هر کس دیگری ازدواج کند و همچنین است حکم خواهر دیگر.

نتیجه آن که، حرج یا ضرری از این ناحیه متوجه هیچ یک از دو خواهر نمی شود تا بخواهیم با لا ضرر و لا حرج بگوئیم که مرد موظف است که برای دفع ضرر و یا حرج خواهرها را طلاق بدهد.

استدلال به آیه «فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ» نیز مبتلا به همین اشکال است.

اگر زن مجبور به صبر و تحمل این وضعیت بود، استدلال تمام بود چون آیه می گوید: شما کاری نکنید که زن محبوس بماند و نتواند با دیگری ازدواج کند و از طرفی خودتان شرایط مناسب را برایش فراهم نکنید اما در ما نحن فیه هر یک از دو خواهر می تواند برود و با شخص دیگری ازدواج کند. پس با دلیل لا ضرر و با این آیه نمی توانیم وجوب طلاق را بر شوهر اثبات کنیم.

بله، با وجه دیگری که قبلاً بیان شد می توان وجوب طلاق را در بعضی موارد اثبات کرد و آن این است که اگر امکان ازدواج برای این دو خواهر یا یکی از آنها فراهم نباشد و شوهر بداند که ازدواج نمی کنند در این صورت چون مشکلی پیش نمی آید طلاق هم واجب نیست اما اگر امکان ازدواج برای آنها باشد نسبت به هر کدام که زمینه ازدواج برای او فراهم شود، شوهر موظف به طلاق خواهد شد، چون

هر چند برای خود زن ازدواج محذوری ندارد، اما شوهر که علم اجمالی دارد یکی از آنها همسر او است در صورت عدم طلاق علم پیدا می کند که یکی از آنها در معرض وطی به شبهه می باشد و ما از مذاق شرع فهمیده ایم که شارع مقدّس راضی نیست که زن حتی در معرض وطی به شبهه قرار بگیرد همانطور که قتل نفس مبعوض شارع است و دیگران موظّفند مانع از آن شوند حتی اگر خود قاتل به دلیلی معذور باشد. لذا در اینجا هم اگر امکان ازدواج برای این دو خواهر باشد شوهر موظّف است هر کدام از این دو زن را که زمینه ازدواج برایش فراهم شد، طلاق دهد.

البته مطلبی که قبلاً می گفتیم که فقط یک طلاق کافی است به قوّت خودش باقی است و مربوط به مسئله دیگری است چون در آنجا بحث درباره وطی خود شوهر بود که صاحب عروه می فرمود وطی جایز نیست مگر بعد از طلاق دادن هر دو و ما می گفتیم برای تمتع بردن از یکی، همین مقدار کافی است که دیگری را طلاق دهد و بعد از خروج او از عدّه - اگر عدّه داشته باشد - اولی را با عقد جدید رجاء عقد کند.

اما در این بحث، اشکال وطی به شبهه توسط مرد دیگری پیش می آید که باعث می شود شوهر را الزام کنیم هر کدام را که می خواهد ازدواج کند، طلاق بدهد. (1)

(2) بیان استاد مد ظله در مورد حکم مهریه در ما نحن فیه:

گفته شد اگر شوهر هر دو خواهر را رجاء طلاق داد طبق قاعده لزوم احتیاط در اطراف علم اجمالی باید به هر کدام از دو خواهر مهریه (یا نصف مهریه) را پردازد لکن به حکم لا ضرر، وجوب احتیاط برداشته می شود و فقط به مقدار یک مهریه (یا نصف آن) مدیون است و طبق حکم عقل به عدل و انصاف این مهریه را بین دو خواهر باید تنصیف نمود.

اما اگر شوهر رجاء یکی را طلاق داد و با دیگری مجدداً عقد کرد، با فرض اینکه

ص: 3001

1- (1) سؤال: آیا شرط عدم خروج از محل ابتلاء در اینجا معتبر است؟ پاسخ استاد مد ظله: بله معتبر است. باید امکان ازدواج برای هر دو خواهر باشد و الا اگر یکی از آنها وضعیتش به گونه ای است که هیچ کس به سراغش نمی آید، علم اجمالی منجّز تکلیف نخواهد شد.

زن مطلقه، غیر مدخوله باشد - چون اگر مدخوله باشد بحث دیگری دارد - حکم مهریه چه خواهد شد؟

در این رابطه دو موضوع باید مشخص شود: یکی مهریه این زنی که عقد جدید با او بسته و دیگری مهریه زن مطلقه. (به لحاظ رعایت اختصار، به اولی زن معقوده و به دومی زن مطلقه می‌گوییم)

در مورد زن معقوده به عقد جدید اگر همان مهریه سابق (مثلاً یکصد سکه) در عقد جدید شرط شود، حکم مسئله روشن است یعنی شوهر یقیناً می‌داند که یا به عقد اول و یا به این عقد جدید، آن مبلغ را به زن بدهکار است و چون یکی از دو عقد قطعاً صحیح است معنا ندارد که با قاعده لا ضرر یا قرعه و جوب مهریه را نفی کنیم. اما اگر بیش از آن مقدار را در عقد جدید شرط کنند (مثلاً دویست سکه) در این صورت، علم اجمالی مرد بین اقل و اکثر خواهد شد و لذا نسبت به اکثر برائت جاری می‌کنیم، یعنی این شوهر که نمی‌داند آیا به واسطه عقد اول مثلاً یکصد سکه بدهکار شده یا به واسطه عقد دوم، دویست سکه بدهکار شده، فقط واجب است یکصد سکه بپردازد و نسبت به زائد برائت جاری می‌کند و نیازی به اجرای قاعده لا ضرر یا قرعه نیست.

اما در مورد زن مطلقه به نظر می‌رسد دلیل برائت و جوب مهریه را رفع می‌کند که البته این ادعا نیازمند توضیح است. در اصول بحثی هست که اگر علم اجمالی پس از تنجیز به علم تفصیلی مبدل شد مثلاً اگر علم اجمالی به نجاست احد الإناءین داشتیم و بعد یکی از آنها را نجس کردیم که در نتیجه علم تفصیلی به نجاست آن پیدا نمودیم آیا علم اجمالی سابق نسبت به طرف دیگر باز هم منجز تکلیف است یا نه؟ اگر کسی بگوید علم اجمالی سابق، دیگر منجزیت ندارد حکم مسئله ما نحن فیه بدست می‌آید، یعنی شوهر نسبت به مهریه زن مطلقه برائت جاری می‌کند، چون شک دارد که آیا نسبت به او بدهکار است یا نه؟ و فرض این است که علم اجمالی سابق، دیگر منجز نیست چون عقد جدید با زن دیگر باعث می‌شود که علم اجمالی به علم تفصیلی تبدیل گردد یعنی شوهر یقین تفصیلی پیدا می‌کند که به این زن

معقوده بدهکار است و نسبت به زن مطلقه احکام شک بدوی را اجرا می کند و از این جهت نیازی به قرعه نیست.

اما این مبنا محل اشکال آقایان است، یعنی آقایان علم اجمالی سابق را منجز تکلیف می دانند و برای اثبات این مدعا جوهی ذکر می کنند مثل علم اجمالی مؤزب که مرحوم آقا ضیاء تصویر کرده و فعلاً وارد آنها نمی شویم. البته مرحوم آقای داماد به خود روایات باب علم اجمالی تمسک می کرد و می فرمود: از خود همین تعابیر که فرموده اند: «یهریقهما و یتیمم» یا «یرمیهما الی الکلاب» معلوم می شود که علم اجمالی سابق منجز است (1) و الا حضرت می فرمود: یکی را نجس کن تا علم تفصیلی به نجاست آن پیدا شود و آنگاه از دیگری استفاده کن. بنابراین در ما نحن فیه باید بگوییم شوهر که قبلاً می دانست مهریه را یا به این زن و یا به خواهرش بدهکار است، این علم اجمالی حتی بعد از عقد جدید هم منجز تکلیف است و لذا باید به زن مطلقه هم نصف مهریه را پردازد. اما اینجاست که نوبت به قاعده لا ضرر می رسد چون با فرض اینکه شوهر هیچ تمتعی از این زن نبرده و صرفاً ملزم به طلاق او شده، اگر به پرداخت مهریه هم ملزم شود علاوه بر مهریه ای که باید به خواهرش پردازد، بدون اشکال از نظر عرف این ضرر به حساب می آید و دلیل لا ضرر آن را رفع می کند.

با توجه به بیان گذشته معلوم می شود که قاعده قرعه در این مسئله راه ندارد چون بدهکاری مرد نسبت به زن معقوده قطعی است و عدم بدهکاری او نسبت به زن مطلقه مقتضای لا ضرر است لذا مشکلی باقی نمی ماند که نوبت به قرعه برسد. البته این بحث نیاز به تنقیح بیشتری دارد که آن را به جلسه بعد موکول می کنیم.

«* و السلام*»

ص: 3003

1- (1) همچنین مرحوم آقای داماد می فرمودند از این روایات استفاده می شود که خروج بعض اطراف علم اجمالی از محل ابتلاء باعث نمی شود که علم اجمالی از تنجیز بیفتد.

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

در جلسات قبل این بحث مطرح بود که اگر شوهر نمی داند کدام یک از دو خواهر همسر او هستند آیا لازم است با طلاق مشکل را حل کند، در این جلسه با عنایت به معتبره عمر بن حنظله لزوم طلاق را نتیجه می گیریم، در ادامه به حکم مهریه پرداخته، به کلام بزرگان همچون مرحوم آقای حکیم اشاره می کنیم که در موارد ضرری بودن احتیاط پرداخت دو مهر را لازم ندانسته و برای تعیین مالک مهر به قرعه استناد کرده اند، در اینجا نخست مبنای کلی عدم لزوم احتیاط را در موارد ضرری بودن نقد کرده، ولی عدم لزوم متضرر شدن مکلف را به خاطر جلوگیری از ضرر دیگر عباد می پذیریم، ولی با این حال تطبیق این مبنا را در محل کلام ناتمام می دانیم، چون دلیلی نداریم که مکلف بتواند برای جلوگیری از ضرر قطعی خوردن خود، ضرر احتمالی منجز به دیگری بزند.

در ادامه ضمن اشاره به مبنای مرحوم آقای داماد در مناط تنجیز علم اجمالی. در شمول این مناط نسبت به شبهات وجوبیه تأمل می ورزیم.

در پایان، بحث از قاعده عدل و انصاف را که به لزوم تنصیف مال مردّد بین الشخصین حکم می کند آغاز می کنیم.

الف) تکمیل بحث جلسه قبل در لزوم طلاق دادن:

محصل بحثهای سابق این بود که این دو تا خواهری که با آنها ازدواج شده،

می توانند شوهر بکنند و احتیاج به طلاق گرفتن ندارند، چون اصل در موردشان جاری است.

ولی وظیفه شوهر عبارت از طلاق دادن آنهاست. ما در بیان دلیل این وظیفه ابتداءً تقریبی را بیان کرده و گفتیم که به اعتبار اینکه مباشرت زوجه کسی با دیگری - و لو آن زوجه معذور باشد - مبعوض واقعی شارع است و شوهر باید از آن جلوگیری نماید، لذا باید با طلاق دادن این مشکل را حل کند. ولی احتیاجی به تقریب مذکور نیست چرا که از همان روایت عمر بن حنظله⁽¹⁾ که در آنجا هست که کسی شخصی را وکیل کرده است که راجع به ازدواج با اختیار کامل هر کسی را با هر مهریه و هر شرطی که بخواهد برای او تعیین کند و بعد از اینکه وکیل زنی را مطابق وکالتش برای او گرفته است حالا شوهر می گوید که من وکالت نداده ام، در آنجا دارد که به حسب ظاهر اسلام (حکم ظاهری)، زن حق دارد که ازدواج بکند ولی شوهر باید او را طلاق بدهد، یعنی و لو زن جایز است که بدون طلاق برود و ازدواج نماید ولی آن حسابش جداست و شوهر بر اساس آیه شریفه که می فرماید «فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ»⁽²⁾ چون این نگه داشتن امساک به معروف نیست چرا که فرض این است که دارد انکار می کند وکالت دادن را، پس وظیفه دارد که تسریح به احسان کند یعنی طلاقش بدهد. و از اطلاق این روایت و آیه شریفه که شامل صورتی که زنی در معرض ازدواج هم نباشد می شوند، می توان استفاده کرد که اگر شوهر خودش جوری است که نمی تواند روی موازین از زن استفاده بکند باید او را اطلاق بدهد، پس شامل مورد بحث ما می شود و تکلیف او طلاق دادن هر دو یا یکی از دو خواهر به شرحی که گذشت خواهد بود.

ص: 3005

1- (1) وسائل الشیعه 19: 24371/165، باب 4، از کتاب الوکاله، ح 1

2- (2) بقره / 229

(1) طرح بحث:

گفتیم که برای تعیین زوجه واقعی که آثار زوجیت همچون جواز استمتاع بر آن بار شود نمی توان به قاعده قرعه رجوع کرد، ولی آیا می توان برای تعیین کسی که مستحق مهر است به این قاعده استناد کرد، پیشتر گفتیم که مرحوم آقای خمینی قرعه را در تمام موارد تراحم حقوق جاری می دانستند، لذا طبق مبنای ایشان می باید در اینجا هم با قرعه صاحب حق (مهر) را تعیین کرد، ولی گفتیم که در جایی که احتیاط ممکن است دلیلی بر قرعه نداریم.

(2) کلام مرحوم آقای حکیم:

مرحوم آقای حکیم با بیان دیگری لزوم قرعه را ثابت می کنند، ایشان نخست اشکال محقق کرکی را در جامع المقاصد مطرح می کنند که در باب نکاح احتیاط تام مطلوب است (چون انساب وارث و محرمیت و سایر احکام بر آن مرتب می گردد) جای قرعه نیست.

ایشان سپس در پاسخ این اشکال می گویند که هر چند در موارد لزوم احتیاط همچون شبهه محصوره قرعه مشروع نیست و اصحاب قرعه را جاری نمی دانند ولی اگر در جایی لزوم احتیاط را به جهتی نفی کردیم، قرعه موضوع پیدا می کند، در بحث ما احتیاط منشأ ضرر(1) می گردد، لذا وجوب آن مرتفع می گردد، پس قرعه مشروعیت می یابد و اطلاق ادله قرعه برای اثبات مشروعیت آن کفایت می کند.

ایشان در تأیید این ادعا می گویند که در روایات در مورد قطع غنم حکم به لزوم احتیاط نشده بلکه با قرعه، شاه موطوءه معین می گردد، سر قضیه این است که احتیاط در این مورد موجب ضرر می باشد، ایشان این روایت را شاهد بر این

ص: 3006

1- (1) (توضیح بیشتر) از کلمات آقای حکیم بر می آید که ضرر احتیاط به دو گونه است نخست لزوم پرداخت مهریه، دوم: لزوم نفقه دادن بر فرض طلاق ندادن

می آورند که در جایی که احتیاط ضروری باشد قرعه مشروع است.

خلاصه کلام این که با توجه به لزوم ضرر مالی از احتیاط، پرداخت دو مهر لازم نیست، بلکه یک مهر کفایت می کند و برای تعیین کسی که مهر به او پرداخت می شود قرعه زده می شود.

3 اشکال استاد مد ظله بر آقای حکیم «رحمه الله»:

این سخن آقای حکیم که اگر احتیاط مستلزم ضرر باشد مشمول ادله قرعه است مطلب تمامی نیست و شاهدهی هم که آوردند تمام نیست.

برای اینکه در خود روایات هست که اگر دو مذبوح یکی از آنها مذکی و دیگری میته باشد و معین نباشند می فرماید: «یرمی بهما جمیعاً الی الکلاب»، هر دو را بینداز سگها بخورند، با اینکه ضرر بر او می شود و فرمود که قرعه بکشند پس این حرف که در صورت ضرر، حکم به قرعه می شود نه احتیاط، درست نیست و همین طور در مورد دو آب مشتبه بین پاک و نجس در روایت می فرماید یهریقهما و یتیمم، با اینکه آب در آن وقتها گاهی قسمت داشته است ولی تفصیلی نداد و فرمود هر دو را دور بریزد و تیمم کند به خصوص در جایی که آب منحصر به دو آب مشتبه است، قهراً آب ارزش دارد و ریختن آن ضرری است. و همین طور در مورد جایی که شخص ناچار باشد که دو تا لباس کرایه کند که یکی از آنها پاک است تا با هر دو نماز بخواند و با این احتیاط نماز صحیح را انجام دهد نمی شود گفت که چون کرایه کردن دو دست لباس ضرر دارد پس قرعه بکشد و یک لباس کرایه کند. خلاصه از مجموع اینها و نظایرشان استفاده می شود که ما نمی توانیم به صرف توجه ضرر در موارد احتیاط دست از احتیاط بکشیم و آنها را مورد قرعه قرار بدهیم. اما مسئله حکم به قرعه در غنمی که یکی از آنها موطوء واقع شده، به دلیل آن نیست که صرف لزوم ضرر، احتیاط را برطرف می سازد، زیرا

اولاً: اگر ما مبنای عدم لزوم احتیاط را در شبهه غیر محصوره بپذیریم و مورد

قطع غنم را از مصادیق آن بدانیم، قهراً در این مورد احتیاط لازم نیست، البته این پاسخ با روایت سازگار نیست، چون ظاهر روایت این است که پیش از قرعه زدن نمی توان از قطع غنم بهره گرفت، ولی بنا بر مبنای عدم لزوم احتیاط در شبهه غیر محصوره، استفاده از آن بدون قرعه هم جایز است. (1)

ثانیاً: (پاسخ صحیح این است): بین مورد لزوم احتیاط در تردید در مذکی یا میته بودن گوسفند با مورد قطع غنم تفاوت وجود دارد، در مورد گوسفند ذبح شده، استفاده نکردن بی دلیل آن اسراف می باشد و حرام، ولی اگر به جهت امتثال امر شرعی این کار صورت بگیرد، از مصداق اسراف بودن بیرون می رود و جایز می گردد، به ویژه وقتی که هر دو گوسفند طعمه سگان شده که خود نوعی مصرف برای این گوشتها می باشد.

ولی حکم گوسفند زنده تفاوت دارد، گوسفند زنده حق حیات دارد، لذا نمی توان از روی هوای نفس و بدون فایده آن را کشت (2)، در اینجا به مجرد این که یک گوسفند موطوء واقع شده نمی توان تمام گوسفندان را سوزاند چنانچه مرحوم آقای خمینی متذکر شده اند و اینجا جای احتیاط نیست (3)، بنابراین نمی توان از روایتی که قرعه را در این مورد لازم دانسته نه احتیاط را، شاهد گرفت بر این که

ص: 3008

1- (1) (توضیح بیشتر) البته اگر در شبهه غیر محصوره، مخالفت قطعیه را حرام بدانیم، مکلف می تواند تمام اطراف تردید را مرتکب شده ولی به مقدار معلوم بالا جمال را کنار گذاشته (مثلاً در مورد روایت شاه موطوءه، یک گوسفند را) از آنها اجتناب کند و بقیه حلال است، و اگر در شبهه غیر محصوره اصلاً احتیاط را لازم ندانیم، ارتکاب جمیع اطراف هم مجاز خواهد بود، و به هر حال مبنای عدم لزوم احتیاط در شبهه غیر محصوره نمی تواند لزوم قرعه و عدم استفاده از قطع غنم را قبل از قرعه توجیه کند.

2- (2) (توضیح بیشتر)، لذا در بحث صلاه مسافر در روایات آمده که سفری که برای صید حیوانات بدون قصد خوردن یا فروختن آنها و استفاده بردن باشد و غرض از آن تنها شکار حیوانات باشد، سفر حرام بوده و در آن باید نماز را تمام خواند.

3- (3) (توضیح بیشتر) در واقع در مورد روایت بین لزوم احراق شاه موطوءه و حرمت قتل حیوانات بدون جهت، تراحم وجود دارد، شارع مقدس برای حل این تراحم راهی تعبّدی قرار داده که با قرعه شاه موطوءه شناسایی شده که این کار نوعی جمع بین دو ملاک ذاتی متراحم می باشد، لذا نمی توان حکم آن را به سایر موارد لزوم احتیاط که در آن هیچ تراحمی در کار نیست، سرایت داد.

احتیاط در مواردی که مستلزم ضرر باشد لازم نیست، بلکه شارع به جهت رعایت حق حیوانات قرعه را به عنوان یک طریق شرعی برای شناسایی گوسفندی که حق حیات ندارد و باید سوزانده شود قرار داده است.

4) تقریب صحیح تر برای جریان قرعه در مقام توسط استاد مد ظله:

گفتیم که مجرد ضرر مالی، سبب نمی گردد که احتیاط لازم نباشد و به همین جهت انسان برای انجام تکلیف الهی همچون حج باید خرجهای بسیاری را متحمل شود که از مصادیق ضرر می باشد ولی چون برای امتثال امر الهی است «لا ضرر» هم نمی تواند و خوب تکلیف را بردارد، ولی در جایی که احتیاط به جهت حق الناس است، در اینجا امر دایر بین این است که شوهر به خاطر آن دو خواهر به ضرر بیفتد، یا یکی از دو خواهر متضرر گردد، در اینجا می توان با «لا ضرر» لزوم احتیاط را بر شوهر منتفی دانست چون همه عباد در نظر شارع مقدس یکسان هستند و خواهران بر شوهر در این جهت اولویتی ندارند که به خاطر حق آنها، شوهر ضرر بکشد، در اینجا ممکن است بگوییم که می توان با قرعه مشخص کرد که کدام یک از دو خواهر زوجه واقعی است و احتیاط بر شوهر لازم نیست.

5) توضیح بیشتر درباره قاعده «لا ضرر»:

یکی از اشکالات «لا ضرر» این است که لازمه این قاعده تخصیص کثیر می باشد چون در بسیاری از احکام شرعی همچون خمس، زکاه، جهاد، و... مکلف با انجام تکلیف الهی به ضرر می افتد، در پاسخ این اشکال راههای بسیاری پیموده شده که اکنون مجال بحث و بررسی آنها نیست، بهترین پاسخ شاید این باشد که اساساً ادله «لا ضرر» از چنان اطلاق یا عمومی برخوردار نیست که در مورد تمام احکام الهی جریان داشته باشد، با دقت در روایاتی که این قاعده را پیاده کرده چنین به نظر می رسد که این قاعده تنها درباره حق الناس بوده و محدوده سلطنت مالکان و ارباب

حقوق را نسبت به یکدیگر تعیین می کند، و روشن می کند که سلطه مالکی محدود به حدی است که دیگر مالکان یا صاحب حقوق از این سلطه متضرر نشوند، و اصلاً به موارد رابطه خالق و مخلوق کاری ندارد، لذا در جایی که وضو گرفتن مستلزم تهیه آب می باشد که باید به قیمت گران تهیه شود، حق این است که وضو لازم می باشد و وظیفه مکلف به تیمم منتقل نمی گردد.

بنابراین عدم لزوم احتیاط به خاطر ضرر مالی بدان وسعتی که مرحوم آقای حکیم فرموده اند صحیح نیست ولی در محدوده حقوق مردم، این مسئله صحیح می باشد.

ولی آیا با توجه به این مبنا هم می توان جریان قرعه را در این مسئله توجیه کرد.

6) اشکال در جریان قرعه در مقام:

گفتیم که جریان قاعده قرعه در مقام مبتنی بر این است که ادله «لا ضرر» لزوم احتیاط را بردارد، ولی به نظر می رسد که از این ادله چنین استفاده ای نمی شود، زیرا «لا ضرر» لزوم ضرر را در جایی برمی دارد که دیگری از این کار متضرر نشود، در اینجا دوران امر بین این است که مکلف احتیاط کند و به هر دو خواهر مهریه پردازد در نتیجه خودش قطعاً ضرر ببیند، یا این که احتیاط نکند و تنها یک مهریه پردازد و مهریه گیرنده را با قرعه مشخص سازد، در اینجا مستحق واقعی مهر، احتمالاً ضرر می بیند، پس تراحم بین ضرر قطعی و ضرر احتمالی است و ما دلیلی نداریم که به خاطر ضرر قطعی بتوان به دیگری ضرر احتمالی زد، البته اگر ضرر احتمالی را اصلی عملی همچون استصحاب عدم یا اصاله البرائت نفی کند، در جواز ارتکاب بحثی نیست، ولی در بحث ما ضرر احتمالی طرف علم اجمالی بوده و منجز می باشد در این صورت مشکل است که به دلیل لا ضرر بتوان تمسک کرد و به نظر می رسد که شبهه مصداقیه مخصّص این دلیل باشد، چون از تحت دلیل «لا ضرر»، مواردی که از جریان آن، ضرر به دیگری پیش می آید خارج شده است، بلکه اگر خروج این گونه

موارد را با مخصص متصل بدانیم(1)، شبهه مصداقیه خود دلیل عام می باشد و در هر حال شمول «لا ضرر» نسبت به این مورد روشن نیست.

تحقیق بیشتری در این بحث نیاز به اشاره به مبنای صحیح در باب علم اجمالی و جمع بین حکم ظاهری و حکم واقعی می باشد.

ج) اشاره به برخی از مسائل اصولی:

1) اشاره به مبنای مرحوم آقای داماد در جمع بین حکم ظاهری و حکم واقعی:

مرحوم آقای داماد در بحث جمع بین حکم ظاهری و حکم واقعی می فرمودند که اگر حکم واقعی، فعلی باشد، جعل حکم ظاهری مخالف آن (خواه مخالفت به صورت قطعی باشد و خواه به صورت احتمالی) امکان ندارد و صحیح ترین راه حل برای جمع بین حکم ظاهری و حکم واقعی همان راه حلی است که مرحوم آخوند در کافی فرموده اند به این گونه که حکم واقعی را شأنی بدانیم و حکم ظاهری را فعلی، چون فعلیت حکم واقعی، به دلیل قطعی به اثبات نرسیده، بلکه از ظهور ادله احکام واقعی ناشی شده و می توان با توجه به ادله احکام ظاهری از ظهور ادله احکام واقعی در فعلیت رفع ید کرد و آن را به حکم شأنی حمل نمود، ما با این کلام ایشان موافق هستیم.

2) اشاره به مبنای مرحوم آقای داماد در باب تنجیز علم اجمالی:

مرحوم آقای داماد می فرمودند که علم اجمالی به خودی خود مانع از جریان اصول عملیه مخالف نیست، چون اگر حکم واقعی به فعلیت رسیده باشد در موارد شبهه بدویه هم نمی توان اصل عملی را جاری دانست، و همان نکته ای که سبب

ص: 3011

1- (1) (توضیح بیشتر) خروج موارد تراحم را می توان به انصراف دلیل و ارتکاز عقلاء و مانند آن مستند ساخت که به منزله مخصص لفظی متصل می باشد.

می شود در موارد شبهه بدویه اصل عملی جاری گردد، در موارد علم اجمالی هم قابل تطبیق است، یعنی اگر اثباتاً دلیلی داشته باشیم که در اطراف علم اجمالی اصل عملی را جاری ساخته باشد، ما با عنایت به آن در ظهور دلیل حکم واقعی تصرف کرده آن را به حکم شأنی حمل می کنیم، بنابراین حتی مخالفت قطعی حکم واقعی جایز خواهد بود چون مخالفت قطعیه حکم شأنی است نه حکم فعلی که عقلاً جایز نباشد.

بنابراین عمده بحث باید بر ادله اثباتی اصل عملی متمرکز شود که آیا چنین اطلاق یا عمومی دارند که اطراف علم اجمالی را شامل گردند، ایشان می فرمودند که در ادله اصول عملیه، غایت اباحه علم تفصیلی قرار داده شده است «حتی تعرف الحرام منه بعینه»، بنابراین اگر تنها این ادله در کنار ادله احکام واقعی قرار داشت ما حکم به عدم تنجیز علم اجمالی نموده، در تمام اطراف علم اجمالی اصل عملی را جاری می ساختیم، ولی با توجه به روایات خاصه ای که در موارد علم اجمالی احتیاط را لازم دانسته (همچون ادله لزوم احتیاط در آب مردّد بین پاک و نجس⁽¹⁾)، لزوم اجتناب از حیوان مردّد بین میتة و مذکّی⁽²⁾ حکم به تنجیز علم اجمالی می گردد و با الغاء خصوصیت عرفی از این موارد خاصه، تنجیز علم اجمالی به سایر موارد تعمیم می یابد.

ص: 3012

1- (1) موثقه سماعه قال سألت ابا عبد الله «عليه السلام»... عن رجل معه انا ان فيها ماء وقع في احدهما قدر و لا يدري ايهما هو، و ليس يقدر على ماء غيره قال يهرقهما (جميعاً) و يتمّم، و سائل 1: 376/151 باب 8، از ابواب ماء مطلق ح 2، جامع الاحاديث 2: 1284/55 (باب 12 از ابواب مياه، ح 3، و در ذيل آن به نقل از موثقه عمار ساباطي عن ابي عبد الله «عليه السلام» سئل عن رجل... (وسائل 1: 388/155)

2- (2) روايه الجعفریات عن علي «عليه السلام» انه سئل عن شاه مسلوخه و اخرى مذبوحه عمّي عن الراعي او عن صاحبها فلا يدري الذكيه من الميتة قال يرمي بهما جميعاً الى الكلاب (مستدرک 13: 14788/73، 16: 192/19554) به نقل از جعفریات: 27، بحار 65: 16/141 به نقل از نوادر راوندی: 46 (توضیح بیشتر) این کتاب ظاهراً نسخه ای از همان جعفریات است ر. ک. دعائم الاسلام 2: 655/180

3) نتیجه گیری از بحث مرحوم آقای داماد در این بحث و بررسی آن:

ما با اصل این مبنای مرحوم آقای داماد موافق بوده ولی می گفتیم که با الغاء خصوصیت نمی توان در تمام موارد علم اجمالی، تنجیز را نتیجه گرفت، چون در پاره ای موارد عرف به چنین الغاء خصوصیتی اطمینان ندارد که نمونه هایی از آن را در بحثهای گذشته ذکر کردیم

در این بحث هم می توان گفت که در جایی که لازمه احتیاط، متضرر شدن مکلف به جهت حق الناس باشد، دلیلی بر الغاء خصوصیت نداریم، بنابراین علم اجمالی منجز نیست بنابراین باید مخالفت قطعی هم جایز باشد، لذا می تواند به هیچ یک از دو خواهر مهر را نپردازد.

ولی به نظر می رسد که از مجموع روایات مختلف این معنا بدست می آید که انسان نمی تواند به خاطر این که خودش متضرر نشود، به دیگران ضرر قطعی بزند، بلکه در اینجا راههایی چون قرعه و تصیف وجود دارد که با توجه به آنها مکلف اصلاً متضرر نمی شود، و نمی توان گفت که این راهها را کنار بگذاریم و به دیگران ضرر قطعی وارد سازیم، لذا نسبت به اصل ذی حق بودن یکی از دو خواهر به نحو اجمالی می توان علم اجمالی را منجز دانست و نمی توان همچون سایر موارد شبهه بدویه اصل برائت را جاری کرد.

4) مناقشه در اطلاق مبنای مرحوم آقای داماد در بحث علم اجمالی:

گفتیم که ظهور ادله احکام واقعی در فعلیت حکم واقعی حتی در موارد شبهه بدویه است و ما به قرینه ادله اصول از این ظهور رفع ید می کنیم، مرحوم آقای داماد به قرینه غایت روایات حلّ «حتی تعرف الحرام منه بعینه»، که ظاهر در علم تفصیلی بوده، از ظهور ادله حکم واقعی در فعلیت رفع ید می کردند و بعد با ادله خاصه معارضه، تنجیز علم اجمالی را نتیجه می گرفتند.

ولی رفع ید به طور کلی از فعلیت احکام واقعی با قطع نظر از ادله خاصه محل

اشکال است، چون ادله حلّ مربوط به شبهات تحریمیه بوده و نسبت به شبهات وجوبیه اطلاق ندارد، و بازگشت شبهه وجوبیه به شبهه تحریمیه به اعتبار حرمت ترک واجب چندان روشن نیست، بلکه قدر متیقن از ادله حلّ، افعال محرّمه است نه ترک محرّمه
بنابراین در شبهات وجوبیه دلیل حاکمی نداریم که به خاطر آن از ظهور ادله احکام واقعی در فعلیت دست بکشیم، بنابراین طبق قواعد اولیه احتیاط در شبهات وجوبیه لازم است.

5) تطبیق بحث اصولی گذشته بر محل کلام:

با این تقریب می توان لزوم پرداخت دو مهر را بر شوهر نتیجه بگیریم ولی باید دید که آیا بنای عقلایی در این گونه موارد در کار هست که لزوم احتیاط را در جایی که مستلزم ضرر به خود شخص باشد (به خاطر حق مکلف دیگر) نفی کند، اگر چنین بناء عقلایی ثابت باشد، ما باید از فتوا به لزوم احتیاط دست بکشیم، چون عمومات ادله احکام اولیه نمی تواند رادع این گونه بناء عقلایی باشد، زیرا برای ردع بناء عقلاء باید دلیل خاص آورد و نمی توان به عمومات اکتفا کرد.

یکی از این قواعد عقلایی که برخی ادعاء کرده اند قاعده عدل و انصاف است.

6) آغاز بحث درباره قاعده عدل و انصاف:

قانونی که از آن با نام قاعده عدل و انصاف یاد می شود حکم می کند که مال مردّد بین الشخصین تنصیف می گردد، بر طبق این قاعده روایاتی هم وارد شده همچون موثقه سکونی: فی رجل استودع رجلاً دینارین و استودعه آخر دیناراً، فضاء دینار منهما قال يعطى صاحب الدینارین دیناراً و یقتسمان الدینار الباقی بینهما. (1)

ص: 3014

1- (1) فقیه 3278/37:3، تهذیب 14/208:6، 10/182:7 در این مورد این قضیه، از قضایای حضرت امیر «علیه السلام» دانسته شده است، وسائل 24025/452:18، باب 12، از کتاب الحجر). (توضیح بیشتر) روایات زیر هم می تواند در این بحث مد نظر باشد 1 - فی روایه عبد الله بن المغیره عن غیر واحد عن ابی عبد الله «علیه السلام»: فی رجلین کان معهما در همان، فقال احدهما: الدرهمان لی، و قال الآخر: هما بینی و بینک، فقال اما الذی قال: هما بینی و بینک، فقد أقرّ بأنّ احد الدرهمین لیس له و انه لصاحبه و یقسم الآخر بینهما (فقیه 3274/35:3، تهذیب 12/208:6، وسائل 24022/450:18، باب 9، از ابواب الحجر) 2 - عن غیاث بن ابراهیم عن ابی عبد الله «علیه السلام» انّ امیر المؤمنین «علیه السلام» اختصم الیه رجلان فی دابه و کلاهما اقام البینه انّه انتجها فقضى بها للذی هی فی یده و قال لولم تکن فی یده جعلتها بینهما نصفین، مشابه این روایت در مسائل دیگر باب قضاء هم دیده می شود (ر. ک. وسائل باب 12 از ابواب کیفیه الحکم از کتاب القضاء)

در برخی موارد هم تصور می‌کنم که تنصیف طبق حکم عرف و عقلاء مسلم باشد، و آن در جایی است که زید و عمرو هر یک صد دینار در نزد دیگری به امانت گذاشته‌اند، غاصبی صد دینار به زور از آن شخص مطالبه می‌کند، در اینجا شخص امین که وظیفه اولیه او این است که مال مردم را حفظ کرده و آنها را به صاحبانش بازگرداند، در اینجا عمل کامل به این وظیفه برای وی مقدور نیست، ولی به طور ناقص می‌تواند به این تکلیف عمل کند، دو راه در پیش روی او وجود دارد، راه نخست صد دینار یکی از آن دو را با قرعه یا بدون قرعه به غاصب بدهد و در نتیجه دیگری کاملاً محروم گردد، راه دیگر: از هر یک پنجاه دینار به غاصب بدهد، به نظر می‌رسد که قانون عدالت بدون اشکال این راه دوم را متعین می‌داند، در واقع برای حفظ و ایصال نصف مال هر یک، نصف دیگر به غاصب داده می‌شود.

ولی مورد بحث در جایی است که صد دینار به زید یا عمرو بدهکاریم ولی نمی‌دانیم کدام یک مالک در ذمه ما هستند و اصل عملی هم در کار نیست که تکلیف مسئله را روشن کند، آیا در اینجا جای تنصیف است یا با قرعه حکم مسئله روشن می‌گردد. بحثی است که در جلسه آینده به آن خواهیم پرداخت. ان شاء الله

«* و السلام*»

ص: 3015

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

در جلسات پیش در مورد حکم مردی که دو خواهر را به عقد خود در آورده ولی نمی داند کدام یک جلوتر بوده، بحث شد در جلسه پیش در مورد حکم مهریه قاعده عدل و انصاف را که به تنصیف حکم می کند مطرح ساختیم، در این جلسه، نخست به بررسی کلام مرحوم آقای حکیم می پردازیم که این قاعده را نه عقلی می دانند (و آن را با حکم به تخییر استمراری منافی می دانند) و نه شرعی، چون هر چند در برخی موارد بر طبق این قاعده، به تنصیف مال مردد حکم شده ولی در مواردی دیگر هم بر خلاف آن حکم شده است، سپس در پاسخ این اشکال، قاعده عقلایی تنصیف را پذیرفته و مقایسه آن را با تخییر استمراری قیاس مع الفارق می دانیم، البته این قاعده بر طبق حکم اقتضایی عقلی است و گاه بر خلاف آن هم، به تعبیر شرعی حکمی ثابت می گردد.

در ادامه حکم صور مختلف مسئله را بررسی می کنیم که در برخی از آنها شوهر می تواند نسبت به پرداخت ما زاد مهریه برائت جاری کند و در برخی علم اجمالی وجود دارد و باید با قاعده تنصیف مسئله را حل کرد.

در پایان این جلسه، این مسئله را آغاز می کنیم که اگر عقد دو خواهر در زمان واحد باشد حکم آن چیست؟ در این صورت اگر هر دو عقد، با صیغه واحده انجام گرفته باشد، روایتی حکم به تخییر شوهر در اختیار هر یک از دو خواهر کرده، که در این جلسه کلمات فقهاء را درباره سند و دلالت این روایت نقل کرده و بررسی کامل آن را به جلسه آینده موکول می نماییم.

1) نقل کلام مرحوم آقای حکیم:

مرحوم آقای حکیم می فرمایند که این قاعده آیا به حکم عقل ثابت شده یا به دلیل شرعی؟

اگر بگویید این قاعده به حکم عقل است چنانچه تعبیر «عدل و انصاف» بدان اشاره دارد، با این بیان که چون دو طرف احتمال، هیچ یک بر دیگری ترجیحی ندارد، لذا باید مال را نصف کرد

در پاسخ می گوئیم؛ مرجح نداشتن سبب نمی شود که تنصیف متعین باشد، بلکه ممکن است ما قائل به تخییر باشیم، نظیر کلامی که فقهاء در مسئله دوران امر بین وجوب و حرمت گفته اند که تخییر مکلف استمراری است، چون، هر چند اگر کسی در زمان اول وجوب را انتخاب کرد و در زمان دوم، حرمت را، در نتیجه قطعاً مخالفت حکم شرع از وی سر زده، ولی در مقابل، قطعاً موافقت حکم شرع را هم نموده است، ولی اگر همان را که اول اختیار کرده، تا آخر بر همان باقی باشد، همیشه موافقت و مخالفت احتمالی کرده است، معنای تجویز تخییر استمراری این است که مخالفت قطعی که با موافقت قطعی همراه باشد، به حکم عقل با مخالفت احتمالی که با موافقت احتمالی همراه باشد یکسان است.

در بحث ما نیز اگر تمام مال را به یکی از دو نفر بدهیم، موافقت احتمالی همراه با مخالفت احتمالی نموده ایم، ولی اگر مال را نصف کنیم، نصف مال قطعاً به مالک واقعی رسیده (موافقت قطعی) ولی نصف مال هم قطعاً به غیر مالک رسیده (مخالفت قطعی)، بنابراین، حکم به تنصیف با حکم به تخییر استمراری منافات

ما در اینجا می‌افزاییم که، در دوران امر بین محذورین (و نیز در دو اماره متعارض که قائل به تخییر باشیم همچون فتوای دو مجتهد مساوی) بحثی نیست که اگر کسی همان احتمالی را که در ابتداء اختیار کرده تا آخر بر طبق آن عمل کند مانعی ندارد، و بحث در جواز عدول و عدم جواز عدول می‌باشد وگرنه بحثی نیست که عدول از احتمالی که در ابتداء اختیار کرده، قطعاً واجب نیست، مسئله تعیین تصیف در بحث ما بدین معنا است که مادر موارد تخییر، عدول را لازم بدانیم که بسیار عجیب به نظر می‌رسد.

ولی اگر ما بخواهیم قاعده عامّ عدل و انصاف را از موارد خاصه (1) که روایات بر تصیف وارد شده اصطیاد کنیم، این استدلال ناتمام است، زیرا در برخی موارد هم بر خلاف قاعده عدل و انصاف حکم شده است همچون مسئله میراث غرقى و مهدوم علیهم.

ص: 3018

1- (1) در جلسه قبل در متن و حاشیه به ذکر برخی از روایات این قاعده پرداختیم، در اینجا روایاتی دیگر را در این زمینه که در حاشیه مستمسک ذکر شده می‌آوریم: - روایه یونس بن یعقوب عن ابی عبد الله «علیه السلام»: فی امرأ تموت قبل الرجل أو رجل قبل المرأه، قال: ما كان من متاع النساء فهو للمرأه، و ما كان من متاع الرجال و النساء فهو بینهما (تهذیب 9: 39/302، و سائل 26: 32857/216) و نظیر آن در روایت رفاعه نخاس (تهذیب 6: 25/294، و سائل 26: 32858/216) موثقه سکونی عن ابی عبد الله «علیه السلام» قال قال امیر المؤمنین «علیه السلام» فی رجل اقرّ عند موتہ لفلان و فلان، لا جدھما عندی الف درھم، ثم مات علی تلک الحال، فقال ایھما اقام البینه فله المال، فان لم یقم واحد منھما، فالمال بینھما نصفان (کافی 7: 5/58، فقیه 4: 5557/233، تهذیب 9: 12/162، و سائل 19: 24695/323، 23: 29340/183) (توضیح بیشتر) روایت زیر هم می‌تواند به عنوان دلیل این قاعده بشمار آید: - محمد بن مسلم عن ابی جعفر «علیه السلام» قال: سألتہ عن رجل اشتری من رجل عبداً و کان عنده عبدان فقال للمشتری اذهب بھما، فاختر ایھما شئت و ردّ الآخر و قد قبض المال و ذهب بھما المشتری فابق احدهما من عنده قال لیردّ الذی عنده منھما و یقبض نصف الثمن ممّا اعطی من البیع، و یذهب فی طلب الغلام، فان وجد اختار ایھما شاء و ردّ النصف الذی اخذ و ان لم یوجد کان العبد بینھما نصفه للبائع و نصفه للمبتاع (کافی 5: 1/217، فقیه 3: 3543/148، تهذیب 7: 22/72، و سائل 18: 23648/268).

بنابراین ما باید به قاعده قرعه رجوع کنیم(1) که قانونی است عام و اگر در مواردی حکم شرعی بر خلاف آن باشد تخصیص این قاعده است، و در جایی که تخصیص قاعده قرعه ثابت نباشد همچون مورد بحث ما، باید بدان استناد کرد.

2) توضیح کلام مرحوم آقای حکیم درباره بحث میراث غرقى و مهدوم علیه:

با ذکر یک مثال ساده، کلام مرحوم آقای حکیم را توضیح می دهیم، پدر و پسری در یک حادثه غرق شده اند و نمی دانیم کدام زودتر و کدام دیرتر مرده است، و فرض هم می کنیم که هر یک وارث منحصر دیگری در طبقه اول می باشد، در اینجا اگر پدر، 3 هزار دینار داشته باشد و پسر هزار دینار، اگر پدر زودتر مرده باشد، 3 هزار دینار وی به پسر رسیده و سپس این 3 هزار دینار به همراه هزار دینار پسر، به ورثه پسر منتقل شده است، و اگر پسر زودتر مرده باشد، هزار دینار وی به پدر و سپس به همراه 3 هزار دینار پدر، به ورثه پدر منتقل می گردد.

بنابراین، ما نمی دانیم که مجموع 4 هزار دینار موجود ملک وراث پدر است یا ملک وراث پسر، پس طبق قاعده تصنیف باید آن را نصف کرده، 2 هزار دینار به

ص:3019

1- (1) (توضیح بیشتر) نقل صحیحہ الحسین بن المختار در تأیید رجوع به قرعه و عدم مراجعه به قانون تصنیف مفید است. قال قال أبو عبد الله «عليه السلام» لأبي حنيفة: يا أبا حنيفة، ما تقول في بيت سقط على قوم و بقى منهم صبيان احدهما حر و الآخر مملوك لصاحبه، فلم يعرف الحر من المملوك، فقال ابو حنيفة: يعتق نصف هذا و يعتق هذا، و يقسم المال بينهما فقال أبو عبد الله «عليه السلام»: ليس كذلك و لکنه يقرع بينهما فمن اصابته القرعه فهو حر و يعتق هذا فيجعل مولی له (کافی 7/138:7، فقیه 4:5660/308، تهذیب 9:10/361، و سائل 26:33063/312 البتة شاید استدلال به این روایت از جهاتی محل تأمل باشد، چون در مسئله عتق چه بسا تبعیض در عتق مرضی شارع مقدس نباشد به جهت خصوصیت خاص حریت و رقیت که تشریح بین آن دو چندان به صلاح نیست، لذا در پاره ای موارد که قسمتی از عبد آزاد می گردد، بقیه آن نیز بالسرایه آزاد می گردد. از سوی دیگر در این مسئله هم در مالک اختلاف می باشد و هم در ملک، و در موارد بحث ما، ملک مشخص است و مالک نامشخص، پس یکی را نمی توان به دیگری قیاس کرد.

وژات پدر و 2 هزار دینار به وژات پسر داده شود، ولی حکم شرعی چنین نیست، بر طبق روایات در مورد اموال پدر مرگ وی را جلوتر فرض می‌کنیم، در نتیجه 3 هزار دینار وی به پسر و از وی به وژات طبقه بعد پسر منتقل می‌گردد، در مورد پسر هم مرگ وی را زودتر فرض می‌کنیم، پس هزار دینار وی به پدر و از وی به وژات طبقه بعد پدر منتقل می‌گردد.

پس طبق روایات، وژات پدر، هزار دینار پسر و وژات پسر، 3 هزار دینار پدر را مالک می‌شوند نه هر دو گروه به تساوی، دو هزار دینار را مالک گردند.

3) مناقشه استاد - مد ظله - در کلام مرحوم آقای حکیم:

مقایسه مورد بحث به مسئله تخییر استمراری و ابتدایی صحیح نمی‌باشد، زیرا در مسئله تخییر استمراری صاحب حق یک شخص می‌باشد و شک در متعلق حق می‌باشد، مکلف می‌داند حقی از ناحیه شارع بر گردن اوست، لکن نمی‌داند آن حق کدام است؟ و خوب است یا حرمت؟ یا در شک در قصر و اتمام آیا بر او لازم است نماز را بر طبق فتوای یک مجتهد قصر بجا آورد یا بر طبق فتوای مجتهد دیگر، تمام؟ در این گونه موارد می‌توان به تخییر استمراری قائل شد، و این با جایی که مالک مردّد است تفاوت دارد.

برای توضیح بیشتر این بحث، این مثال را ذکر می‌کنیم.

اگر شخصی دو کیسه صد دیناری از دیگری به امانت گرفته باشد، برای رساندن این مال به صاحبش، دو راه وجود دارد، در یک راه قطعاً صد دینار به مالک می‌رسد و صد دینار دیگر خرج می‌شود و به دست مالک نمی‌رسد و در راه دیگر احتمالاً تمام دویست دینار به دست مالک می‌رسد و احتمالاً هیچ مقداری به دست وی نمی‌رسد، در اینجا می‌توان گفت که امانت گیرنده، بین دو راه مختار است، (1) و اگر راه اول را هم اختیار کرده فرقی ندارد که صد دینار خرج شده را از یک کیسه بردارد

ص: 3020

1- (1) (توضیح بیشتر) البته فرض ما در جایی است که بین صد دینار اول و صد دینار دوم هیچ فرقی نباشد، بنابراین اگر نیاز مالک به صرف الوجود صد دینار بیشتر باشد، قهراً باید راه نخست را اختیار کرد. و اگر فایده بدست آوردن دویست دینار به طور اجتماع بیشتر از بدست آوردن دو صد دینار نیاز به متفرق باشد، راه دوم اختیار می‌گردد.

یا نصف آن را از یک کیسه و نصف آن را از کیسه دیگر بردارد، چون مالک واحد است و بین شقوق مختلف آن تفاوتی نیست.

و این تخییر بین شقوق گوناگون در جایی که ملک از دو سنخ هم باشد جریان دارد، و تا وقتی که مالک واحد است، حکم فرقی نمی کند.

در مسئله دوران امر بین قصر و اتمام، یا دوران امر بین وجوب و حرمت، مالک و ذی حق، خداوند - تبارک و تعالی - می باشد که بر عهده عبد حق اطاعت دارد و بنده باید احکام وی را امتثال کند، امتثال تمام احکام شرع (با فرض عدم ترجیح در ملاک حکم) یکسان می باشد، لذا موافقت قطعی همراه با مخالفت قطعی، با موافقت و مخالفت احتمالی مساوی است، بلکه بسیاری صورت دوم را متعین دانسته، تخییر استمراری را منکر شده اند.

اما اگر مالک متعدد باشد، حکم مسئله متفاوت است، در این صورت اگر توجه ضرر قطعی باشد ولی مردد بین متوجه شدن به هر دو مالک باشد یا به یکی از آنها، در این صورت حکم عقلایی بر تنصیف ضرر می باشد، به مثالی که در جلسه قبل آوردیم باز می گردیم، کسی از دو نفر از هر یک صد دینار به امانت گرفته است، غاصبی از وی صد دینار مطالبه می کند، به حکم قانون عقلاء نمی تواند تمام این صد دینار را از مال یک نفر (با قرعه یا بدون آن) برداشت، بلکه این ضرر قطعی را نصف کرده، نیمی متوجه یک مالک و نیمی متوجه مالک دیگر می گردد.

به نظر می رسد که ضرر احتمالی هم همین حکم دارد، اگر مال در اختیار من است که نمی دانم از آن زید است یا عمرو، اگر تمام آن را به زید یا عمرو بدهم احتمالاً مال به مالک رسیده و احتمالاً هم مال به مالک نرسیده است، در اینجا بدون قرعه، ترجیح یکی بر دیگری بی تردید جایز نیست، چون ترجیح بلا مرجح است، بلکه به نظر می رسد که عقلاء قرعه نمی کشند بلکه با تنصیف مال، رعایت حال هر دو مالک احتمالی را می کنند، به نظر می رسد موارد مختلف که در باب قضاء، ارث،

صلح، ودیعه، حکم به تنصیف شده بر طبق همین قاعده عقلایی است، و مسئله ارث غرقی و مهدوم علیه حکم تعبدی ویژه می باشد.

گفتنی است که قاعده عقلایی تنصیف از حکم عقلی اقتضائی ناشی شده، نه از حکم عقلی فعلی، لذا امکان جعل حکم مخالف از سوی شارع در این موارد وجود دارد، گاه شارع با عنایت به مصالح مهم تر، از قاعده تنصیف رفع ید می کند، بنابراین اگر حکم شرعی مخالف، ثابت شود از قاعده اقتضائی فوق دست می کشیم وگرنه، این قاعده متبّع است.

به هر حال، به نظر می رسد که عقلاء در این موارد طبق اصل اولی، تنصیف را بر قرعه مقدم می دارند، البته اگر طرفین دعوا خود به قرعه راضی شوند، بحث دیگری است. و مشکل خود به خود حل شده است.

4) نتیجه گیری بحث:

در محل بحث ما نسبت به مهریه، قاعده تنصیف حکم فرما می باشد. یعنی در مورد مهر هر یک از دو خواهر، امر مردّد بین این است که این مهر ملک زوج باشد یا ملک آن خواهر، بنابراین زوج موظّف است نصف مهر زن را بپردازد.

ب) بررسی ادامه کلام مصنف:

1) متن عروه:

ثم مقتضى العلم الاجمالي بكون احدهما زوجه وجوب الانفاق عليهما ما لم يطلّق، و مع الطلاق قبل الدخول نصف المهر لكل منهما، و ان كان بعد الدخول فتمامه، لكن ذكر بعضهم انه لا يجب عليه الاّ نصف المهر لهما، فلكل منهما الربع في صورة عدم الدخول و تمام احد المهرين لهما في صورة الدخول و المسأله محل اشكال كنظائرها من العلم الاجمالي في الماليات

ص: 3022

2) طرح بحث:

گفتیم که در موارد دوران یک مال بین دو شخص قاعده عقلایی بر تنصیف می باشد. لذا اگر به زن دخول نشده باشد، نصف مهر مرد بین این است که ملک زن باشد یا ملک شوهر، طبق قاعده تنصیف، زن مستحق ربع (نصف النصف) خواهد بود، و در صورت دخول، مهر تنصیف نمی شود. ولی نکته ای در این بحث وجود دارد که در کلام مصنف مورد توجه قرار نگرفته است، و آن این است که در صورت دخول به دو خواهری که یکی از آنها زوجه حقیقی اوست، هر دو خواهر مستحق مهر هستند، زوجه حقیقی مستحق مهر المثل و زوجه غیر حقیقی مستحق مهر المثل، چون در وطی به شبهه (1) مهر المثل لازم می گردد.

در اینجا در مورد هر یک از دو خواهر اگر مهر المسمی با مهر المثل یکی باشد، حکم مسئله روشن می باشد، ولی اگر مهر المسمی با مهر المثل متفاوت باشد مرد موظف به پرداخت اقل الامرین از مهر المسمی یا مهر المثل است (چون در اقل و اکثر استقلالی اصاله البراءه قطعاً جاری است) مگر علم اجمالی در کار باشد که حکم مسئله را تغییر می دهد.

3) صورتهای وجود علم اجمالی در مسئله:

چند صورت است که در این مسئله نیاز به بررسی دارد. (2)

صورت اول: در مورد هر دو خواهر مهر المسمی بیشتر از مهر المثل است.

صورت دوم: در مورد هر دو خواهر مهر المثل بیشتر از مهر المسمی است.

ص: 3023

1- (1) (توضیح بیشتر) یعنی شبهه از سوی زن باشد، خواه از سوی مرد وطی به شبهه باشد یا زنا.

2- (2) (توضیح بیشتر) استاد - مد ظله - ر این درس صورتهای اصلی مسئله را بررسی کرده اند، صورتی که یکی از دو خواهر تنها مدخوله باشد نیاز به بحث مستقل دارد.

در این دو صورت شوهر چون علم دارد که به یکی از دو خواهر مدیون مهر المسمی و به دیگری مدیون مهر المثل است، در نتیجه علم اجمالی دارد که نسبت به هر یک از مهر المسمی یا مهر المثل که بیشتر بود نیز به یکی از دو خواهر مدیون می باشد، بنابراین نمی تواند در مورد هر دو به اقل الامرین اکتفاء کند چون مخالفت قطعی علم اجمالی پیش می آید، در اینجا ما زاد از اقل الامرین در مورد هر خواهر مردد بین وی و شوهر می باشد، در نتیجه مقدار ما زاد تنصیف می گردد.

بنابراین، هر خواهر اقل الامرین از مهر المسمی خود و مهر المثل خود را به علاوه نصف ما زاد مستحق می باشد. (1)

صورت سوم: اگر در مورد هر خواهری مهر المسمی و مهر المثل، از جهت سنخ متفاوت باشد، مثلاً مهر المسمی دو دانگ منزل باشد و مهر المثل هزار دینار (2)، در اینجا نصف مجموع مهر المسمی و مهر المثل به زن داده می شود. (3)

سؤال: آیا مرد می تواند مهر المسمی یا مهر المثل را در اختیار زن بگذارد و به او بگوید که هر کدام را که مالک هستی بردار؟

پاسخ: مجرد این کار سبب نمی گردد که مال مالک مهریه او داده شده باشد، چون این ایصال بحساب نمی آید که کاری انجام گیرد که مالک هم از آن منتفع نشود چون شرعاً نمی تواند در مال خودش تصرف کند، بلکه باید آن را به مالک تملیک کرده یا جواز تصرف مطلق را به او بدهد به گونه ای که حق تملک داشته باشد، و با مجرد اجازه اجمالی به تصرف در مال واقعی سبب نمی شود که ذمه مرد فارغ شود.

ص: 3024

1- (1) (توضیح بیشتر) به بیان روشن تر هر خواهر میانگین بین مهر المسمی و مهر المثل خود را مستحق می باشد.

2- (2) مهر المثل به پول رایج که مبادلات بر روی آن انجام می گیرد محاسبه می گردد.

3- (3) (توضیح بیشتر) در اینجا نمی توان مالیت مهر المسمی و مهر المثل را در نظر گرفت و اقل را متیقن فرض کرد و نسبت به اکثر براءت جاری کرد، چون زن علاوه بر مالیت مهر، خصوصیات فردیه مهر را نیز مالک می باشد و عین مهر به عهده مرد قرار می گیرد.

1) متن مسئله:

لو اقترن عقد الاختین - بان تزوجهما بصیغه واحده او عقد علی احدهما و وکیلہ علی الاخری فی زمان واحد - بطلا معاً، و ربما یقال: بکونه مخیراً فی اختیار ایہما شاء، لروایہ محمولہ علی التخییر بعقد جدید، و لو تزوجہما و شک فی السبق و الاقتران حکم ببطلانہما ایضاً

2) توضیح مسئله و صورتهای آن:

اگر کسی با دو خواهر در عقد واحد ازدواج کند، فقهاء می فرمایند که عقد هر دو باطل است. مرحوم سید فرض دیگری را ذکر کرده که یکی از خواهران را خودش عقد کند و دیگری را در همان زمان وکیلش.

البته در این مسئله فرض دیگری هم وجود دارد که مرحوم سید ذکر نکرده اند، یک فرض این است که شوهر، دو وکیل دارد و یکی از دو خواهر را یکی از وکیلها عقد کند و خواهر دیگر را وکیل دیگر، فرض دیگر این است که شوهر، دو ولی دارد و عقد یکی از دو خواهرها را یکی از ولی ها و عقد دیگری را ولی دیگر انجام داده باشد، همین طور صور دیگر که یکی از عقدها را اصیل و دیگری را وکیل یا ولی انجام داده باشند، یا یکی از عقدها را وکیل و دیگری را ولی انجام داده باشد، به هر حال همه این صورتهای داخل در محل بحث ما می باشد.

3) طرح بحث:

در صورتی که ازدواج هر دو خواهر با یک عقد باشد، روایتی در مسئله وجود دارد که در میان فقهاء در عمل کردن بدان اختلاف وجود دارد، ولی در جایی که ازدواج دو خواهر، با دو عقد است، مورد روایت نیست و فقهاء گفته اند که باید طبق

قواعد عمل کرده، حکم به بطلان هر دو عقد نمود، چون مرجّحی ثبوتی برای یکی از آنها در کار نیست، نسبت به واحد لا بعین هم عموماً و اطلاقات ادله قاصر است، چون مصادیق آنها معینات می باشد، در نتیجه ادله نسبت به شمول هر دو عقد تساقط می کنند، لذا حکم به بطلان آنها می گردد.

البته در مورد عقد واحد روایتی وارد شده که زوج را در انتخاب یکی از دو خواهر مخیر دانسته است.

4) نگاهی به کلمات فقهاء در سند روایت محلّ بحث:

محقق حلی این روایت را به علت ضعف سند پذیرفته، صاحب مدارک در نهاییه المرام فرموده که روایت بنا بر نقل شیخ طوسی و کلینی به جهت ارسال ضعیف است، بلکه در نقل شیخ، علی بن السنندی واقع است که مجهول الحال است و توثیق ندارد، ولی این روایت را صدوق در فقیه نقل کرده که نه ارسال دارد و نه ضعف سندی دیگر، بنابراین روایت از جهت سند صحیح است. (1)

مرحوم آقای حکیم هم صحّت طریق فقیه را پذیرفته و درباره اختلاف نقل آن با کافی و تهذیب بحثی نکرده اند ولی مرحوم آقای خوبی متعزّض این بحث شده اند، ایشان این اشکال را مطرح ساخته اند که چون روایت مختلف نقل شده، برخی آن را مرسل و برخی مسند نقل کرده اند، لذا نقل مسند ثابت نمی گردد چون نتیجه تابع اخسّ مقدمتین بوده، روایت در حکم مرسل شمرده شده و ضعیف محسوب می گردد.

ایشان در پاسخ می گویند که نقل مرسل، در اینجا از درجه اعتبار ساقط است، چون راوی این نقل از ابن ابی عمیر، تنها ابراهیم بن هاشم است، ولی نقل مسند را همین ابراهیم بن هاشم به همراه عده ای دیگر نقل کرده اند، لذا وقتی خود ابراهیم بن هاشم به دو گونه مختلف نقل کرده، نقل مرسل ابراهیم بن هاشم نمی تواند با نقل

ص: 3026

بنابراین سند صحیح فقیه در این روایت بی اشکال است.

5) نگاهی به کلمات فقهاء دربارهٔ روایت مورد بحث:

صاحب مدارک در نهاییه المرام فرموده است که دلالت روایت واضح نیست، چون ممکن است، مراد این باشد که هر کدام یک از آنها را که خواست می تواند با عقد جدید به حباله نکاح خود در آورد که معنای آن بطلان عقد است. (2) نه اینکه مرد اختیار داشته باشد که بدون عقد جدید هر کدام را که خواست انتخاب کند.

همین اشکال را هم دیگران همچون مرحوم سید مطرح ساخته اند.

ولی مرحوم آقای حکیم و مرحوم آقای خویی فرمودند که احتمالی که شما ذکر کرده اید، مخالف ظاهر روایت است، ظاهر روایت این است که شوهر بدون عقد جدید، اختیار انتخاب دارد، و هر احتمالی (ولو خلاف ظاهر باشد) سبب نمی شود که ما از روایت معتبر دست بکشیم و به قواعد مراجعه کنیم، برای دست کشیدن از قواعد لازم نیست که روایت ما نص باشد، بلکه همین که روایت ظاهر باشد کفایت می کند بخصوص در این روایت که ظهور آن کاملاً قوی است.

بررسی بیشتر سند و متن این روایت را در جلسه آینده خواهیم آورد.

«* و السلام*»

ص: 3027

1- (1) اگر کسی دو نقل مختلف داشته باشد و دیگری نقل داشته باشد که با یکی از آن دو نقل موافق و با نقل دیگر مخالف، در اینجا عقلاء نقل کسی را که مختلف سخن گفته از درجه اعتبار ساقط می دانند و یکی از دو نقل وی را با نقل مخالف شخص دیگر معارض نمی اندازند، علت حکم عقلاء هر چه باشد به هر حال در اصل این حکم تردیدی نیست.

2- (2) (توضیح بیشتر) بنابراین احتمال، در واقع روایت ناظر به نفی احتمال حرمت ابدی است.

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

کلام در مسئله بطلان نکاح دو خواهری است که هر دو را با یک صیغه عقد کنند.

مرحوم سید با اشاره به روایتی که مرد را در انتخاب هر یک از آنان مخیر دانسته، آن را حمل به تخییر با عقد جدید می کنند. در این جلسه ابتدا سند روایت مذکور را بررسی می کنیم و چون احتمال تعدد روایت در نقل صدوق «رحمه الله» با نقل دیگران وجود دارد، اخذ به روایتی را که صدوق «رحمه الله» مسنداً نقل کرده، بلا اشکال می دانیم و آنگاه به بررسی دلالت پرداخته و وجوهی را که از موانع اخذ به ظاهر آن ذکر کرده اند، دفع و حکم تخییر بدون نیاز به عقد جدید را بلا مانع خواهیم دانست.

مرحوم سید پس از حکم به بطلان عقد دو خواهری که آنان را با یک صیغه عقد کرده باشند، متعرض نظر عده ای می شود که به دلیل روایت جمیل بن دراج قائل به تخییر در انتخاب هر یک از آنها شده اند و می فرماید: این روایت محمول به تخییر در انتخاب هر یک، با عقد جدید است.

الف) بررسی سند روایت جمیل بن دراج:

1) نقل روایت به طرق مختلف:

متن روایت: محمد بن علی بن الحسین باسناده عن ابی ابی عمیر (یعنی به اسناد خود از ایوب بن نوح و ابراهیم بن هاشم و یعقوب بن یزید و محمد بن عبد الجبار عن ابن ابی عمیر) (1)

ص: 3028

عن جميل بن دراج عن ابي عبد الله «عليه السلام» في رجل تزوج اختين في عقد واحد قال:

يمسك ايتهما شاء ويخلي سبيل الاخرى. وقال في رجل تزوج خمسا في عقد واحد قال:

يخلي سبيل ايتهما شاء(1)

كليني و شيخ طوسي (رحمهما الله) نیز نظير این روایت را مرسلأ نقل می کنند:

محمد بن يعقوب عن علي بن ابراهيم عن ابيه عن ابن ابي عمير عن جميل بن دراج عن بعض اصحابه عن احدهما «0» انه قال في رجل تزوج اختين في عقد واحد قال: هو بالخيار يمسك ايتهما شاء ويخلي سبيل الاخرى.

و محمد بن الحسن الطوسي باسناده عن محمد بن علي بن محبوب عن علي بن السندي عن ابن ابي عمير مثله(2)

2) تقریب مرحوم آقای خوبی برای تصحیح سند روایت:

اولین کسی که در سند این روایت مناقشه کرده محقق «رحمه الله» و اولین کسی که از اعتبار آن دفاع کرده، شاگرد او فاضل آبی در کشف الرموز است.

مرحوم آقای خوبی با جزم به اینکه این دو نقل، یک روایت و یک قضیه بیش نیست، ابتدا اشکالی را مطرح می کنند: که چون این روایت در نقل صدوق، مسند و صحیحه ولی در نقل کلینی و شیخ مرسله است، سند این دو روایت متعارض می شود یعنی ما نمی دانیم این روایت را جميل بن دراج یا روات بعدی مسندأ نقل کرده اند یا مرسلأ. لذا هر دو از حجیت ساقط می شوند.

آنگاه در جواب این اشکال می فرمایند: بعد از ثبوت اتحاد روایت، در واقع این ابراهیم بن هاشم است که روایت را به دو شکل نقل کرده است، یعنی در نقلی که کلینی آورده او روایت را مرسلأ و در نقلی که صدوق آورده وی همراه سه تن دیگر از

ص: 3029

1- (1) وسائل ابواب ما یحرم بالمصاهره باب 25 ح 1

2- (2) وسائل ابواب ما یحرم بالمصاهره باب 25 ح 2

اجلاء مسنداً نقل نموده است. بدیهی است اگر کسی مطلبی را به دو گونه نقل کند، اشتباه را باید عادتاً در آن نقلی دانست که او منفرد است نه آن نقلی که چند تن دیگر از ثقات نیز با او متفقند. بنابراین طریق صدوق که همراه ابراهیم بن هاشم، سه تن دیگر از ثقات از ابن ابی عمیر و او از جمیل بدون ارسال از امام «علیه السلام» نقل می کند مقدم است.

3) نقد کلام آقای خویی «رحمه الله» توسط استاد مد ظلّه:

اولاً: در تقریرات مرحوم آقای خویی سهوی واقع شده که معلوم نیست از سهو قلم مقرر است یا سهو بیان استاد. ایشان یکی از کسانی را که از ابن ابی عمیر روایت می کند یعقوب بن شعیب شمرده اند در حالی که او هم طبقه افرادی مانند زراره است و ابن ابی عمیر و بلکه افرادی همچون عبد الله ابن بکیر و حماد بن عثمان و ابان بن عثمان که از مشایخ ابن ابی عمیرند، از او روایت می کنند. لذا نمی توان او را راوی از ابن ابی عمیر شمرد. راوی از او یعقوب پسر یزید است که صدوق در مشیخه فقیه او را در طریق خود به ابن ابی عمیر همراه سه تن دیگر ذکر می کند.

ثانیاً: نسبت اشتباه به ابراهیم بن هاشم در یکی از این دو نقل در صورتی صحیح است که وی و آن سه نفر دیگر همه روایت را سماعاً از ابن ابی عمیر اخذ کرده باشند. در این صورت باید گفت ابراهیم بن هاشم روایت را هم برای مشایخ کلینی و هم برای مشایخ صدوق، مشافهه نقل کرده و در یکی از این دو نقل از او اشتباهی سر زده که باید صحیح آن همان نقل باشد که چند تن دیگر با او همراه بوده اند. ولی واقعیت این چنین نیست. این چهار نفر افرادی هستند که صدوق از طریق آنان از کتاب ابن ابی عمیر اخذ می کند. یعنی صدوق این روایت را بخصوصه از آن چند تن نشنیده، بلکه وی از کتاب ابن ابی عمیر با اجازه آن اخذ حدیث می کند. شیخ کلینی نیز این روایت را - همان گونه که از تکرار این سند در کافی معلوم می شود - از مشایخش مشافهه نشنیده، بلکه از طریق آنان از کتاب ابن ابی عمیر اخذ کرده است.

اما اینکه ابن ابی عمیر روایت را مرسله نقل کرده یا مسنداً، مشایخ او کاری به آن ندارند. مثل اینکه ما از کتاب کافی با اجازه مشایخ متعددی نقل حدیث می کنیم،

آنان تک تک روایات را برای ما نخوانده اند بلکه این اجازات فقط برای اتصال طریق به اصل کتاب است. (1) لذا اگر تعداد اجازات بسیار بیش از چهار نفر هم باشد باز تعیین نمی کند که ابن ابی عمیر روایت را مسنداً نقل کرده است.

بنابراین، چون شیخ صدوق از طریق آن چهار تن از خود کتاب ابن ابی عمیر اخذ روایت کرده و احتمال سماع الفاظ روایت بالمشافهه از مشایخ حدیث، با وجود در دست بودن کتاب ابن ابی عمیر بعید است، و همچنین چون کتاب ابن ابی عمیر از کتب معروف بوده و احتمال وجود نسخ مختلف درباره آن بعید است و نمی توان گفت کلینی از ابراهیم بن هاشم نسخه ای داشته و صدوق از او نسخه دیگری بدست آورده است، و از طرف دیگر احتمال اشتباه سهوی از سوی راویان، خبر بعید به نظر می رسد، چون بعید است که راویان از نقل کلینی و شیخ (2) مرتکب اشتباه شده، هم سند روایت را مرسلاً نقل کرده اند و هم مروی عنه را «احدهما» گفته باشند یا بر عکس بعید است که در نقل صدوق سهواً «بعض اصحابه» حذف شده و «احدهما» به ابن ابی عبد الله «علیه السلام» تبدیل شده باشد. لذا منشأ اختلاف این دو نقل را در جای دیگری باید جستجو کرد.

در اینجا این مطلب را می توان گفت که گاهی در اسناد روایاتی که به یکدیگر عطف می شوند در روایاتی بعد، ضمایری بکار می رود که در شناخت مرجع آنها اختلاف نظر پیش می آید. مثلاً اگر بگویند: عن جمیل بن دراج عن بعض اصحابنا

ص: 3031

1- (1) (توضیح بیشتر) این گونه اجازات، اجازات عامه می باشد و ناظر به تصحیح تک تک موارد نقل شده نمی باشد، این سخن استاد مد ظله از اهمیت ویژه ای برخوردار است، در این بحث به قواعد مهمی در منبع شناسی کتب حدیثی اشاره رفته که تقضیل آن را مجالی دیگر باید.

2- (2) مرحوم آقای خوبی متذکر وجود راوی دیگری از ابن ابی عمیر غیر از ابراهیم بن هاشم نشده اند، در حالی که همین روایت را شیخ به طریق علی بن سندی از ابن ابی عمیر نقل کرده است. شاید دلیل عدم تعرض ایشان به نقل شیخ، مجهول بودن این راوی باشد. (توضیح بیشتر) البته مجهول خواندن این راوی بر مبنای مرحوم آقای خوبی در معجم رجال است، ولی استاد مد ظله اشاره کرده اند که این راوی همان علی بن اسماعیل بن عیسی اشعری است که قرائتی همچون کثرت روایت اجلاء از وی بر وثاقت وی دلالت می کند.

عن احدهما قال: قال كذا بعد روایت دیگری را به آن عطف کرده بگویند: و قال:

سأله رجل فقال كذا. در اینجا مرجع ضمیر «و قال» در روایت دوم چندان واضح نیست که آیا به جمیل بر می گردد یا به بعض اصحابنا؟

می توان گفت صدوق اجتهاداً مرجع ضمیر را جمیل دانسته و مروی عنه وی را امام صادق «علیه السلام» (چون او معاصر آن حضرت است) فرض کرده و روایت خود را به این شکل: جمیل بن دراج عن ابی عبد الله «علیه السلام» نقل کرده است ولی کلینی و شیخ مرجع ضمیر را «بعض اصحابنا» می دانند (و قهراً مانعی ندارد که ضمیر دوم را به احدهما بازگردانیم) و در نتیجه روایت مرسل می شود.

بنابراین، اختلاف در سند را می توان به اجتهاد محدثی که روایت را از کتابی (مثلاً کتاب ابن ابی عمیر) اخذ کرده نسبت داد و با وجود چنین اختلاف نظری نمی توان به مختار صدوق مطمئن شد و چون نتیجه تابع اخس است باید روایت را مرسل و غیر معتبر دانست.

مگر اینکه قائل به حجیت روایاتی باشیم که یکی از اصحاب اجماع و بالخصوص ابن ابی عمیر در سند آن واقع شده اند.

ولی به نظر ما نه وقوع اصحاب اجماع در سند، دلیل بر اعتبار و حجیت روایت است و نه حتی کسانی مانند ابن ابی عمیر، زیرا ما تنها مشایخ بلا واسطه او و نیز مراسلات خود او (و صفوان و بزظی) را معتبر می دانیم و مرسل این روایت، جمیل بن دراج است نه ابن ابی عمیر. (1)

4) تقریب استاد مد ظله برای اعتبار روایت صدوق:

آنچه تاکنون گفته شد بر اساس اتحاد این دو روایت است. ولی واقعیت این است

ص: 3032

1- (1) علامه در مختلف در مقابل اثبات اعتبار این روایت می گوید ارسال ابن ابی عمیر مضر نیست زیرا فقها به مراسلات او عمل می کنند. صاحب مدارک در نهاییه المرام اشکال کرده می گوید: این روایت را ابن ابی عمیر ارسال نکرده بلکه از مراسلات جمیل است و عمل کردن اصحاب به مراسلات ابن ابی عمیر دلیل بر اعتبار این روایت نمی شود. و این اشکال وارد است.

که نمی توان به اتحاد این دو مطمئن شد. گاهی بعضی از راویان پس از اینکه روایتی را از امامی، خودشان یا با واسطه می شنیدند، به خاطر اطمینان بیشتر یا آزمایش امام بعدی یا به خاطر احتمال تقیه ای بودن روایت اول، دو مرتبه همان سؤال را از امام بعدی می نمودند. ممکن است در اینجا مراد از احدهما امام پنجم باشد و جمیل بن دراج یک بار با واسطه از آن امام نقل کرده و بار دیگر خواسته است بدون واسطه یا به خاطر دفع احتمال تقیه، خودش از امام ششم پرسیده باشد. مجلسی اول نیز در روضه المتقین استظهار تعدد کرده است.

البته به نظر ما نمی توان به تعدد دو روایت مطمئن شد زیرا تشابه بسیار زیاد الفاظ دو خبر، و اینکه جمیل نگفته من از پدر شما چنین حدیثی شنیدم حال شما چه می فرمائید و ابن ابی عمیر هم در کتابش به آن اشاره ای نکرده، همه اطمینان به تعدد را تضعیف می کند. ولی در هر حال مجرد احتمال تعدد برای حجیت روایت مسند جمیل کافی است.

خلاصه اینکه اگر کسی به اتحاد دو روایت مطمئن شد، از نظر سند دچار مشکل می شود⁽¹⁾، اما اگر تعدد را استظهار کردیم یا آن را محتمل دانستیم در هر دو صورت، روایت جمیل بن دراج عن ابی عبد الله «علیه السلام» که صحیح است حجت می شود و می توان به آن اخذ کرد.

(ب) بررسی دلالت روایت:

1) بیان وجه مختار عده ای که روایت را حمل به صورت عقد جدید کرده اند:

آنچه مسلم است اینکه نمی توان این روایت را به خاطر اعراض مشهور طرح کرد زیرا بسیاری از قداما به آن عمل کرده اند: ظاهر نقل کلینی و صدوق این است که

ص: 3033

1- (1) (توضیح بیشتر) در تأیید نقل مسند فقیه، اشاره به این نکته مفید است که در ذیل نقل فقیه، مسئله ازدواج پنج زن در یک عقد، وارد شده، این قطعه بعینه در کافی 5/430:6، با این سند نقل شده است. علی بن ابراهیم عن ابیه عن ابن ابی عمیر عن جمیل بن دراج عن ابی عبد الله «علیه السلام» لذا ممکن است کسی این نقل را بر فرض اتحاد دو روایت هم مؤید فهم صدوق از روایت فوق بداند

فتوای آنها با آن مطابقت دارد، شیخ طوسی در نهاییه و تهذیب⁽¹⁾ قائل به تخییر شده و دلیل آن را همین روایت دانسته است، ابن جنید و همچنین ابن براج در مهذب، فاضل آبی در کشف الرموز، یحیی بن سعید در جامع، و علامه در مختلف و برخی دیگر از متأخرین به آن عمل کرده اند.

ولی چون ظاهر این روایت تخییر در انتخاب هر یک از آن دو خواهر به همان عقد سابق است، التزام به این حکم باید مبتنی بر یکی از دو وجه زیر باشد:

وجه اول: تخییر مذکور به معنای این است که یکی از آن دو زن ثبوتاً به طور غیر معلوم زوجه اوست و اثباتاً با انتخاب مرد، معین می شود.

وجه دوم: ثبوتاً هیچ یک از آنان زوجه او نیستند، اما در اینجا شارع مقدس نفس اختیار هر یک را از اسباب زوجیت دانسته است. مانند اعتبار معذوریت یکی از دو خبر متعارض که شارع مقدس به نفس اختیار هر یک، آن را حجت و معذر قلمداد می کند.

عده ای به وجه اول اشکال تقریباً عقلی وارد می کنند و می گویند: این وجه معقول نیست. زیرا در این صورت باید زوجه واقعی «احدهما لا بعینه» باشد و مکلف دانستن «واحد لا بعینه» به رعایت احکام زوجیت و مستحق عقاب دانستن او در صورت عصیان، معقول نیست زیرا احکام زوجیت به معینات تعلق می گیرد و شارع مقدس هم چنین اعتبار غیر معقولی نمی کند.

و می گویند وجه دوم نیز بسیار مستعد است. و چون روایت جمیل صریح در مدعا نیست بلکه اعم از تخییر در انتخاب به نفس عقد سابق است یا به عقد جدید، لذا آنان - مثل علامه در تذکره و برخی از متأخرین مانند صاحب عروه - روایت را به صورت تخییر با عقد جدید حمل کرده اند.

ص: 3034

1- (1) شیخ طوسی در تهذیب تنها به نقل روایت اکتفا نکرده، بلکه نخست با عباراتی نظیر عبارات روایت بدین مطلب فتوا داده و سپس روایت را بعنوان دلیل فتوای خود آورده است (تهذیب 7: 39/285)

صاحب جواهر نیز برای دفع استغراب حمل مذکور، استشهاد به روایت ابو بکر حضرمی می کند:

متن روایت: قال قلت لأبي جعفر (7) رجل نكح امرأه ثم اتى أرضاً فنكح اختها ولا يعلم قال يمسك إيتهما شاء ويخلي سبيل الأخرى الحديث (1)

همان گونه که در روایت زراره - که در سابق بحث آن شد - آمده در اینجا قطعاً معقوده اولی زن اوست و با وجود اولی نمی تواند دومی را به عنوان همسری اختیار کند بدین جهت، شیخ طوسی و عده ای دیگر این روایت را به معنای تخییر در امساک اولی و رها کردن دومی یا طلاق اولی و عقد جدید دومی، حمل نموده اند.

گویا مسائل با وقاع به دومی شبهه حرمت ابدی دومی - مانند نکاح در عده - یا شبهه حرمت اولی - مانند زنای به ام و بنت - داشته و حضرت برای دفع این شبهه فرموده اند: او می تواند هر کدام را خواست و البته از طریق شرعی زوجه خود قرار دهد، که البته طریق شرعی در یک مورد بدون واسطه است (زوجه اول) و در مورد دیگر با واسطه است (زوجه دوم)، پس مراد از اختیار داشتن اعم از با واسطه و بی واسطه است.

2) مختار استاد مد ظله در دلالت روایت جمیل:

به نظر ما نه وجه اول (زوجیت غیر معین) غیر معقول است ولی ان شاء الله در وقت مناسبی بحث آن را متعرض می شویم، و نه وجه دوم استبعادی دارد. مشابه این در فقه در مسئله «من اسلم عن ازید من اربع نسوه» نیز وجود دارد مانند روایت عقبه بن خالد عن ابی عبد الله «علیه السلام» فی مجوسی اسلم و له سبع نسوه و اسلمن معه کیف یصنع؟ قال یمسک اربعاً و یطلق ثلاثاً (2)

ظاهر روایت این است که با همان عقد سابق، چهار زنی که از بین آنان انتخاب می کند زن او محسوب می شوند.

ص: 3035

1- (1) وسائل ابواب ما یحرم بالمصاهره باب 26 ح 2

2- (2) وسائل ابواب ما یحرم باستیفاء العدد باب 6 ح 1

و مانند مسئله «من عقد علی خمس نسوه فی عقده واحده» که در ذیل روایت جمیل در نقل صدوق آمده و تخییر آن به همین معنای مذکور است و اصحاب هم به آن فتوی داده اند، حتی ابن حمزه و قطب الدین کیدری که در مسئله ما نحن فیه قائل به بطلان شده اند، در عقد بر پنج زن فتوی به تخییر داده اند.

لذا به نظر ما چون ظاهر روایت جمیل، تخییر در انتخاب هر یک با همان عقد سابق است و این اعتبار نه غیر معقول است و نه استبعادی دارد، و برای آن نظائری هم در فقه موجود است، و مشهور بین قدماء نیز همین فتوی است، اخذ به ظاهر روایت بلا اشکال می باشد. و هر کدام از دو خواهر را که مرد انتخاب کرد، زن او محسوب می شود و نیازی به تجدید عقد نیست.

3) توضیحی درباره کلام صاحب جواهر:

مرحوم صاحب جواهر برای دفع استغراب حمل روایت جمیل بر مورد امساک به عقد جدید، به روایت ابوبکر حضرمی استشهاد کرده است (قبل از ایشان صاحب ریاض هم همین مطلب را گفته است)، ولی این حمل در هر دو مورد خلاف ظاهر است، (چنانچه صاحب جواهر هم خود بعداً بدان اشاره کرده اند⁽¹⁾)

البته در مورد روایت ابوبکر حضرمی با عنایت به معارضه این روایت با صحیح زراره، ما روایت حضرمی را به جهت جمع بین دو روایت به معنای خلاف ظاهر حمل می کنیم⁽²⁾، ولی روایت جمیل هیچ گونه معارض قابل توجهی ندارد و وجهی ندارد که آن را بر معنای خلاف ظاهر حمل کنیم.

بنابراین عمل به مضمون روایت جمیل بی اشکال است. «و السلام»

ص: 3036

1- (1) جواهر 29: 385

2- (2) البته ابن جنید به مضمون ظاهر روایت حضرمی فتوا داده است، و به هر حال چه ما ظاهر روایت ابوبکر را بپذیریم یا آن را به خلاف ظاهر حمل کنیم، مقایسه محل بحث با آن صحیح نیست.

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

بحث درباره مسئله 44 از فصل محرمات بالمصاهره عروه بود. مرحوم سید پس از فتوی به بطلان عقد مقارن دو خواهر، فرموده اند: ممکن است کسی به استناد روایت (جمیل بن درّاج) قائل به تخییر - و اختیار زوج در برگزیدن هر یک از دو خواهر بنا بر خواسته خود - گردد.

در جلسه قبل روی فرض اعتبار سند، تقریباتی را برای توجیه دلالت روایت مطرح ساختیم. در این جلسه، نخست ملازمه بین دو مسئله - جمع الاختین و جمع الخمس از نظر حکم تخییر - را مردود دانسته، و یادآور خواهیم شد که اختلاف کیفیت نقل روایت در مسئله، مربوط به خصوص جمع بین الاختین است. آنگاه با نقل روایت عنبسه بن مصعب، پس از نقل توجیه مرحوم شیخ طوسی، نظر خود را در مورد جمع بین روایت عنبسه و جمیل مطرح خواهیم ساخت. در پایان، نظر مرحوم آقای خویی را در مورد عدم شمول دلیل توکیل نسبت به تزویج فاسد، نادرست شمرده، و تقریب بهتری را برای اثبات صحت عقد اصیل و بطلان عقد وکیل بیان خواهیم نمود که ناتمامی این تقریب را نیز اثبات کرده، در نتیجه بطلان هر دو عقد را (در غیر مورد نص) نتیجه می گیریم.

الف) بررسی وجود ملازمه یا عدم ملازمه بین جمع دو خواهر و جمع پنج زن به عقد واحد از نظر حکم تخییر:

1) نظر قائلان به ملازمه بین دو مسئله و تقریبی بر تخییر در جمع بین دو خواهر:

مرحوم صاحب حدائق دو مسئله را از یک باب دانسته اند⁽¹⁾. مرحوم فاضل مقداد نیز در تنقیح و شیخ مفلح صیمری در غایه المرام فرموده اند: هر کس در مورد جمع پنج زن به عقد واحد قائل به تخییر شده، در جمع بین الاختین نیز حکم تخییر را پذیرفته است.⁽²⁾

اگر ما این ملازمه را بپذیریم، می توانیم برای اثبات حکم تخییر در جمع بین الاختین بدان استناد کنیم، چون اختلاف نقلی که بین کافی و تهذیب از یک سو و فقیه از سوی دیگر در اسناد و ارسال روایت جمیل وجود دارد، مخصوص مسئله جمع بین الاختین است. ولی در مسئله جمع پنج زن، اختلافی در اسناد روایت نیست، کافی نیز به سند صحیح از ابن ابی عمیر عن جمیل بن درّاج عن ابی عبد الله «علیه السلام»، تخییر در این مسئله را نقل کرده است⁽³⁾ و قطعاً معارضی هم در کار نیست، بنا بر این اگر ما در قطعه مربوط به مسئله جمع بین الاختین، نقل مسند فقیه را به جهت معارضه از کار بیندازیم، در نتیجه از این قطعه روایت دلیلی بر حکم این مسئله نفیاً و اثباتاً نخواهیم داشت، ولی با عنایت به ملازمه دو باب، می توان حکم این مسئله را از مسئله جمع بین پنج زن استفاده کرد.

2) نقد استاد مد ظلّه:

اولاً: ملازمه بین دو مسئله ثابت نیست و فقهاء هم حکم دو مسئله را یکسان

ص: 3038

1- (1) حدائق ج 23، ص 525: ... و المسألتان من باب واحد

2- (2) تنقیح 3: 92، غایه المرام 3: 55

3- (3) کافی 5: 430، و به نقل از آن در تهذیب 773: 1237/295

ندانسته اند، برخی از فقهاء همچون ابن حمزه در وسیله(1) و قطب الدین کیدری در اصباح(2)، با این که در باب جمع بین پنج زن قائل به تخییر شده اند، جمع بین دو خواهر به عقد واحد را باطل دانسته اند، بعضی هم مثل مرحوم علامه در قواعد در مسئله جمع بین اختین فتوا به بطلان داده(3) ولی در مسئله جمع بین پنج زن مرددند.(4)

ممکن است وجه تفکیک بین دو مسئله همین باشد که در مسئله جمع بین پنج زن، تعارضی از جهت روایات در کار نیست، بلکه در مسئله مشابهی حکم به تخییر شده است: اگر غیر مسلمانی بیش از چهار زن داشته و مسلمان شود، روایت(5) و فتوی بر این است که چهار زن را انتخاب و بقیه را رها کند.

ثانیاً: بر فرض پذیریم که فقهاء همگی قائل به ملازمه بین دو مسئله بوده و هیچ کس به دو حکم مختلف در مورد این دو مسئله فتوا نداده است، ولی این اجماع مرکب تا به اجماع بسیط بازنگردد اعتبار ندارد، در مسئله ما در صورتی می توان به اجماع فقها استناد جست که ثابت شود که دلیلی شرعی بدست فقها رسیده که نباید بین این دو مسئله تفرقه قائل شد، اگر چنین دلیلی ثابت شود، بالطبع اختیار قول سوم و تفصیل دادن بین دو مسئله، با اجماع ناسازگار است، ولی چگونه می توان چنین دلیلی را ثابت کرد؟ آری اگر ذوق عرفی بر ملازمه بین دو مسئله حکم می کرد،

ص: 3039

1- (1) در وسیله: 293 درباره ازدواج دو خواهر می گوید: و ان عقد علیهما عقد مقارنه لم یصح، ولی در ص 294 آمده: من کان عنده ثلاث، فعقد علی اثنتین دفعه اختار واحده، فان دخل بواحدة زال الخیار و صحّ العقد علی المدخول بها

2- (2) اصباح الشیعه، ص 399، و من عقد علی اختین فی حاله واحده لم ینعقد و روی انه مخیر فی امساک ایهما شاء ولی در ص 400 آمده: من کان عنده ثلاث نسوه و عقد علی اثنتین فی عقد واحد امسک ایتهما شاء و خلی الاخری و ان عقد علیهما بلفظ واحد ثم دخل بإحدهما ثبت عقدها و خلی الاخری.

3- (3) قواعد 17:2 (چاپ سنگی): لو اتحد العقد بطل و قیل: یتخییر

4- (4) قواعد 18:2، و لو تزوج اثنتین دفعه حینئذ قیل یتخییر و قیل بیطل و درباره عبد هم می گوید: و لو تجاوز العدد فی عقد واحد ففی التخییر او بطلان العقد اشکال کالحرّ (توضیح بیشتر) البتّه علامه در مختلف 49:7 هر دو مسئله را با هم ذکر کرده و فتوا به تخییر داده است.

5- (5) کافی 7/436:5

همین مقدار برای اثبات حکم کافی بود،⁽¹⁾ ولی ذوق عرفی در کار نیست، البته از مسئله کافری که مسلمان شده و بیش از چهار زن دارد، ممکن است بالملازمه العرفیه حکم مسئله جمع بین پنج زن را استفاده کرد (که البته در آن هم تأمل است) و به هر حال استفاده حکم مسئله جمع بین دو خواهر از مسئله اسلام کافر یا مسئله جمع بین پنج زن، با ملازمه عرفیه امکان پذیر نیست.

بنابراین اثبات حکم تخییر در مسئله جمع بین الاختین باید با همان تقریبی که در جلسه قبل آوردیم استدلال کرد.

در ادامه بحث جلسه قبل بررسی روایت عنبسه بن مصعب که می توان به عنوان معارض روایت جمیل به شمار آید لازم است، البته مشابه آن در نقل دعائم الاسلام به گونه مرسل آمده که از جهت سندی قابل اعتماد نیست، ولی نقل عنبسه را می توان تصحیح کرد.⁽²⁾

(ب) بررسی روایت عنبسه بن مصعب:

(1) متن حدیث:

الحسن بن محبوب عن علی بن رئاب عن عنبسه بن مصعب قال سألت أبا عبد الله «عليه السلام» عن رجل كانت له ثلاث نسوة فتزوج عليهن امرأتين في عقد واحد (عقده

ص: 3040

1- (1) (توضیح بیشتر) به عقیده استاد مد ظله ملازمات عرفیه تا دلیل معتبری بر خلاف آن نباشد، معتبر است و مواردی که بر خلاف این ملازمات عرفیه حکم شده همچون روایت ابان بن تغلب در مورد دیه قطع اعضاء، منافاتی با اعتبار ذاتی این ملازمات (لولا الردع) ندارد.

2- (2) (توضیح بیشتر) در سند روایت، تنها عنبسه بن مصعب نیاز به بحث دارد، با عنایت به روایت ابن ابی عمیر و صفوان از عنبسه بن مصعب (فقیه 3: 4463/420، کافی 6: 9/143، ر. ک. رجال الکشی 515/291) می توان وی را امامی ثقه دانست، البته در رجال کشی: 676/365 وی را از ناووسیه خوانده است که امام صادق «علیه السلام» را امام قائم می دانسته اند، ولی با عنایت به نقل کافی 1: 7/307 (و نیز ر. ک. اعلام الوری 1: 517 و به نقل از آن در بحار 11/14: 47) می توان گفت که وی روایتی از امام باقر «علیه السلام» را به درستی نفهمیده و با توضیح امام صادق «علیه السلام» از قول به قائم بودن و آخرین امام بودن آن حضرت دست کشیده است، گفتنی است که روایتی که در فصول مختاره: 305 در تأیید ناووسیه به نقل از عنبسه بن مصعب آمده از وی ثابت نیست و ممکن است از سوی ناووسیه به وی نسبت داده شده باشد.

واحد، فقیه) فدخل بواحد منهما، ثم مات؟ فقال ان كان دخل بالمرأه التي بدأ باسمها وذكرها عند عقد النكاح، فان نكاحها جائز و لها الميراث و عليها العده، و ان كان دخل بالمرأه التي سميت و ذكرت بعد ذكر المرأه الأولى فان نكاحها باطل و لا ميراث لها و عليها العده. (1)

فقیه نیز روایت را از طریق ابن ابی عمیر از عنبسه بن مصعب نقل کرده است (2)

2) تذکری درباره اشتباه جامع الاحادیث:

روایت عنبسه در سه جای تهذیب نقل شده است. (3) در جلد 7 پس از نقل حدیث، عنوانی را برای ورود به مبحث تزویج پنج زن آورده که از خود مرحوم شیخ است و در دو جای دیگر از تهذیب، این عنوان نیامده است. اما در جامع الاحادیث اشتباهاً آن را به عنوان بخشی از حدیث نثل کرده است. البته در چاپ های جدید تهذیب، آن قسمت را به طور واضح، از حدیث جدا کرده اند.

3) توضیح مختصری از حدیث عنبسه:

مردی سه زن داشته، با عقد واحد دو زن دیگر را تزویج کرده، و پس از دخول با یکی از آنان، از دنیا رفته است. حضرت می فرمایند. اگر به فردی که نخست نامش برده شده، نزدیکی کرده، نکاحش صحیح، ارث نیز می برد و باید عده وفات بگیرد.

ولی اگر دخول نسبت به فرد دوم انجام گردیده، نکاح او باطل، ارث هم نمی برد، و باید عده شبهه نگه دارد. (4)

بنابراین، طبق این حدیث، میزان تشخیص زوجة واقعی از غیر او، عبارت از تقدم ذکری و اسبقیت نام در موقع اجرای صیغه عقد است، که با تخییر مستفاد از روایت جمیل بن دراج سازگار نبوده و به حسب ظاهر، دو روایت معارض هستند.

ص: 3041

1- (1) تهذیب 1236/295:772

2- (2) فقیه 4463/273:3

3- (3) تهذیب 1063/297:923 و 1374/3857

4- (4) البته در دخول به شبهه هم مهر وجود دارد ولی مهر المثل لازم می گردد، ولی دخول به عقد صحیح سبب استقرار تمام مهر المسمی می گردد.

صاحب حدائق نخست می فرماید: لا اعرف وجهاً للجمع بینهما (1) سپس توجیهی را مطرح فرموده که ظاهراً همان فرمایش مرحوم شیخ است.

1) فرمایش مرحوم شیخ طوسی در جمع بین دو روایت:

مرحوم شیخ طوسی در نهاییه، و به تبع ایشان ابن بَرّاج در مهذب (2)، دو روایت را جمع کرده و می فرماید: فان كان قد عقد علیهما بلفظ واحده ثم دخل بواحد منهما كان عقدها ثابتاً و یخلى سبیل الاخری، فان كان عقد علیهما بلفظین ثم دخل بالّتی بدأ باسمها عقدها صحیحاً و ان دخل ذکرها ثانیاً كان النکاح باطلاً و تلزمها العده لاجل الدخول. (3)

ایشان روایت تخییر را بر موردی حمل نموده که عقد واحد بلفظ واحد انجام گرفته، و البته در صورت نزدیکی کردن به یکی از آنها، تعیین پیدا می کند و تخییر از بین می رود. لیکن مورد اسبقیت را جایی دانسته که عقد واحد با دو لفظ تحقق یافته است.

2) جمع دو روایت توسط استاد مد ظله:

انشاء صیغه ممکن است به یکی از دو صورت زیر انجام گردد:

1- با تقدیم لفظ نکاح مثل: انکحت هنداً و زینب

2- با تأخیر لفظ نکاح مانند: هند و زینب انکحتهما او منکوحتان یا هنداً و زینب انکحت

به نظر می رسد چنانچه از قبیل نوع اول باشد یعنی انکحت را بگویند سپس اسامی را بیاورند، در این صورت عقد بر اسامی که اول برده شده، واقع می گردد و عقد دومی باطل است. در مورد پنج زن نیز عقد پنجمی باطل خواهد بود.

اما اگر به صورت دوم باشد یعنی نخست اسامی را ذکر کرده، سپس انکحت یا

ص: 3042

1- (1) حدائق - ج 23 - ص 526

2- (2) ابن بَرّاج معمولاً در مسائل از شیخ پیروی می کند.

3- (3) نهاییه

انکحتهما یا منکوحتان - و در مورد پنج زن انکحتهنّ یا منکوحات - را بیاورد، در این صورت، تقدم ذکرى تأثیر نداشته و با انتخاب، متعین می گردد. بنابراین می توان روایت عنبسه را حاکی از موردی دانست که صیغه به صورت اول انشاء شود و طبعاً صحّت عقد مربوط به زنی است که نامش مقدم ذکر شده است. و روایت جمیل را بر مواردی که به شکل دوم انشاء می گردد حمل نموده، تخییر را مخصوص چنین مواردی بدانیم.

بعید نیست که منظور مرحوم شیخ نیز از لفظ واحد، عبارت از صورت دوم باشد که صیغه عقد با لفظ واحدی مثل انکحتهما یا منکوحتان، هر دو اسم را در عرض هم شامل می گردد و اسبقیتی مطرح نیست و منظور از لفظتین نیز صورت اول باشد که انشاء نکاح نخست بر اسم مقدم داخل گشته، سپس نام بعدی را شامل می گردد و طبیعتاً عقد مقدم صحیح و عقد دومی باطل خواهد بود.

ان قلت: علقه زوجیت به ایجاب فقط تحقق نمی یابد، بلکه قبول هم در تحقق آن نقش دارد، پس وقتی گفته شود: انکحت هنداً وزینب، با مجرد گفتن «انکحت هنداً» زوجیت تحقق نمی یابد، بلکه باید زمان قبول را هم در نظر گرفت.

قلت: اولاً: ممکن است قبول مقدم باشد و دلیلی بر بطلان قبول مقدم ندارد، در جایی که قبول مقدم باشد، تمامیت عقد با ایجاب متأخر است.

ثانیاً: می توان گفت که مقتضی برای علقه زوجیت، همان ایجاب است، و قبول به منزله شرط متأخر برای تأثیر ایجاب است بنابراین می توان تقدم و تأخر را فقط در مورد ایجاب به حساب آورد، و اگر این امر بر طبق قاعده اولیه هم نباشد، می توان با عنایت به روایت خاصه مسئله به آن ملتزم شد. (1)

ص: 3043

1- (1) (توضیح بیشتر) ممکن است گفته شود ایجابی می تواند جزء العله برای علقه زوجیت باشد که در محل قابل انجام گرفته باشد و با نفس ایجاب بر خواهر یا بر چهار زن، خواهر دیگر یا زن پنجم از صلاحیت برای ایجاب می افتند مگر ایجاب خواهر با یکی از چهار زن حالت صحّت تأهلی خود را از دست دهد، این ادعا اگر بر طبق قاعده هم نباشد، روایت خاصه می تواند دلیل آن باشد.

به هر حال این گونه جمع بین روایت جمیل و روایت عنبسه بن مصعب جمعی عرفی است و عرف از قبول آن اباء ندارد، ولی حمل روایت جمیل بر صورت امساک به عقد جدید، بسیار حمل مستبعدی است و پذیرفتنی نیست، به ویژه با عنایت به این که در مورد مشابه آن در مسئله اسلام کافر، بی تردید شوهر در اختیار هر یکی از همسران خود مخیر است و نیاز به عقد جدید ندارد.

گفتنی است که صورتی که در روایت جمیل حکم به تخییر شوهر شده، صورتی است که هر دو عقد، با یک صیغه انجام گرفته باشد (1)، ولی اگر عقدها دو صیغه باشد، روایت شامل آن نمی گردد و باید حکم به بطلان هر دو عقد نمود، لحن کلام سید این است که حکم صورتی که عقدها با یک صیغه باشد با صورتی که عقدها با دو صیغه باشد (یکی توسط خود شخص و دیگری توسط وکیل او صورت گرفته) یکسان است یا در هر دو قائل به تخییر می شویم یا در هر دو صورت قائل به بطلان می گردیم، ولی این مطلب صحیح نیست، بلکه ما فقط به مورد روایت (صیغه واحده) اکتفاء می کنیم، در سایر موارد طبق قاعده حکم به بطلان هر دو عقد می کنیم.

(د) عدم تعدی حکم تخییر از اصیل به وکیل:

(1) کلام مرحوم آقای خوئی:

ایشان فرموده اند: اینکه ما تخییر را پذیرفتیم تنها مربوط به جایی است که تزویج اختین توسط شخص زوج انجام گیرد، اما اگر عقد یکی از آنان را خودش و عقد دیگری را وکیل زوج انشاء کند، چون تخییر خلاف قاعده است، نمی توان از مورد نص تعدی نمود بلکه باید به مورد روایت بسنده کرد. آنگاه می فرمایند: چون دایره

ص: 3044

1- (1) (توضیح بیشتر) ظاهراً فرقی نیست که صیغه واحده توسط خود زوج انشا شده باشد، با وکیل او این کار را انجام داده باشد، خلاصه فرق مورد روایت با سایر موارد در وحدت صیغه و تعدد آن است، نه در اصیل یا وکیل بودن صیغه خوان.

وکالت ضیق است و شامل تزویج فاسد نمی گردد، بنابراین، بطلان، اختصاص به عقد وکیل خواهد داشت و عقد زوج بلا مزاحم و صحیح خواهد بود. (1)

2) نقد استاد مد ظله:

این قسمت کلام ایشان که نمی توان از مورد نصّ تعدی کرد صحیح می باشد، ولی این قسمت که دایره وکالت ضیق است، به نظر می رسد که مبتنی بر دو مقدمه است که هر دو مورد قابل مناقشه است:

مقدمه اول: عقد صادر شده از سوی وکیل باطل است و کالعدم

مقدمه دوم: وکالت تنها عقد صحیح را شامل می گردد

با توجه به این دو مقدمه، می توان گفت که وکالت عقد وکیل را در بر نمی گیرد پس عقد خود زوج بدون مزاحم است.

ولی در مورد مقدمه اول می گوئیم که به چه دلیلی عقد صادر شده از سوی وکیل، کالعدم است؛ اگر ثبوتاً شارع زوج را مخیر کرده باشد و او با استفاده از این حق خود، زنی را که وکیل او برایش عقد کرده، انتخاب کند، چه دلیلی بر بطلان این عقد وجود دارد.

به عبارت دیگر، در اینجا دو عقد همزمان از زوج سر زده، یک عقد به طور مستقیم و یک عقد به واسطه وکیل او، آیا می توان گفت که اراده زوج نسبت به عقد با واسطه متوقف بر این است که خودش به طور مستقیم عقد نکرده باشد، با این که چه بسا مورد عقد وکیل از جهاتی بهتر از مورد عقد خودش باشد، در این صورت آیا می توان گفت که وی حتماً مورد عقد خودش را اراده کرده و مورد عقد وکیل را اراده نکرده است؟ (2)

ص: 3045

1- (1) مبانی ج 1 ص 426

2- (2) (توضیح بیشتر) در واقع حکم به بطلان وکالت، یا از این جهت است که انشاء وکالت، قاصر است و مورد را نمی گیرد، یا از این جهت که انشاء وکالت مورد را می گیرد ولی دلیل شرعی تصحیح وکالت، مورد را نمی گیرد، در کلام استاد مد ظله هر دو جهت مورد نقد قرار گرفته، اولاً دلیلی نداریم که زوج، وکالت خود را مقید به عدم انجام

در مورد مقدمه دوم هم گفتنی است که انشاء توکیل اختصاص به موردی ندارد که عقد وکیل، فی علم الله صحیح است، بلکه اگر وکیل بر طبق موازین ظاهری رفتار کند، وکالت عقد وی را شامل می‌گردد هر چند این عقد فی علم الله باطل باشد، البته اگر پس از انجام عقد از سوی زوج، وکیل با علم به این جهت بخواهد خواهر او را بگیرد، یا زن پنجم را به عقد درآورد، وکالت زوج، این مورد را نمی‌گیرد چون بر خلاف موازین ظاهری می‌باشد و وکیل از قواعدی که متعارفاً از سوی زوج قرار داده می‌شود تعدی کرده است، ولی در موردی که وکیل بر طبق همان قواعد متعارف رفتار کرده باشد، نمی‌توان مورد وکالت را ضیق دانست هر چند در اثر عدم توجه، همزمان عقدی هم از سوی زوج صورت گرفته باشد.

(3) تقریبی از استاد مد ظله در تصحیح عقد اصیل:

ما به تقریب دیگری می‌توانیم عقد اصیل را تصحیح کنیم، با این مقدمه که طبق قواعد اولیه هر عقدی به گونه معین صحیح می‌باشد، و صحت «احدهما لا بعین» خلاف قواعد اولیه است، و ادله هم که تخییر را ثابت می‌کند (و در نتیجه عقد صحیح، قبل از اختیار زوج، ثبوتاً متعین نیست) بر خلاف قواعد اولیه است.

با توجه به این مقدمه می‌گوییم که در اینجا چهار صورت عقلاً تصویر می‌گردد:

1 - هر دو عقد صحیح باشد، 2 - هر دو عقد باطل باشد، 3 - فقط عقد اصیل صحیح باشد، 4 - فقط عقد وکیل صحیح باشد، نادرستی صورت اول روشن است، همچنین صورت چهارم، چون لازمه آن زیادی فرع بر اصل می‌باشد، اگر قرار باشد شارع یکی از این دو عقد را تصحیح کرده باشد، آن عقد، عقد اصیل است، نه عقد وکیل، چون عقد وکیل وجود تنزیلی عقد اصیل است و عرفاً نمی‌توان وجود تنزیلی را از وجود

حقیقی استوارتر انگاشت، بنابراین امر مردّد بین دو صورت دوم و سوم است و در هر دو حال، عقد وکیل قطعی البطلان است و عقد اصیل مشکوک البطلان، پس می توان با اصاله العموم یا اصاله الاطلاق حکم به صحت عقد اصیل کرد چون با توجه به قطعی البطلان بودن عقد وکیل، این عقد مشمول عموم یا اطلاق نیست تا تعارضی پیش آید.

4) بررسی تقریب فوق:

ما نظیر این تقریب را در سایر مباحث ذکر می کردیم، مثلاً در بحث تعارض ادله در بررسی تعدی یا عدم تعدی از مرجحات منصوصه به غیر منصوصه می گفتیم که دلیل غیر ذو المزیه قطعی السقوط است، پس با اصاله العموم یا اصاله الاطلاق اعتبار دلیل ذو المزیه اثبات می گردد.

ولی در آن مورد می گفتیم که این تقریب، تنها تقریبی صناعی است و عرف متوجه این گونه تقریبات نیست، و در اعتبار اصاله الاطلاق یا اصاله العموم به نظر ما اطمینان نوعی شرط است و مجرد ظن کافی نیست، شاهد اطمینان نداشتن عرف در این موارد این است که در این گونه موارد، عرف متحیر می گردد و سؤال از وظیفه می کند، سؤالهای روات در اخبار علاجیه خود دلیلی خوب بر عدم اطمینان عرف می باشد.

به هر حال اگر بنا باشد تقریبی بر تصحیح عقد اصیل بشود، تقریب ما از تقریب مرحوم آقای خوبی بهتر است، ولی تقریب ما نیز محل اشکال است.

بنابراین در تمام صورتهای مسئله (غیر از مورد نص) هر دو عقد باطل است و فرقی بین عقد اصیل و عقد وکیل نیست. («* و السلام*»)

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

در جلسه پیش درباره ازدواج با دو خواهر در زمان واحد سخن گفتیم، در این جلسه به بررسی صورت شک در تقدّم یا تأخر عقد یکی از دو خواهر بر دیگری می پردازیم، در اینجا مسئله دیگری را هم مطرح ساخته که اگر دو وکیل، یک زن را در زمان واحد برای دو مرد عقد کنند هر دو عقد باطل است، صورت شک در تقدّم یا تأخر عقد این دو مورد موضوع بحث دیگر این جلسه است، در این جلسه تکیه استدلال بر جریان اصاله الصحه یا استصحاب است، قاعده اصاله الصحه در جایی که احتمال سبق تنها در یکی از دو عقد می رود (ثنائی الاحتمال) بدون معارض حکم به صحت آن می کند ولی در جایی که احتمال سبق در هر دو می رود (ثلاثی الاحتمال) اصاله الصحه در هر دو عقد جاری شده و با تعارض ساقط شده، با عنایت به اصاله الفساد حکم به بطلان هر دو عقد می شود، در مورد استصحاب هم بین معلوم التاريخ و مجهول التاريخ باید تفصیل قائل شد، در اینجا توجیهاتی برای کلام سید ذکر می کنیم که مطلقاً حکم به بطلان هر دو عقد نموده و ناتمامی این توجیهات را اثبات می کنیم، در نهایت نظر نهایی خود را در این دو مسئله بیان نموده، و حکم مسئله کنونی را هم بر مبنای تخییر در صورت تقارن عقد بر دو خواهر، روشن می سازیم.

1) طرح مسئله:

مسئله مورد بحث این است که اگر مردی دو خواهر را عقد کرده و نمی داند آیا عقدها مقارن یکدیگر واقع شده یا تقدم و تأخر داشته اند چه حکمی خواهد داشت.

البته در فرضی که علم به تقارن دو عقد داریم، به نظر مرحوم سید هر دو باطل می شوند و به نظر عده ای حکم به تخییر خواهد شد و در فرضی که می دانیم تقدم و تأخر در کار است، عقد اول صحیح و عقد دوم باطل خواهد بود، ما فعلاً بحث در فرض شک است و روی مبنای سید بحث می کنیم که در صورت تقارن قائل به بطلان است، اما مبنای تخییر بعداً مطرح خواهد شد. اجمالاً مرحوم سید در صورت شک قائل به بطلان است.

در ضمن مسئله دیگری بعد از این خواهد آمد که تا حدی شبیه این مسئله است و آن اینکه دو وکیل زنی را برای دو مرد عقد می کنند و شک در اقتران یا تقدم و تأخر دو عقد می کنیم که مرحوم سید در اینجا هم حکم به بطلان کرده است. اما باید معلوم باشد که بین حکم این دو مسئله در فرض اقتران دو عقد ملازمه ای وجود ندارد. یعنی اگر در مسئله اختین قائل به تخییر شویم لازم نمی آید که در مسئله رجلین هم قائل به تخییر شویم چون اصولاً مسئله تخییر بر خلاف قاعده است و لذا مرحوم آقای حکیم و مرحوم آقای خوبی با اینکه در مسئله اختین قائل به تخییر شده اند در مسئله رجلین در فرض اقتران قائل به بطلان شده اند. به هر حال، بحث در فرض شک است و روی مبنای بطلان در فرض اقتران دو عقد صحبت می کنیم. این مبنا در مسئله رجلین مورد وفاق است و در مسئله اختین مورد قبول اکثر متأخرین از جمله مرحوم سید است.

2) فروض مختلف مسئله و نظر مرحوم سید:

مسئله شک در اقتران یا تقدم و تأخر دارای شقوق مختلفی است که مرحوم سید متعرض هیچ کدام نشده و لذا از عبارات ایشان در این بحث و بحث آتی استفاده

می شود که مطلقاً قائل به بطلان هستند. شقوق مسئله از این قرارند: گاهی شک ثنائی الاحتمال است مثل این مثالی که آقای حکیم «رحمه الله» زده که شخص شک می کند آیا عقد هند و زینب در یک زمان واقع شده یا عقد هند مقدم بوده، اما احتمال تقدم عقد زینب را نمی دهد. و گاهی شک ثلاثی الاحتمال است که علاوه بر آن دو احتمال، احتمال تقدم عقد زینب را هم می دهد. علی کل التقديرين گاهی هر دو عقد مجهول التاريخ هستند و گاهی یکی معلوم التاريخ و دیگری مجهول التاريخ است.

مرحوم سيد متعرض این تفصیل نشده و ظاهراً در همه شقوق قائل به بطلان هستند. در مورد مجهول التاريخ بودن هر دو عقد یا احدهما می توان از خود تعبیر ایشان استفاده کرد که تفصیل نمی دهند، چون می فرمایند: اگر شک در سبق و اقتران داشته باشیم حکم به بطلان دو عقد می کنیم چون یقین به صحّت أحد العقدین نداریم زیرا احتمال می دهیم مقارن یکدیگر واقع شده باشند، اما اگر سبق أحد العقدین مسلم باشد و سابق مشکوک باشد، در اینجا یقین اجمالی به صحّت أحد العقدین داریم، لذا باید بین معلوم التاريخ و مجهول التاريخ تفصیل بدهیم. پس ملاحظه می کنیم که ایشان تفصیل بین معلوم و مجهول را در مسئله علم به سبق أحد العقدین مطرح کرده که بلافاصله پس از مسئله شک می باشد و لذا می توان نتیجه گرفت که در مسئله شک در سبق و اقتران، بین معلوم و مجهول التاريخ تفصیل نمی دهد. (1)

همچنین در مورد ثنائی یا ثلاثی الاحتمال بودن شک، به نظر می رسد ایشان تفصیل نمی دهند و نمی توان کلام ایشان را مختصّ ثلاثی الاحتمال دانست و الاّ باید

ص: 3050

1- (1) (توضیح بیشتر) استاد مد ظله اطلاق داشتن کلام را در جایی که متکلم غفلت از صور مختلف مسئله داشته باشد، یا بدان جاهل باشد منکر می باشد، در مسئله ما نحن فیه، با عنایت به این که مصنف بلافاصله بعد از مسئله مورد بحث تفصیل بین معلوم و مجهول التاريخ را مطرح ساخته، احتمال غفلت از صور مسئله در این مسئله هم منتفی است، لذا در اطلاق کلام مصنف تردیدی بر جای نمی ماند.

بگوییم مرحوم سید مرتکب دو اشتباه شده است، یکی اینکه متوجه نشده که تعبیر «شک در سبق و اقتران» هر دو فرض یعنی شک ثنائی الاحتمال و شک ثلاثی الاحتمال را شامل می شود و اشتباه دیگر اینکه در بیان فروع مسئله فقط به شقوق ثلاثی الاحتمال می پردازد و متعرض شقوق ثنائی الاحتمال نمی شود با اینکه شک ثنائی الاحتمال فرض نادری نیست. بنابراین اگر نخواهیم این دو اشتباه را به مرحوم سید نسبت دهیم باید بگوییم که سید مطلقاً قائل به بطلان عقیدین هستند خواه شک ثنائی الاحتمال باشد و خواه ثلاثی الاحتمال.

3) آغاز بررسی صور مسئله و فرمایش مرحوم آقای حکیم:

بحث را ابتدا در شک ثنائی الاحتمال مطرح می کنیم. مثلاً شک داریم که آیا عقد هند و زینب مقارن یکدیگر واقع شده یا عقد هند مقدم بوده است. و همین طور در آن مسئله دیگر اگر شک کردیم عقد زید و عقد عمرو با این زن مقارن هم واقع شده اند یا عقد زید مقدم بوده است. در این مسئله، آن عقدی که احتمال سبق او را نمی دهیم روی همه مبانی بلا اشکال باطل است و عقد مقتدرن هم باطل است، پس در مورد شک که نمی دانیم عقد زید مقدم بوده یا مقارن، فقط احتمال صحّت عقد زید را می دهیم و عقد عمرو معلوم البطلان است. در آن مسئله اول هم بر مبنای سید «رحمه الله» همین طور است یعنی چون احتمال تقدم عقد زینب را نمی دهیم قطعاً باطل است و فقط عقد هند است که احتمال صحّتش را می دهیم، اما طبق مبنای آقای حکیم «رحمه الله» و آقای خویی «رحمه الله» و بیشتر قداما، صورت مسئله این خواهد شد که شک می کنیم آیا عقد هند تعییناً صحیح است یا باید حکم به تخییر کنیم که شوهر مخیر باشد در انتخاب یکی از دو خواهر چون این آقایان در فرض تقارن دو عقد، مبنای تخییر را قبول دارند. با توجه به این مقدمه، بیان آقای حکیم «رحمه الله» این است که ما با دو وجه می توانیم صحّت عقد هند را اثبات کنیم، یکی اصالة الصحّة و دیگری استصحاب، یعنی چون شک داریم که آیا عقد زینب مقارن بوده یا متأخر،

به وسیله استصحاب احتمال مقارنت را نفی کنیم. (1)

4) نظر استاد (مد ظله) درباره فرمایش آقای حکیم:

در مورد اصاله الصحه بحث چندانی وجود ندارد. فقط باید به این سؤال جواب دهیم که آیا در مواردی که خود شخص می داند متوجه نبوده، می تواند در عمل خودش اصاله الصحه جاری کند یا نه؟ ما قبلاً از کلام مرحوم سید استفاده کردیم که اصاله الصحه را در این صورت جاری نمی داند. البته به نظر ما این طور آمد که وقتی پای شخصی دیگر در کار است، اصاله الصحه در عمل خود شخص همچون اصاله الصحه در عمل غیر است و در آن احتمال تذکر شرط نیست و در صورت علم به عدم تذکر هم اصاله الصحه جاری می شود. پس می توان در ما نحن فیه با اصاله الصحه نتیجه گرفت که عقد هند صحیح است.

اما نسبت به استصحاب، اشکالی که در بیان آقای حکیم به ذهن می آید این است که ایشان و همین طور مرحوم سید که بین معلوم التاريخ و مجهول التاريخ فرق می گذارند چرا در این مسئله بدون آنکه تفصیل بدهند، استصحاب را مصحح عقد هند دانسته اند، با اینکه علی القاعده فروض مسئله مختلف است. اگر عقد هند معلوم التاريخ باشد و عقد زینب مجهول التاريخ، در این صورت می توانیم در عقد زینب استصحاب عدم جاری کنیم و عقد مقارن عقد هند را با استصحاب نفی کنیم و صحّت عقد هند را نتیجه بگیریم. اما در عکس این فرض که عقد هند مجهول التاريخ باشد و عقد زینب معلوم التاريخ نمی توانیم نسبت به عقد زینب استصحاب جاری کنیم چون آقای حکیم استصحاب در معلوم التاريخ را جاری نمی دانند در فرض مجهولی التاريخ هم به دلیل تعارض دستمان از استصحاب کوتاه می شود،

ص: 3052

1- (1) قابل ذکر است که مرحوم آقای حکیم در بحث اینجا یعنی جمع بین الاختین فقط تفصیل مربوط به ثنائی الاحتمال و ثلاثی الاحتمال را مورد بحث قرار داده و در بحث بعدی یعنی اجتماع رجلین فقط تفصیل مربوط به معلوم التاريخ و مجهول التاريخ را مطرح کرده اند، در حالی که به نظر می رسد این دو تفصیل در هر دو مسئله باید مورد بحث قرار گیرد.

پس چگونه است که آقای حکیم به طور مطلق می فرماید با استصحاب می توانیم صحت عقد هند را اثبات کنیم؟

توجهی که برای سخن آقای حکیم به نظر می رسد این است که ایشان نمی خواهد در معلوم التاريخ، استصحاب عدم عقد جاری کند تا با مبنای خودشان مخالفت داشته باشد، بلکه از کلامشان این طور بر می آید که می خواهند استصحاب عدم ازلی جاری کنند به این بیان که عقد هند، قبل از وجود متصف به صفت مقارنت با عقد زینب نبوده، و نمی دانیم در هنگام وجود به این صفت متصف شده یا خیر؟ لذا با استصحاب آن را نفی می کنیم و نتیجه می گیریم عقد هند که موجود شده وصف مقارنت نداشته است. بنابراین، عقد هند مبطلی نداشته است و تفصیل بین معلوم التاريخ و مجهول التاريخ هم وجهی ندارد. (1)

ولی صحت این توجیه متوقف بر این است که مبنای استصحاب عدم ازلی را بپذیریم و لیکن به نظر ما استصحاب عدم ازلی عرفی نیست و لذا آن را صحیح نمی دانیم. پس باید بین معلوم التاريخ و مجهول التاريخ از حیث جریان استصحاب تفصیل دهیم چون ما هم مثل مرحوم سید و مرحوم آقای حکیم استصحاب را در معلوم التاريخ جاری نمی دانیم. بله، تمسک به اصاله الصحه را برای اثبات صحت عقد هند تمام دانستیم.

اینها همه در ثنائی الاحتمال بود. اما در شک ثلاثی الاحتمال شبیه همین بحث می آید با این تفاوت که اصاله الصحه در دو عقد با هم تعارض می کنند و از کار می افتند، لذا نوبت به استصحاب می رسد که اینجا نیز باید همان تفصیل بین معلوم

ص: 3053

1- (1) (توضیح بیشتر) اگر مصب استصحاب، عدم تحقق عقد زینب به گونه مقارن با عقد هند باشد، این استصحاب با مفاد کان تامه است و از قسم استصحاب عدم ازلی نیست ولی با فرض معلوم التاريخ بودن عقد زینب، استصحاب در مورد آن جاری نیست، ولی اگر موضوع استصحاب عقد هند و محمول آن، متصف نبودن به تقارن با عقد زینب باشد این قضیه به مفاد لیس ناقصه است و به نحو سالبه به انتفاء موضوع صادق است، لذا استصحاب از قسم عدم ازلی است ولی معلوم التاريخ بودن عقد زینب مشکلی در این بحث نمی آفریند.

5) بررسی کلام مرحوم سید:

باید ببینیم چرا مرحوم سید متعرض هیچ یک از تفصیلات نشده است. اینکه در ثنائی الاحتمال جریان اصاله الصحه را مطرح نکرده، ممکن است بگوییم مورد غفلت ایشان واقع شده، اما در مورد تفصیل بین معلوم التاریخ و مجهول التاریخ، نمی توان احتمال را عنوان کرد، چون در آن بحثی که در آخر کتاب النکاح مطرح کرده اند پس از طرح مسئله علم به سبق و علم به اقتران، مسئله شک در سبق و اقتران را مطرح نموده و حکم به بطلان هر دو عقد کرده به این دلیل که یقین به صحت أحد العقدین نداریم، لذا اصل را جاری ندانسته اند و بعد از آن بلافاصله تفصیل بین معلوم التاریخ و مجهول التاریخ را متعرض شده اند که معلوم می شود مورد غفلت ایشان نبوده است.

علی ای تقدیر، اشکال واضحی که به سخن ایشان وارد می شود و معمولاً آقایان این اشکال را ذکر کرده اند (از جمله مرحوم آقا سید أبو الحسن، آقای نائینی، آقای بروجردی و دیگران) این است که چه لزومی دارد که یقین به صحت أحد العقدین داشته باشیم تا بتوانیم استصحاب جاری کنیم. مگر مانعی دارد که در مجهول التاریخ استصحاب را جاری کنیم و با همین استصحاب، اقتران و سبق عقد مجهول التاریخ را نفی کنیم و صحت عقد دیگر را نتیجه بگیریم؟

6) توجیه مرحوم آقای گلپایگانی نسبت به کلام سید «رحمه الله»:

از بین آقایان تنها کسی که توجیهی برای کلام مرحوم سید ذکر کرده، آقای گلپایگانی است که بر فرض صحت این توجیه، در مسئله نباید تفصیل داده شود، همانطوری که مرحوم سید تفصیل نداده است. توجیه ایشان این است که اگر احتمال مقارنت دو عقد در کار نباشد، اشکالی پیش نمی آید و می توان حکم به

صحت عقد معلوم التاريخ کرد چون فقط احتمال تقدم و تأخر هر یک از دو عقد را می دهیم، لذا در مجهول التاريخ استصحاب جاری می کنیم و صحت عقد معلوم التاريخ را نتیجه می گیریم. ولی بحث مرحوم سید در جایی است که احتمال مقارنت دو عقد را هم می دهیم و لذا برای اینکه حکم به صحت عقد کنیم باید احتمال مقارنت را نفی کنیم، اما این احتمال را نمی توانیم نفی کنیم چون وجداناً این احتمال وجود دارد و با اجرای اصل نیز نمی توانیم آن را نفی کنیم زیرا بطلان دو عقد متقارن از باب حکم عقل است که ترجیح بلا مرجح را باطل می داند و می دانیم که ادله ای مثل دلیل اصالة الصحه یا استصحاب فقط ناظر به احکام شرعی هستند، نه احکام عقلی. لذا با این قبیل ادله و اصول نمی توانیم به نفی و اثبات امور عقلی پردازیم و در نتیجه، چون احتمال مقارنت هیچ دافعی ندارد، مقتضای اصالة الفساد این است که در همه فروض حکم به بطلان کنیم، همانطور که مرحوم سید فرموده است.

7) اشکال استاد (مد ظله) به مرحوم آقای گلپایگانی:

اشکال فرمایش آقای گلپایگانی این است که بطلان عقد اختین را از باب حکم عقل دانسته اند، در حالی که این مطلب از شئون شارع است و ما آن را از آیه قرآن فهمیده ایم. این حکم شرع است که گفته اگر عقد اختین تدریجی شد دومی باطل است و اگر دفعی و مقارن شد هر دو باطل است (بر طبق مبنای سید). اگر شارع حکم نداشت، به هیچ وجه، حکم به بطلان نمی کردیم. از جهت حکم عقل هیچ مانعی نبود که هر دو عقد صحیح باشد و بطلان دومی یا بطلان هر دو مستند به حکم شارع است لذا اصالة الصحه و استصحاب می توانند به آن ناظر باشند. بعلاوه، همانطور که در مباحث قبلی بیان شد، حتی در مواردی که تنزیلی صورت می گیرد و منزل علیه امری عقلی است همین که منزل، امری شرعی باشد کافی است که حکم را از شئون شارع بدانیم. مثلاً حجیت قطع به حکم عقل است. اگر بگویند ظن به منزله قطع است در حجیت، نمی توانیم بگوئیم این از شئون شارع نیست.

8) توجیه استاد (مد ظله) نسبت به کلام سید «رحمه الله»:

شاید نظر مرحوم سید این باشد که بر خلاف مواردی که علم به تقدم یکی از دو عقد داریم که در اینجا اصل مفسدی در کار نیست، در مواردی که احتمال تقارن دو عقد را می دهیم اصلی وجود دارد که مقتضی فساد است و آن استصحاب عدم عقد صحیح است به نحو سالبه کلیه، یعنی قبلاً عقد صحیحی نسبت به این دو خواهر واقع نشده بود، الآن شک می کنیم، پس به واسطه استصحاب، این سالبه کلیه را ابقا می کنیم و می گوئیم عقد صحیحی واقع نشده است. از سوی دیگر، اصلی که صحت یکی از دو عقد را بالخصوص اثبات می کرد با استصحاب مذکور⁽¹⁾ تعارض می کند (تعارض موجبه جزئیه با سالبه کلیه)

بنابراین، در مواردی که احتمال تقارن دو عقد را می دهیم، راهی برای تصحیح أحد العقدین نداریم و باید حکم به بطلان هر دو بنماییم.

9) نظر استاد (مد ظله) نسبت به توجیه اخیر و نظر نهایی ایشان:

اولاً: در بعضی فروضی که اصاله الصحه جاری می شود این ادعا تمام نیست، چون اصاله الصحه بر استصحاب تقدم دارد.

ثانیاً: در مورد تعارض دو استصحاب همانطور که در بحثهای قبلی بیان کردیم، اصلی که مفاد آن کان ناقصه است بر اصلی که مفادش لیس تامه است حکومت می کند. شخصی که قبلاً وضو داشته و الآن شک می کند، با طهارت استصحابی نماز می خواند و نمازش هم صحیح است. در این خصوص، روایت هم داریم و شکی در این حکم وجود ندارد. در عین حال، در همین مسئله، استصحابی به نحو لیس تامه وجود دارد که می گوید قبلاً نماز صحیحی از شخص صادر نشده بود، بعد از نماز

ص: 3056

1- (1) (توضیح بیشتر) یعنی با استصحاب عدم در مورد همان عقد (به نحو سالبه کلیه)، ولی استصحاب عدم در مورد عقد دیگر طرف معارضه نیست.

شک می کند، مقتضای استصحاب این است که نماز صحیحی خوانده نشده است.

با وجود این، هیچ کس این استصحاب را معارض با استصحاب طهارت نمی داند.

چون شکی که موضوع این استصحاب است، مسبب از شک در طهارت است و با اجرای اصل در شک سببی، شکی در ناحیه مسبب باقی نمی ماند. در ما نحن فیه هم با همین بیان می گوئیم اصلی که صحت أحد العقدین را بالخصوص اثبات می کند اصل سببی است و بر اصل مسببی یعنی اصلی که می گوید عقد صحیحی واقع نشده، حکومت می کند. و چون اصل سببی علی المبنی فقط در عقد مجهول التاريخ جاری می شود و صحت عقد معلوم التاريخ را نتیجه می دهد، لذا باز به همان نقطه اول می رسیم که لازم بود بین معلوم التاريخ و مجهول التاريخ تفصیل داده شود و در نتیجه، اشکال به سید «رحمه الله» وارد است.

اینها بنا بر مبنای سید «رحمه الله» بود که قائل به بطلان دو عقد مقارن است. مثلاً در شک ثلاثی الاحتمال، اصل را در مجهول التاريخ جاری می کنیم و تقدم و مقارنت آن را نفی می کنیم و صحت عقد معلوم التاريخ را نتیجه می گیریم، بدون آنکه تخییری در کار باشد. یا در شک ثنائی الاحتمال که مثلاً نمی دانیم عقد همد مقدم است و یا هر دو مقارن با یکدیگرند اگر عقد همد مجهول التاريخ باشد استصحاب را در آن جاری می کنیم و احتمال سبق را نفی می کنیم، اما احتمال مقارنت را نمی توانیم نفی کنیم چون یقین داریم که عقد همد متأخر نبوده است. ولی مشکلی که در این استصحاب وجود دارد این است که با نفی احتمال سبق نمی توان مقارنت را اثبات کرد - مگر بنا بر اصل مثبت - لذا با این استصحاب نمی توان تخییر را نتیجه گرفت و در نهایت باید بر طبق اصل اولی، حکم به فساد عقد زینب کنیم. همچنین در سایر فروض اگر اصل جاری نشد یا مبتلا به معارض بود، مرجع نهایی اصاله الفساد خواهد بود. (1) «* و السلام*»

ص: 3057

1- (1) بحث را بعد از دهه صفر (روز سوم ربیع) دنبال می کنیم.

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

در این جلسه نخست به بررسی این مسئله می پردازیم که احکام حرمت جمع بین دو خواهر در عقد یا در نزدیکی (در مورد کنیزان) آیا در جایی که اخوت از زنا سرچشمه می گیرد جریان دارد؟ در اینجا با عنایت به این که حدیث «الولد للفراش و للعاهر الحجر» متعرض حکم ظاهری است نه حکم واقعی، جریان احکام اولاد را در مورد اولاد زنا بی اشکال می دانیم، در ضمن عدم دلالت صحیحه حلبی بر نفی احکام نسب را در ولد زنا اثبات می کنیم، در ادامه ناتمامی استدلال مرحوم آقای حکیم را در این زمینه بیان می کنیم.

پس از آن به عدم جواز ازدواج با خواهر در طلاق رجعی خواهر وی و جواز ازدواج در طلاق باین اشاره کرده، در ادامه به بررسی این مسئله می پردازیم که آیا در عده ازدواج موقت که باین است ازدواج با خواهر وی جایز است، در این زمینه روایتی بر تحریم نقل شده که برخی مدعی اعراض اصحاب از مضمون آن شده اند که با ذکر قائلان به تحریم، نادرستی ادعای اعراض را اثبات می کنیم.

الف) بررسی مسئله 47: لو كانت الأختان كلتاهما أو إحداهما من الزنا

1) متن مسئله 47:

لو كانت الأختان كلتاهما أو إحداهما من الزنا، فالأحوط تحقّق الحكم من حرمة الجمع بينهما في النكاح، و الوطء إذا كانتا مملوكتين

ص: 3058

2) توضیح مسئله:

قبلاً گذشت که شخص نمی تواند بین دو خواهر در عقد جمع نماید. و اگر دو خواهر، مملوکه باشند، جمع بین آنها در ملکیت اشکال ندارد و لیکن نباید جمع در وطی نماید یعنی نمی تواند هر دو را وطی نماید. حال بحث در این مسئله این است که آیا این احکامی که در مورد جمع بین اختین گفته شد تنها مخصوص، دو خواهری است که هر دو به واسطه عقد و مباشرت حلال متولد شده اند یا اینکه اگر هر دو خواهر، به واسطه زنا متولد شده باشند و یا اینکه حد اقل یکی از آنها از زنا باشد، نیز حکم حرمت جمع در عقد و یا حرمت جمع در وطی (در صورتی که مملوکتین باشند) در این موارد هم وجود دارد؟ مرحوم سید در این مسئله احتیاط فرموده اند یعنی احوط این است که این موارد هم مثل صورت حلال باشد. و احکام مترتب شود.

3) کلام مرحوم آقای حکیم:

مرحوم آقای حکیم می فرمایند از ظاهر بعضی از روایات استفاده می شود که نسب در باب زنا واقعاً منتفی است یعنی شارع مقدس از اولادی که به واسطه زنا متولد شده است، نفی ولدیت کرده است و او را ملحق به پدر ندانسته است. و اگر ما بودیم و تنها این روایات، باید قائل می شدیم که ولد الزنا، احکام ولد را ندارد و لذا در این مسئله که دو خواهر هر دو از زنا متولد شده اند و یا اینکه یکی از آنها به واسطه زنا متولد شده است. حکم حرمت جمع بین اختین، مترتب نمی شود. و لکن ما به واسطه ادله دیگری که وجود دارد می توانیم ثابت کنیم که ولد الزنا نیز حقیقتاً ولد شخصی است و احکام ولد، بر او مترتب است عبارت مرحوم آقای حکیم در این باره چنین است «و لکن المستفاد من بعض الروایات و من مذاق الشرع الأقدس: ان حرمة النکاح و الوطء تابعه للنسب العرفی فلاحظ ما ورد فی الاستنکار لأن یکون اولاد آدم قد تزوجوا اخواتهم و ان

تحریم النکاح من الاحکام الإنسانیه لا من الاحکام الشرعیه تعبد(1)

راجع به قسمت اول که فرمودند ظاهر بعضی از روایات این است که در باب زنا، نسب واقعاً (در مقابل ظاهراً) منتفی است، ایشان دو روایت را ذکر می کنند و بعد می فرمایند مانند آنها نیز وجود دارد.

یکی از آن دو روایت، روایت نبوی معروف است که «الولد للفراش و للعاهر الحجر»(2) که ظاهرش این است که از عاهر (زانی) ولد واقعاً نفی شده (عبارت مرحوم آقای حکیم: «فان الظاهر منه انه وارد فی مقام بیان الحکم الواقعی من نفی النسب عن العاهر واقعاً»)

روایت دومی که ایشان ذکر می کنند و می فرمایند، صریح در نفی نسب است صحیحه حلبی است. عن ابی عبد الله «علیه السلام» قال «ایما رجل وقع علی ولیده قوم حراماً، ثم اشتراها، فادعی ولدها فانه لا یورث منه شیء، فان رسول الله «صلی الله علیه و آله» قال: الولد للفراش و للعاهر الحجر و لا یورث ولد الزنا الا رجل یدعی ابن ولیدهته.

مرحوم آقای حکیم می فرمایند در این روایت با فرض اینکه «ولد الزنا» است از او احکام منتفی شده است. (عبارت مرحوم آقای حکیم: فان قوله «و لا یورث ولد الزنا» کالصریح فی ولد الزنا الواقعی

4 بررسی کلام مرحوم آقای حکیم توسط استاد مد ظله:

به نظر ما این دو روایتی که مرحوم آقای حکیم ذکر نموده و فرموده اند که از آنها استفاده می شود که احکام ولدیت، از ولد الزنا واقعاً، نفی شده است، نمی تواند دلیل بر آن مدعا باشد.

ص: 3060

1- (1) مستمسک العروه الوثقی 259/14

2- (2) مراد از جمله «للعاهر الحجر» یکی از سه معنای زیر می تواند باشد: 1 - عاهر باید سنگسار شود که طبق این معنا یک قسم از زنا، که عبارت است از زناى محصن، منظور می باشد 2 - کنایه باشد از اینکه زانی هیچ چیزی بدست نمی آورد، - سنگی که بی ارزش است باید به او داد - 3 - کنایه از این باشد که زانی باید مجازات و تنبیه شود. حال هر موردی مجازات مخصوص خود را دارد در بعضی موارد جلد، رجم و امثال آن.

اما راجع به روایت «الولد للفراش و للعاهر الحجر» به نظر ما این روایت در مقام بیان حکم ظاهری است نه در مقام حکم واقعی و قهراً این روایت مربوط به موارد شک می شود توضیح این مطلب این است که روایت مشتمل بر دو فقره است یک فقره اثباتی و یک فقره نفی ای، در فقره اثباتی برای «فراش» ولد اثبات شده است و در فقره نفی ای از «عاهر» ولد نفی شده است. این دو فقره یا هر دو ناظر به بیان حکم واقعی هستند و یا هر دو ناظر به بیان حکم ظاهری اند و احتمال اینکه یکی حکم واقعی را بیان نماید و دیگری حکم ظاهری را متعرض شود. احتمالی است خلاف ظاهر و خلاف متفاهم عرف.

حال چنین می گوئیم که: فقره اولی از روایات در مقام بیان حکم ظاهری است نه حکم واقعی، بدین معنا که معنای «الولد للفراش» این نیست که حتی در مواردی که ما قطعاً می دانیم که بچه متولد شده، متعلق به زنا است و از زنا متولد شده است، نیز باید آن را به «فراش» ملحق نماییم و در نتیجه بگوئیم در این مورد هم، این ولد، مثل ولدِ حلال محسوب می شود و تمامی احکام ولد حلال را دارد (ارث می برد و...) این معنا که قطعاً نمی تواند مراد باشد و کسی هم به آن قائل نیست. پس معنای «الولد للفراش» این است که در جایی که فراشی بوده است و زنایی هم محقق شده است.

شک می کنیم که بچه به کدام یک ملحق است. باید بچه را به فراش ملحق نماییم و احکام فراش را بر آن مترتب کنیم و این یعنی حکم ظاهری.

بنابراین، حال که فقره اولی در مقام بیان حکم ظاهری (موارد شک) بود فقره ثانیه نیز حکم ظاهری را بیان می کند و در نتیجه از عاهر نیز ظاهراً ولد نفی می شود و به عبارت دیگر معنای «و للعاهر الحجر» هم این نیست که در مواردی که قطعاً می دانیم (حکم واقعی) بچه متعلق به زانی است، بگوئیم ولد متعلق به زانی نیست، و گفتیم که تفکیک بین دو فقره نیز خلاف ظاهر آن است. پس این روایت نمی تواند دلیل بی نفی نسب واقعاً در باب زنا باشد.

و اما راجع به روایت دومی که مرحوم آقای حکیم ذکر نموده اند، استدلال به این روایت ناتمام است

اولاً: بر فرض که بپذیریم این روایت در مورد ولد الزنا واقعی است یعنی در موردی است که می دانیم قطعاً ولد، متعلق به زنا است، آنچه در این روایت از او نفی شده است «ارث» است نه مطلق احکام متعلق به ولد، و البته این مطلب یعنی ارث نبردن ولد الزنا، در جای خود امری ثابت و مسلم است و روایت متعددی هم بر آن دلالت می کند(1)

پس در این روایت حکم واقعی ارث از ولد الزنا، نفی شده است، آنگاه اینکه حضرت در این روایت به کلام پیامبر «صلی الله علیه و آله» نیز استشهاد می کند که «الولد للفراش و للعاهر الحجر» این استشهاد صرفاً تشبیه یک حکم واقعی به یک حکم ظاهری است و برای تقریب به ذهن است چرا که چنانچه گفتیم روایت نبوی مربوط به صورت شک و بیان کننده حکم ظاهری است.

ثانیاً: با دقت در خود این روایت هم معلوم می شود که در این روایت آن طوری که مرحوم آقای حکیم می فرمایند بطور قطع فرض نشده است که ولد، متعلق به زنا باشد زیرا در صدر روایت می فرماید مردی با جاریه ای زنا کرده بعد از خریدن او «فادعی ولدها» ادعایی می کند. که ولد متعلق به او است، تنها صرف ادعا است اما اینکه حتی مطابق با واقع هم هست در او نیست در ذیل روایت هم که حضرت می فرمایند: «الآ رجل یدعی ابن ولیدته» یعنی وارث او، زانی نیست بلکه مالک اصلی است، از مجموع صدر و ذیل معلوم می شود که در این روایت نیز صورت مسئله، فرض شک است یعنی بچه ای متولد شده است و دو نفر مدعی او شده اند،

ص: 3062

1- (1) در روایت محمد بن الحسن القمی آمده قال کتب بعض اصحابنا علی یدی الی ابی جعفر «علیه السلام» ما تقول فی رجل فجر بامرأه فحملت ثم انه تزوجها بعد الحمل فجاءت بولد و هو اشبه خلق الله به فکتب «علیه السلام» بخطه و خاتمه الولد لغیه لا یورث و از مرحوم والد شنیدم که ایشان فرمودند ما با مرحوم آقای خمینی فحوصی کردیم دلیلی بر نفی واقعی ولد، از زانی پیدا نکردیم، تنها مسئله ارث است که روایت داریم که ولد الزنا ارث نمی برد.

در این صورت حضرت فرموده اند ولد، متعلق به مالک اولی است، پس این هم یک حکم ظاهری خواهد بود و استشهاد حضرت به روایت نبوی هم (که آن هم حکم ظاهر است) بدین معنا است که ما نحن فیه هم مصداقی برای همان حکم ظاهری است. تنها مطلبی که در اینجا باقی می ماند این است که اگر مسئله مربوط به فرض شک است پس چرا حضرت صریحاً به «ولد الزنا» تعبیر کرده اند؟ پاسخ این هم این است که با توجه به قرآنی که ذکر شد مراد از ولد الزنا در اینجا یعنی ولدی که پس از زنا متولد شده است. (1)

بنابراین حاصل کلام تا به اینجا این می شود که: با توجه به اینکه شارع مقدس در باب «ولد» حقیقت شرعی ای را نیاورده است و اصطلاحی را جعل نکرده است و از نظر متفاهم عرفی نیز در مورد ولد الزنا، عناوین «ولد» و «ابن» و «بنت» و مانند آن صادق است و تنها شارع در مسئله ارث از ولد الزنا، نفی ارث کرده است. نتیجه این می شود که در مسئله ما نحن فیه یعنی موردی که هر دو خواهر یا یکی از آنها متولد از زنا باشند حکم حرمت جمع یا وطی بین اختین مترتب است.

مرحوم آقای حکیم در پایان کلامشان می فرمایند و لیکن ما از ادله و راههای دیگری می توانیم بگوییم که مسئله ولد تابع عرف است یکی از آن ادله این است «ان تحریم النکاح من الاحکام الانسانیه لا من الاحکام الشرعیه تبعداً»

این کلام مرحوم آقای حکیم نیز صحیح نیست، زیرا در مسئله نکاح، حد و حدودی از ناحیه شارع تعیین شده است. و در مواردی شارع احکام زوجیت و مسائل مربوط به آن را مترتب ندانسته است مثلاً اگر فرض کنید عرف، زنی را زوجه حساب می کند ولی شارع آن را زوجه نمی داند (مثل خامسه) در این مورد احکام

ص: 3063

1- (1) (توضیح بیشتر) ممکن است مصحح اضافه ولد را به زنا، این بدانیم که احتمال دارد که این ولد ناشی از زنا، باشد، البته قید «احتمال» در تفسیری که استاد مد ظله ذکر کرده اند نیز ملحوظ است وگرنه مجرد ولادت پسر، پس از زنا، در صورت قطع به عدم ارتباط آن با زنا، مصحح اطلاق فوق نیست و موضوع «ولد الزنا» را محقق نمی سازد.

زوجیت مترتب نیست و نمی شود گفت مادر او نیز ام الزوجه و حرام ابد است و مانند آن و همچنین حدود دیگری که شارع در باب نکاح معتبر دانسته است.

بنابراین، صرف اینکه تحریم نکاح از احکام انسانی است نمی تواند دلیل باشد، بلکه شارع می تواند در مواردی احکام خود را اعتبار نکند و به عنوان مثال از ولد الزنا، به اعتبار احکام نفی ولد نماید.

در مورد خود جمع بین اختین، اگر دو نفر عرفاً خواهر به شمار آیند، ولی شارع این اخوت را امضاء نکرده باشد بی شک جمع بین آن دو مانعی ندارد وقتی در اخوت مشروع، ملاک حکم شرع است چطور می توان در مورد اخوت از راه زنا، ملاک را حکم عرف دانست نه حکم شرع!؟

خلاصه در موضوعات همچون اخوت، بنوت، زوجیت، در همگی میزان شرع است نه نظر عرفی که شرعاً امضاء نشده است.

بنابراین، استدلال صحیح در مسئله همان بود که در مسئله زنا دلیلی نداریم که شرع بر خلاف نظر عرف حکمی کرده باشد و ادله ذکر شده قصور دارد.

ب) بررسی مسئله 48: اذا تزوج الأختین ثم طلقها طلاقاً رجعياً

1) متن مسئله:

اذا تزوج الأختین ثم طلقها طلاقاً رجعياً، لا يجوز له نکاح الأخرى إلا بعد خروج الاولى عن العده، و أما اذا كان بائناً بأن كان قبل الدخول، او ثالثاً او كان الفراق بالفسخ لأحد العیوب، (1) او بالخلع، او المباره، جاز له نکاح الأخرى و الظاهر عدم صحه رجوع الزوجه فی البذل بعد تزویج أختها كما سیأتی الخلع إن شاء الله

نعم، لو كان عنده إحدى الأختین بعقد الانقطاع و انقضت المدّه، لا يجوز له - علی الأحوط - نکاح أختها فی عدّتها و ان كانت بائنه، للنص الصحیح، و الظاهر انه كذلك اذا وهب مدّتها و ان كان مورد النص انقضاء المدّه.

ص: 3064

1- (1) المناسب ضم «او كان الفراق بالانفساخ».

2) عدم جواز تزویج با اخت الزوجه مادامی که خواهر او در عده طلاق رجعی است:

اولین مطلبی را که مرحوم سید در این مسئله بیان می کنند این است که اگر کسی زن خود را طلاق رجعی داد، تا زمانی که او از عده رجعی خارج نشده است نمی تواند با خواهر او ازدواج نماید. دلیل این مطلب هم بسیار روشن است زیرا مطلقه رجعیه یا حقیقتاً زوجه است و یا در حکم زوجه است بنابراین تا وقتی از عده خارج نشده است اگر با خواهر او ازدواج نماید. لازم می آید جمع بین اختین (حقیقه یا حکماً)

3) جواز تزویج با خواهر مطلقه بانه:

مطلب دیگری که مرحوم سید در این مسئله بیان کرده اند این است که اگر شخص همسر خود را طلاق بائن بدهد (طلاق بائن در موارد متعددی است که مرحوم سید به چند قسم آن اشاره کرده اند مثل طلاق قبل از دخول⁽¹⁾، طلاق ثالثه، طلاق خلع و مبارات) یا به واسطه یکی از موجبات فسخ، عقد خود را فسخ نماید، در این موارد می تواند بلافاصله بعد از طلاق، با خواهر مطلقه ازدواج نماید و اشکال جمع بین الاختین نیز لازم نمی آید.

نکته ای مرحوم سید درباره طلاق خلع ذکر می نمایند و آن این است که در طلاق خلع پس از آنکه زوجه مهریه خود را به شوهر بذل کرد و طلاق گرفت می تواند دوباره رجوع در بذل خود نماید و با شوهر ازدواج نماید.

مرحوم سید می فرمایند مستفاد از روایات این است که رجوع زوجه در بذل در موقعی جایز است که زوج نیز بتواند رجوع در عقد نماید یعنی بتواند ازدواج مجدد

ص: 3065

1- (1) این مثالها، مثالهای طلاق باین است که البته در برخی عده وجود ندارد همچون طلاق قبل الدخول، که قهراً بدین جهت از موضوع مسئله بیرون می باشد.

نماید. کأن رجوع در بذل یک نحوه معاوضه ای است که زن در بذل خود رجوع می نماید و مرد نیز در عقد رجوع می کند. بنابراین مطلب، اگر زن پس از ازدواج زوج با خواهر او بخواهد رجوع در بذل نماید، چون در این صورت مرد نمی تواند رجوع به عقد نماید چرا که مشکله جمع بین اختین لازم می آید. پس نتیجه این می شود که پس از تزویج، زن حق رجوع در بذل را ندارد.

ان قلت: مرد می تواند با طلاق دادن خواهر این زن، به او رجوع کند پس باید رجوع زن در بذل جایز باشد.

قلت: ظاهر ادله این است که مرد بی واسطه بتواند به این زن رجوع کند نه با واسطه طلاق دادن خواهر او.

4) آیا ازدواج با خواهر، همسر انقطاعی پس از انقضاء مدت تزویج او و در زمانی که در عده است جایز است؟:

مطلب مهم در این مسئله این فرع است که آیا می توان با خواهر زوجه انقطاعی مادامی که او در عده است ازدواج نمود یا اینکه چنین تزویجی اشکال دارد؟ طبق قواعد اولی این ازدواج باید بدون اشکال باشد چرا که همسر انقطاعی پس از انقضاء مدت، بائن محسوب می شود و بر اساس مطلبی که قبلاً گفته شد در مواردی که فراق به نحو بائن است و زوج حق رجوع ندارد و لو اینکه زن در عده باشد ازدواج با خواهر او اشکالی ندارد. و لکن مرحوم سید می فرمایند چون که در این مورد نص صحیح خاصی (1) وجود دارد، لذا ایشان احتیاط کرده و می فرمایند تزویج با خواهر او قبل از اتمام عده، جایز نیست در مقابل عده ای نیز قائل به جواز شده اند.

ص: 3066

1- (1) روایت صحیح در این مورد مکاتبه ای است که یونس [بن عبد الرحمن] نقل می کند: عن یونس قال قرأت کتاب رجل الی ابی الحسن «علیه السلام»: الرجل یتزوج المرأه متعه الی اجل مسمی فینقضی الاجل بینهما، هل یحل له ان ینکح اختها من قبل ان تنقضی عدتها؟ فکتب: لا یحل له ان یتزوجها حتی تنقضی عدتها (وسائل ابواب ما یحرم بالمصاهره باب 1/27)

مرحوم آقای حکیم می فرمایند اصحاب از این روایت اعراض کرده اند و به آن فتوا نداده اند لذا این روایت از حجیت ساقط است و مقتضی قواعد اولیه در این مورد جواز است

و لکن ما به فتوای اصحاب مراجعه کردیم، ملاحظه کردیم که عدّه زیادی بر طبق همین روایت فتوا داده و قائل به تحریم شده اند، مرحوم صدوق در «مقنع» فتوا به تحریم داده است و در «فقیه» نیز تنها همین روایت را که دلالت بر عدم جواز است را نقل نموده است و آن کلیاتی را که می گوید اگر فراق بین زوج و زوجه به نحو بائن بود. زوج می تواند در زمان عدّه همسر خود، خواهرش را تزویج نماید اصلاً نقل نکرده است و از اینجا معلوم می شود که فتوای صدوق «رحمه الله» در «فقیه» هم بر عدم جواز است. شیخ طوسی «رحمه الله» نیز در تهذیب و نهاییه همین روایت را نقل می کند و مثل اینکه تمایل بر حرمت دارد عبارت شیخ در تهذیب این چنین است «فاما المتعه فقد روی فیها انه اذا انقضی اجلها فلا يجوز العقد علی اختها الا بعد انقضاء عدّتها، و آنگاه روایت را نقل می کند

قطب الدین کیدری نیز در «اصباح» و یحیی بن سعید در «جامع» و صاحب مدارک در «نهاییه المرام» فاضل سبزواری در «کفایه» و صاحب حدائق و فاضل نراقی در «مستند» قائل به تحریم شده اند.

نکته ای که در اینجا قابل ذکر است این است که صاحب مدارک در نهاییه المرام به «مقنعه» شیخ مفید نیز نسبت می دهد که او هم قائل به تحریم است. مرحوم مجلسی در مرآه العقول نیز همین کلام صاحب مدارک را نقل کرده و حاشیه ای نزده است.

و لکن ما سرتاسر «مقنعه» شیخ مفید را جستجو کردیم، ولی چنین مطلبی در او نیافتیم. به نظر ما در اینجا اشتباهی رخ داده است و آن این است که این آقایان کلام شیخ طوسی در تهذیب را با کلام «مقنعه» اشتباهی خیال کرده اند و آن را نسبت به

شیخ مفید داده اند زیرا چنانچه می دانید تهذیب شیخ شرح مقنعه مرحوم مفید است ولی عبارات مفید در تهذیب به کلمه «قال الشیخ» مشخص شده، در تهذیب علاوه بر فتوای مفید، فتاوایی از خود شیخ طوسی هم ذکر شده است. آن عبارتی را که صاحب مدارک از مقنعه مفید نقل کرده است عیناً همان عبارت مرحوم شیخ در تهذیب است و به نظر می رسد در اینجا خلطی صورت گرفته است.

بنابراین معلوم شد که اعراض مشهوری وجود ندارد و بسیاری بر طبق این روایت فتوا داده اند، مرحوم آقای خویی نیز بحثی از اعراض مشهور نکرده اند و گفته اند روایت صحیح السند است و به آن عمل می کنیم.

البته عده ای هم در مقابل به این روایت عمل نکرده اند و فتوا به تحریم نداده اند، عمده مطلب این افراد حول دو محور است بعضی اشکال سندی به روایت کرده اند و بعضی دیگر اشکال دلالتی.

ما در جلسه آینده متعرض بحث از این روایت هم از جهت سند و هم از جهت دلالت خواهیم شد. ان شاء الله.

«* و السلام*»

ص: 3068

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

در این جلسه به حکم مسئله ازدواج با خواهر متمتع بها در ایام عده اش می پردازیم. ابتدا ضمن تذکر اینکه اصحاب از روایت یونس دال بر عدم جواز، اعراض نکرده اند به تصحیح سند آن پرداخته، سپس با تمسک به عموم تعلیل در روایت أبو الصباح و حلبی و أبو بصیر، وجود مطلقات دال بر جواز را تمام دانسته، آنگاه به دلیل قوت مطلقات در اطلاق و حمل روایت یونس توسط مشهور به کراهت، و حمل به تقیه توسط مجلسی اول، در مجموع اخذ به مطلقات را اقوی دانسته قائل به جواز ازدواج و احتیاط استحبابی در ترک آن می شویم. سپس همین حکم را در جایی که مرد مدت باقی مانده متمتع بها را ببخشد نیز جاری می دانیم و بالاخره به مسئله 49 پرداخته، ابتدا جواز نکاح با خواهر مزنی بها را در ایام استبراء اثبات می کنیم سپس به جواز نکاح با خواهر موطوءه شبهه در ایام عده خواهیم پرداخت و با ذکر اینکه در مورد وطی به شبهه طرفینی نیز روایت زراره و بلکه دلیل الغاء خصوصیت مستفاد از روایت برید عجلی وجود دارد، بررسی دلالت آنها را به جلسه آینده موکول خواهیم کرد.

الف) بررسی مسئله 48: لو كان عنده احدى الاختين بعقد الانقطاع و انقضت المده

1) متن عروه:

... نعم لو كان عنده احدى الاختين بعقد الانقطاع و انقضت المده لا يجوز له على الاحوط

ص: 3069

نکاح اختها فی عدتها و ان کانت بانته للنص الصحیح.

(2) طرح مسئله (یادآوری):

مرحوم سید پس از اینکه ازدواج با خواهر زوجه مطلقه به طلاق بائن را در ایام عده جایز می شمرد، در خصوص زوجه متمتع بها می فرماید: احتیاط واجب آن است که تا انقضاء مدت عده از ازدواج با خواهرش خودداری کند چون در این مورد نص خاصی وجود دارد.

متن روایت: عن یونس قال: قرأت کتاب رجل الی ابی الحسن «علیه السلام»: الرجل یتزوج المرأه متعه الی اجل مسمی فینقضی الاجل بینهما هل یحلّ له ان ینکح اختها من قبل ان تنقضی عدتها؟ فکتب لا یحلّ له ان یتزوجها حتی تنقضی عدتها(1)

مرحوم آقای حکیم می فرمایند اصحاب از این روایت اعراض کرده و به آن عمل نمی کنند. و ما عرض کردیم فقهاء بسیاری به مفاد همین روایت فتوی داده اند.

کسانی هم که به مدلول آن فتوی نداده اند یا اشکال سندی به آن کرده و یا دلالت آن را تمام ندانسته اند، نه اینکه با فرض تمامیت سند و دلالت از آن اعراض کرده باشند.

بنابراین به نظر ما اعراض اصحاب از روایت محقق نیست و باید آن را صرف نظر از این اشکال مورد بررسی قرار دهیم.

(ب) بررسی سند روایت:

(1) طرح اشکالات سند:

دو اشکال به سند این روایت شده است:

اول: شیخ طوسی در استبصار و علامه در مختلف می گویند: این حدیث را رواه از امام نشنیده اند بلکه آنان در نامه ای که مردی به آن حضرت نوشته و جواب گرفته این مطلب را دیده اند و چون آن شخص برای ما مجهول است و ما نمی دانیم آیا رواه

ص: 3070

در حضور امام «علیه السلام» جواب را دیده اند یا نه؟ لذا نمی توان به صحت انتساب جواییه به آن حضرت اعتماد کرد.

دوم: علامه می گوید در سند، علی بن ابی حمزه واقع شده و او واقفی و ضعیف است و روایتهايش مورد قبول نیست.

2) جواب استاد (مد ظله) از دو اشکال مذکور:

هر دو اشکال بی مورد است اما اشکال اول، به جهت اینکه خط امام «علیه السلام» چیزی نیست که اصحاب آن حضرت آن را نشناسند. کسانی که با نسخ خطی سر و کار دارند به خوبی می دانند که خط بعضی از علمای سابق به راحتی قابل شناختن است. مثلاً خط علامه مجلسی «رحمه الله» یک خط کاملاً شناخته شده ای است و هر نسخه خطی را می توان فهمید که از مجلسی است یا نه؟ اصولاً شناخت خط افراد امر بسیار آسانی است (1) مثلاً هر کس با خط پدر خود آشناست و دست خط او را با یک نگاه تشخیص می دهد بنابراین در خصوص خط امام «علیه السلام» که مورد توجه اصحاب نیز بوده، می توان گفت راویان حدیث مذکور به طور معمول به انتساب نامه به آن حضرت با دیدن خط مبارکشان حتماً اعتماد کرده اند.

اما اشکال دوم، چون اولاً اصحاب ما از واقعه و بخصوص طبقه اول آنها و کسانی مانند علی بن ابی حمزه تنها در ایام استقامتشان اخذ حدیث می کردند و پس از انحراف، به طور کلی ارتباطشان را با آنان قطع نمودند و چون ابن ابی حمزه قبل از واقعه بودن نقطه ضعفی نداشته، سند از ناحیه او اشکالی نخواهد داشت.

و ثانیاً: این روایت را تنها علی بن ابی حمزه نقل نکرده بلکه یونس بن عبد الرحمن و حسین بن سعید نیز آن را نقل کرده اند و اگر کسی نقل یونس را به

ص: 3071

1- (1) (توضیح بیشتر) یعنی اگر استنباطی هم در تشخیص خط در کار باشد، استنباط ساده ای است که مانع از حجیت شهادت نمی شود. بنابراین اگر این گونه موارد را هم حدسی تلقی کنیم حدس قریب به حسّ است و همچون موارد حسّی حجت است.

خاطر وجود اسماعیل بن مرار در طریقهش معتبر نداند (که البته ما او را ثقه می دانیم) لکن طریق حسین بن سعید بی تردید صحیح است و هیچ اشکالی ندارد.

ج) بررسی دلالت روایت:

1) تقریب اجمالی بر وجود مطلقات دال بر جواز:

مستفاد از ادله این است که در ایام عده مطلقه رجعیه که رجوع به او جایز است و او حقیقتاً یا حکماً زوجه محسوب می شود، گرفتن خواهرش از باب جمع بین الاختین حرام است اما هر جا حق رجوع نداشت این عنوان بر او منطبق نیست و مشمول ذیل آیه تحریم یعنی «أُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ» می شود. همچنین مستفاد از جواب امام «علیه السلام» در روایت ابی الصباح الكنانی در خصوص زنی که او را طلاق خلع داده اند که می فرمایند «اذا برئت عصمتها ولم یکن له رجعه فقد حل له ان یخطب اختها» این است که هر زنی که حق رجوع به او نبود گرفتن خواهرش و در ایام عده جایز است و اطلاق آن شامل متعه ای که مدتش منقضی شده ولی هنوز در ایام عده به سر می برد نیز می شود.

متن روایت: محمد بن یعقوب الكلینی باسناده عن ابی الصباح الكنانی عن ابی عبد الله «علیه السلام» قال: سألت عن رجل اختلعت منه امرأته أیحل له ان یخطب اختها قبل ان تنقضی عدتها؟ قال: اذا برئت عصمتها منه ولم یکن له رجعه فقد حل له ان یخطب اختها الحدیث (1)

2) طرح دو اشکال به مطلقات:

اول: شبیه روایت ابو الصباح را حلبی نقل می کند:

متن روایت: محمد بن یعقوب الكلینی باسناده عن الحلبي عن ابی عبد الله «علیه السلام» فی رجل طلق امرأه او اختلعت او بارأت أله ان یتزوج باختها؟ قال فقال: اذا برئت عصمتها ولم

ص: 3072

یک له علیها رجعه له ان یخطب اختها. (1)

در روایت اول، سائل خود أبو الصباح است و در روایت دوم، حلبی سائل را مشخص نمی کند که خود او بوده یا دیگری و باید به ملاحظه تشابه الفاظ، این دو، یک روایت باشند (2) با این تفاوت که در روایت اول سؤال از خواستگاری شده و در روایت دوم از ازدواج، ولی پاسخ در هر دو مربوط به خواستگاری است، در هر حال اشکال استدلال به دو روایت مذکور این است که جواز خطبه تلازمی با جواز تزویج که مورد کلام است ندارد. در روایت اول که سؤال و جواب هر دو در خصوص خطبه است و در روایت دوم گرچه سؤال از ازدواج است ولی پاسخ آن که خصوص خطبه را تجویز کرده اند اگر مشعر به عدم جواز ازدواج نباشد، ظهوری در جواز ازدواج ندارد. لذا این دو روایت یا مجمل است یا مربوط به بحث نیست. بنابراین ما در روایات اطلاقی که دال بر جواز نکاح و منافی با مدلول روایت خاصه باشد نداریم.

دوم: این دو روایت در خصوص طلاق خلع وارد شده و تعمیم آن به هر طلاق و جدایی که در آن حق رجوع نباشد و جهی ندارد.

ان قلت: در روایت حلبی سؤال این گونه است: فی رجل طلق امرأه او اختلعت او بانت الیه ان یتزوج باختها... کلمه «بانت» شامل هر گونه جدایی از همدیگر و لو به انقضاء مدت در متعه نیز می گردد.

قلت: گرچه در نسخه های فعلی کافی «بانت» آمده ولی شیخ هم در استبصار و هم در نسخه بسیار معتبری از تهذیب که ما با نسخ متعدد و بسیار معتبر مقابله کرده ایم، به نقل از کلینی به جای «بانت» «بارأت» نقل کرده و شیخ باید عادتاً نسخه

ص: 3073

1- (1) وسائل 22: 26750/270 کتاب الطلاق ابواب العدد باب 48 ح 2

2- (2) (توضیح بیشتر) یعنی أبو الصباح کنانی و حلبی هر دو کلام واحدی از امام «علیه السلام» را نقل کرده اند، وحدت و تعدد روایت گاه به اعتبار وحدت و تعدد راوی است، در اینجا روشن است که ما با دو روایت روبرو هستیم، برای حصول اطمینان یا قطع به صدور روایت این اعتبار لحاظ می گردد، ولی گاه سخن از این است که این راویان آیا یک سخن امام را نقل کرده اند یا دو سخن امام را؟ در اینجا ظاهراً هر دو راوی یک سخن امام را نقل می کنند و اختلاف الفاظ در نقل از باب نقل به معنی یا اشتباه راویان در ذکر خصوصیات روایت می باشد.

بهتری از کافی در دست داشته باشد. علاوه بر اینکه در اینجا کلمه «بارأت» مناسب تر است. زیرا راوی سؤال از حکم انواع جدایی به وسیله طلاق می کند و چون طلاق مبارات یکی از آنها است مناسب آن است که بعد از خلع، قسم دیگری از طلاق که مبارات است و تا حدودی مشابه خلع می باشد ذکر شود نه مطلق جدایی و بینونت. لذا جدایی به انقضاء مدت در متعه که طلاق محسوب نمی شود اصلاً از موضوع سؤال خارج است و در نتیجه روایت حلبی به حسب نسخ صحیح مطلق نخواهد بود.

3) دفاع استاد (مد ظله) از اطلاق مطلقات و رد دو اشکال مذکور:

پیش از بررسی روایت أبو الصباح کنانی اشاره می کنیم که از تعلیل در روایتی که أبو بصیر و زراره و ابو اسامه نقل می کنند می توان حکم را مطلقاً در هر جایی که مرد حق رجوع نداشت جاری دانست.

متن روایت: عن زراره و... عن ابی بصیر و... عن ابی اسامه جمیعاً عن ابی عبد الله «علیه السلام» قال: المختلعه اذا اختلعت من زوجها و لم یکن له علیها رجعه حلّ له ان یتزوج اختها فی عدتها (1)

در این روایت قید «و لم یک له علیها رجعه» احترازی نیست زیرا اصلاً طلاق خلع بر دو قسم نیست که در یکی حق رجوع باشد و در دیگری چنین حقی برای مرد نباشد تا این قید احتراز از یک قسم آن باشد. پس آوردن این قید برای بیان تعلیل حکم است بدین جهت در غیر طلاق خلع نیز هر جا که حق رجوع نبود مانند مسئله ما نحن فیه به دلیل عموم تعلیل حکم را جاری می دانیم.

بلکه در روایت دیگر أبو بصیر یا روایت أبو الصباح که سؤال و جواب از خطبه شده نیز می توان جواز ازدواج و تعمیم آن به غیر طلاق خلع را استفاده کرد.

متن روایت: محمد بن یعقوب الکلینی باسناده عن ابی بصیر عن ابی عبد الله «علیه السلام» قال:

ص: 3074

سألته عن رجل اختلعت منه امرأته أ يحلّ له ان يخطب اختها من قبل ان تقضى عده المختلعه؟ قال نعم قد برئت عصمتها منه و ليس له عليها رجعه(1)

زیرا نوعاً تعلیل ها را بر اساس مرتکبات ذهنی شنونده القاء می کنند و وقتی که جواز خطبه معلل شود به اینکه «قد برئت عصمتها منه و لیس له علیها رجعه» چون شنونده در ارتکازش به ملاحظه آیه و روایات، نکاح الاختین را حرام می داند نه خواستگاری از آنها را، لذا جواز خطبه را مساوق با جواز نکاح تلقی می کند یعنی چون مرد حق رجوع ندارد عنوان جمع بین الاختین منطبق نیست و اگر این عنوان منطبق نبود، نه تنها خطبه بلکه ازدواج با او هم جایز است. و این تعلیل در غیر طلاق خلع هم ساری خواهد بود. خلاصه اینکه لحن این قیود، لحن تعلیل است و عموم تعلیل شامل انقضاء مدت در متعه و لو پیش از انقضاء ایام عده نیز می گردد، و روایاتی هم که خطبه را جایز شمرده نیز دلیل بر جواز ازدواج است زیرا تعلیل در آنها منزل به امر مسلم در مرتکز ذهن افراد (یعنی حرمت خصوص ازدواج با دو خواهر) است.(2)

ص: 3075

1- (1) وسائل 22:28569/270، همان باب، ح 1

2- (2) (توضیح بیشتر) در نگاه نخست این اشکال به ذهن می آید که استاد (مد ظله) در بحثهای سابق تأکید می کرده اند که تعلیل، موضوع حکم را تعمیم می دهد نه خود حکم را، مثلاً در مثال معروف «لا تشرب الخمر، لانه مسکر» عموم تعلیل، حرمت شرب را از خمر به مطلق مسکر سرایت می دهد و نمی تواند حرمت شرب را هم به حرمت مطلق استفاده ها تعمیم دهد، در بحث ما نیز جمله روایت چنین است: لا يجوز خطبه المختلعه لآنها رجعية، مقتضای عموم تعلیل این است که ما کبری کلیه «لا يجوز خطبه کل رجعية» را از جمله فوق استفاده کنیم، ولی دیگر نمی توان خصوصیت خطبه را هم از حکم ملغی ساخت. بنابراین بین روایت زراره و أبو بصیر و ابو اسامه و روایت أبو بصیر یا أبو الصباح کنانی فرقی وجود دارد، در روایت نخست حکم مذکور در جمله جواز تزویج است و با عموم تعلیل جواز تزویج را در هر بینونت غیر رجعی می توان نتیجه گرفت، ولی در روایات دسته دوم حکم معلل، جواز خطبه است نه جواز تزویج، لذا استفاده حکم تزویج از آن با مشکل مواجه می شود. پاسخ این اشکال هم در کلمات گذشته استاد (مد ظله) ذکر شده و در این بحث هم به آن اشاره کرده اند محصل پاسخ این است که استفاده تعمیم از تعلیل به خاطر کشف کبری کلیه مطویه می باشد، دایره این کبری مطویه را ارتکازات عقلایی یا شرعی که تعلیلات نوعاً به آنها ناظر است تعیین می کند لذا در جمله «لا تشرب الخمر لانه مسکر» اگر کبری عقلایی حرمت هر نوع استفاده از مسکر باشد (خواه اکل آن، خواه شرب آن خواه استفاده دیگر) می توان از شراب هم تعدی کرد، آنچه مانع از تعمیم می گردد، عدم ثبوت چنین ارتکاز عقلایی یا شرعی عام در این مثال است.

نتیجه اینکه دلالت مطلقات بر جواز ازدواج با خواهر متمتع در زمان عده اش است.

4) لزوم اخذ به مطلقات و عدم جواز تخصیص آنها در خصوص متعه:

ما تاکنون تمامیت مطلقات را اثبات کردیم و قاعده باید آنها را به خاطر روایت یونس که بر عدم جواز ازدواج با خواهر متمتع بها در ایام عده اش دلالت می کند تخصیص زد و در خصوص متعه قائل به عدم جواز شد.

ولی با این حال به نظر ما می توان به مطلقات اخذ کرد و در این مورد نیز قائل به جواز شد. زیرا استثنائی شمردن متعه به اینکه ازدواج با خواهر متمتع ای که حق رجوع به او ندارد در زمان عده اش حرام ولی ازدواج با خواهر زوجه دائمه مطلق به طلاق باین جایز باشد، امری غیر ارتکازی است. زیرا اصولاً احکام شرع در مورد متمتع آسان تر و موسع تر از دائمه است لذا در تعداد زوجات دائمه، محدودیت عدد (مَثْنَى وَ ثَلَاثَ وَ رُبَاعَ) هست که در متعه نیست، و یا مدت عده دائمه بیش از مدت متمتع است. با توجه به این، تشدید در مورد متمتع به عدم جواز ازدواج و عدم تشدید در مورد دائمه زیادی فرع بر اصل بوده و به نظر غیر ارتکازی می رسد و اینها باعث قوت مطلقات می گردد، لذا برای تقیید آنها نیاز به تعبد قوی تری است، و به طور کلی ما در باب تقیید اطلاق گفته ایم که دلیلی خاص نداریم که هر مقیدی بر هر مطلقی مقدم است، بلکه این امر از باب تقدیم اظهر بر ظاهر است که در تمام موارد جاری نیست از جمله در بحث ما.

از آن طرف به مشهور نسبت داده شده که «لا یحل» در روایت یونس را حمل به کراهت کرده اند. لذا این امور در مجموع باعث اظهاریت مطلقات در اطلاق نسبت به ظهور دلیل خاص در تقیید می گردد. و ما با اخذ به مطلقات، قائل به جواز شده،

لزوم صبر تا انقضاء مدت عده را احوط استحبابی می دانیم.

5) وجهی دیگر برای جمع بین روایات:

مرحوم مجلسی اول روایت یونس را به حسب دلالت حمل بر تقیه می کند. به این معنا که حضرت دستور العمل خاصی داده اند تا در عمل برای افراد گرفتاری پیش نیاید. چون امر متعه در جوامع آن روز قاچاق بود و اگر مردی زنی را متعه می کرد و بعد بلافاصله بعد از جدا شدن بدون منقضی شدن ایام عده، خواهرش را می گرفت همه می فهمیدند که آن زن متعه وی بوده است. زیرا اطرافیان هر کس نوعاً مطلع هستند که این زن پس از سه بار طلاق از او جدا نشده و بین آنها اختلاف و صرف نظر کردن از مهریه و خلع یا مبارات در کار نبوده و در نتیجه طلاقش رجعی است و مرد نمی تواند خواهر او را پیش از انقضاء عده بگیرد، با این حال اگر ببینند با خواهرش در این مدت ازدواج کرده در می یابند که وی زن اول را متعه کرده است. لذا حضرت دستور العمل داده اند که هر کس به آن عمل کند برایش این گرفتاری پیش نیاید، نه اینکه در مقام بیان حکم واقعی مسئله باشند. مانند اینکه در بعضی روایات دستور داده اند شیعیان متعه را مخفیانه انجام دهند مانند روایت مفضل قال سمعت أبا عبد الله «عليه السلام» يقول في المتعه: دعوها اما يستحي احدكم ان يري في موضع العوره فيحمل ذلك على صالحی اخوانه و اصحابه، (1) و یا اینکه اگر چهار زن دائمه دارند دیگر متعه نکنند مانند روایت بزندی از امام رضا «عليه السلام» که فرمودند: قال أبو جعفر «عليه السلام» اجعلوهن من الاربع (2) با اینکه این قیود مسلماً جزء شرایط متعه نیست.

در واقع مرحوم مجلسی اول جهت صدور را تقیه ندانسته بلکه ایشان جمع دلالتی کرده به این نحو که اطلاق عدم حلیت، به صورت خاص آن زمان که فاش

ص: 3077

1- (1) وسائل 26422/22:21 ابواب المتعه باب 5 ح 3

2- (2) وسائل 2614/20:21 ابواب المتعه باب 4 ح 9

شدن متعه برای افراد، غالباً (1) مشکله ای ایجاد می کرده، مقید می شود وگرنه این مسئله ذاتاً اشکالی ندارد.

به نظر ما این کلام هم وجه خوبی است.

نتیجه اینکه ازدواج با خواهر متمتع در ایام عده او در این شرایط فعلی ذاتاً جایز است هر چند احتیاط مستحب در ترک آن است.

(د) توضیح مسئله 48: و الظاهر انه كذلك اذا وهب مدتها و ان كان مورد النص انقضاء المده

(1) متن عروه:

و الظاهر انه كذلك اذا وهب مدتها و ان كان مورد النص انقضاء المده

(2) توضیح مسئله:

اگر در صورت انقضاء مدت قائل به لزوم احتیاط و عدم جواز ازدواج با خواهر متمتع در ایام عده شویم، عرف بین این صورت و جایی که مرد مدت باقی مانده را ببخشد و از او جدا شود، فرقی نمی گذارد و حکم عدم جواز را در این مورد هم ساری می داند لذا مرحوم سید در هر دو مورد احتیاط کرده، ولی ما در هر دو مورد به مطلقات تمسک می کنیم و قائل به جواز می شویم

(ه) بررسی مسئله 49: اذا زنی باحدى الاختین جاز له نکاح الاخری فی مده استبراء الاولى

(1) متن عروه:

اذا زنی باحدى الاختین جاز له نکاح الاخری فی مده استبراء الاولى

ص: 3078

1- (1) (توضیح بیشتر) کلمه «غالباً» در کلام استاد (مد ظله) ناظر به دفع این اشکال است که گاه گفته می شود حمل روایات بر صورت ضرورت، صحیح نیست و پاسخ آن این است که در جایی که ضرورت فرد نادر مطلق باشد حمل مطلق بر آن، با اشکال حمل مطلق بر فرد نادر روبروست، ولی اگر ضرورت، فرد شایع و بلکه غالب باشد، حمل مطلق بر ضرورت، هیچ مشکلی ندارد.

2) توضیح مسئله:

اگر مردی با زنی زنا کرد و هنوز مدت استبراء آن زن نگذشته، می تواند با خواهرش ازدواج کند زیرا نه شبهه جمع در نکاح الاختین در او وجود دارد و نه مدت استبراء مزنی بها جزء ایام عده مطلقه شمرده می شود تا ادله ای که از ازدواج با خواهر مطلقه در ایام عده اش منع کرده شامل آن شود.

3) ادامه متن عروه:

... و کذا اذا وطئها جاز له نکاح اختها فی عدتها لانها بانه نعم الاحوط اعتبار الخروج عن العده خصوصاً فی صوره کون الشبهه من طرفه و الزنا من طرفها من جهه الخبر الوارد فی تدلیس الاخت التی نامت فی فراش اختها بعد لبسها لباسها.

4) توضیح مسئله:

چون عده زنی که مورد وطی به شبهه قرار گرفته مانند عده بانه است باید بر حسب قواعد بتواند خواهرش را در آن ایام بگیرد. سید می فرماید: ولی احتیاط استحبابی در این است که تا پایان عده او صبر کند خصوصاً اگر شبهه از ناحیه مرد باشد و از طرف زن زنا واقع شده باشد چون در این مورد روایتی وارد شده است.

مرحوم آقای خویی می فرماید مراد سید «رحمه الله» از خبر مذکور روایت برید عجلی است.

متن روایت: محمد بن یعقوب الكلینی باسناده عن برید العجلی قال: سألت أبا جعفر «عليه السلام» عن رجل تزوج امرأة فزوّجها إليه اختها و كانت اكبر منها فادخلت منزل زوجها ليلاً فعمدت الى ثياب امرأته فنزعتهما منها و لبستها ثم قعدت في حجله اختها و نحت امرأته و اطفأت المصباح و استحيت الجارية ان تتكلم فدخل الزوج الحجله فواقعها و هو يظن أنها امرأته التي تزوجها فلما ان أصبح الرجل قامت إليه امرأته فقال: انا امرأتك فلانه التي تزوّجت و انّ اختي مكرت بي فاخذت ثيابي فلبستها و قعدت في الحجله و نحتني فنظر الرجل في ذلك فوجد كما ذكر فقال: اری ان لا مهر للتي دلست نفسها و اری ان عليها الحد لما فعلت حدّ

الزانی غیر محصن و لا یقرب الزوج امرأته التي تزوج حتى تنقضی عده التي دلست نفسها فاذا انقضت عدتها ضم اليه امرأته(1)

ایشان می فرمایند غیر از این روایت، صحیحۀ زراره نیز وجود دارد

متن روایت: محمد بن یعقوب الكلینی باسناده عن زراره بن اعین قال: سألت أبا جعفر «عليه السلام» عن رجل تزوج امرأة بالعراق ثم خرج الى الشام فتزوج امرأة اخرى فإذا هي اخت امرأته التي بالعراق قال يفرق بينه وبين المرأة التي تزوجها بالشام و لا يقرب المرأة العراقية حتى تنقضی عده الشاميه الحديث(2)

اطلاق این روایت شامل وطی به شبهۀ از ناحیۀ مرد و وطی به شبهه از دو طرف، هر دو می شود بلکه شاید اختصاص به این صورت داشته باشد و در هر حال شمولش نسبت به شبهۀ طرفینی واضح تر از شبهۀ یک طرفی است. لذا اگر دلالت روایت برید تمام باشد باید گفت وجود دلیل تنها منحصر به مورد وطی به شبهۀ از ناحیۀ مرد نیست، پس ذکر کلمه «خصوصاً» در این مورد بی وجه است چون خصوصیتی ندارد.

به نظر ما در مورد شبهۀ طرفینی به خود روایت برید نیز می توان با الغاء خصوصیت عرفی استناد کرد زیرا لزوم پرهیز از وطی در زمان عده به خاطر احترام ماء مرد است که نطفه اش در رحم دو خواهر در یک زمان جاری نشود. بدیهی است عرف برای شبهۀ یک طرفی از این جهت مذکور احتمال خصوصیتی نداده، لذا این احترام را در شبهۀ طرفینی هم لازم می داند. پس اگر دلالت روایت برید تمام باشد نفس این روایت برای اثبات حکم در شبهۀ طرفینی نیز کافی است.

ادامۀ بحث ان شاء الله در جلسه آینده. (* و السلام*)

ص: 3080

1- (1) وسائل 21: 26943/222، کتاب النکاح، ابواب العیوب و التدلّیس باب 9 ح 1

2- (2) وسائل 20: 26141/478، ابواب ما یحرم بالمصاهره باب 26 ح 1

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

بحث در ذیل مسئله 49 عروه بود. مرحوم سید فرموده اند: اگر کسی شبهه با زنی مباشرت کند، در خلال عده اش می تواند با خواهر وی ازدواج نماید. ولی بنا بر احتیاط مستحب باید تا پایان ایام عده، خصوصاً در صورتی که شبهه از طرف مرد، و زنا از سوی زن باشد صبر نماید. زیرا بر اساس مفاد روایت برید عجلی - که در خصوص این مورد وارد شده، و در جلسه قبل آن را نقل کردیم - مرد باید از مقاربت با زوجه خود تا پایان ایام عده خواهرش خودداری نماید.

در این جلسه نخست فرمایش آقای خویی پیرامون الغاء خصوصیت از مورد روایت برید به دلیل روایت زراره را نقل نموده، توجیهی برای خصوصیت داشتن روایت برید مطرح خواهیم کرد. سپس سبب فتوی ندادن مرحوم سید را مورد بررسی قرار داده، ضمن نادرست شمردن نسبت اعراض به اصحاب از رویت برید، تعارض روایات جمیل بن صالح و محمد بن مسلم و حلبی را با دو روایت برید و زراره مردود خواهیم شمرد. آنگاه نظر مشترک مرحوم آقای حکیم و مرحوم آقای خویی را پیرامون بیگانه بودن روایت برید از محل بحث، مورد تأیید قرار داده، و استدلال به آن را بر اساس تسلّم بر یک کبرای کلی نیز نادرست خواهیم دانست. در پایان با طرح مسئله 50 ادامه بحث را به جلسه آینده واگذار می نمایم.

1) نظر مرحوم آقای خویی:

همان طور که عرض کردیم مرحوم سید فرموده اند: به دلیل روایت برید عجلی بنا بر احتیاط مستحبّ مرد باید در خلال ایّام عدّه زنی که با او شبههّ مقاربت نموده، از ازدواج با خواهرش بپرهیزد. خصوصاً اگر شبهه، تنها از سوی مرد باشد.

مرحوم آقای خویی می فرمایند: شاید وجه خصوصیت این باشد که دلیل مسئله را تنها روایت برید(1) پنداشته اند، در حالی که دلیل منحصر به آن نبوده، و روایت زراره نیز - که مطلق است و مصداق ظاهر و روشن آن موردی است که شبهه طرفینی باشد - یکی از ادلهّ مسئله است. از این رو چنانچه اصل حکم را بپذیریم، وجهی برای خصوصیت نخواهیم داشت.(2)

2) پاسخ استاد (مد ظله):

خصوصیتی که مرحوم سید قائل شده اند - بر خلاف احتمال مرحوم آقای خویی - ممکن است سبب دیگری داشته باشد. و آن اینکه: سند روایت زراره به حسب نقل شیخ در تهذیب در استنباط چنین است: ... عن الحسن بن محبوب عن ابن بکیر عن علی بن رثاب... یعنی ابن بکیر، بین حسن بن محبوب و علی بن رثاب واسطه شده است. لذا روایت بر اساس نقل این دو کتاب موثقه است. و چون درباره عمل به موثقات، اجمالاً اشکالاتی فرض می شود و به اصطلاح، «ان قلت» دارد، گرچه این اشکالات قابل جواب است لیکن با توجه به اینکه در مورد روایت برید این نوع اشکال و جواب ها وجود ندارد، همین امر می تواند سبب خصوصیتی برای روایت برید گردد. مرحوم سید نیز ممکن است به همین جهت برای عمل به روایت برید نوعی خصوصیت قائل شده باشد.

ص: 3082

1- (1) وسائل 21: 26943/222، کتاب النکاح، ابواب العیوب و التدلیس، باب 9 ح 1

2- (2) مبانی - کتاب النکاح - ج 1 - ص 441

البته طبق نظر صحیح، همان طور که در کافی (منبع نقل تهذیبین) آمده، سند و روایت زراره باید به این صورت باشد: ... عن الحسن بن محبوب عن ابن بکیر و علی بن رئاب جمیعاً عن زراره بن اعین.

زیرا حسن بن محبوب همیشه بلا واسطه از علی بن رئاب نقل می کند و نیز ابن بکیر راوی مستقیم از زراره است و نباید بین آنها واسطه بیاید، در خیلی موارد علی بن رئاب بر ابن بکیر عطف شده است. و این اشتباه ممکن است سهوالقلمی از سوی مرحوم شیخ و یا مربوط به خطای نسخه ای باشد که در اختیار ایشان بوده است.

(ب) بررسی سبب فتوی ندادن مرحوم سید:

1) کلام مرحوم آقای حکیم در مورد اعراض اصحاب از روایت برید:

ایشان نخست می فرمایند: از اینکه صاحب متعرض مضمون روایت برید نشده اند معلوم می شود که از مضمون آن اعراض کرده اند. لذا نمی توان به مفاد آن فتوی داد. (1)

2) نقد استاد (مد ظله):

بر خلاف آنچه که مرحوم آقای حکیم فرموده اند، کسانی که قبل از مرحوم علامه مسئله را مطرح کرده اند، جز ابن ادریس، همگی به مفاد این روایت فتوی داده اند پس از علامه نیز قائلین به لزوم صبر تا انقضاء عدّه، کمتر از قائلان به عدم لزوم نیستند.

فرمایش مرحوم ابن فهد در مهذب البارع نیز - که قول به عدم لزوم صبر را به مشهور نسبت داده - نادرست است. زیرا فتاوی تعداد زیادی از فقهاء به مفاد روایت برید، نه تنها مشهور بودن قول به عدم لزوم صبر را مخدوش می سازد. بلکه به طریق اولی نادرستی نسبت اعراض به اصحاب را نیز - که ظاهرش این است که هیچ کس

ص: 3083

متعرض مضمون آن نشده یا قائل به آن نادر کالمعدوم است - به اثبات می رساند.

در اینجا نام چند تن از فقها را که به مفاد روایت برید فتوی داده اند یادآور می شویم:

مرحوم شیخ در نهاییه، ابن براج در مهذب، ابن حمزه در وسیله (1)، کیدری در اصباح، یحیی بن سعید در جامع، و ظاهر کلام مرحوم صدوق در کتاب فتوایش فقیه که تنها این روایت را نقل کرده است.

ابن ادریس نیز به خاطر مبنای خودش - که به خبر واحد جز در مواردی که با اصول و قواعد کلی منطبق باشد عمل نمی کند، و مورد بحث را مصداق جمع بین اکتین ندانسته - بر خلاف مفاد روایت و بر طبق عمومات جواز، فتوی داده است.

البته غیر از او نیز پنج نفر دیگر قائل به جواز شده اند: مرحوم علامه در قواعد و تحریر، ولی در مختلف، روایت برید و زراره را حمل بر کراهت کرده است. مرحوم نراقی نیز در مستند مانند مختلف، این دو روایت را حمل بر کراهت کرده است. (2) ابن فهد در مهذب، محقق کرکی در جامع المقاصد، و فاضل هندی در کشف اللثام.

غیر از سابقین برخی از کسانی که به مفاد روایت فتوی داده اند، عبارتند از:

صاحب مدارک، مجلسی اول در روضه المتقین، شیخ حرّ که عنوان باب را عدم جواز مباشرت قبل از انقضاء عده قرار داده، صاحب حدائق، و ظاهر فیض در وافی که معمولاً در ذیل روایاتی که مطابق اصول نیست و اشکالاتی در آنها مطرح است بیانی دارد لیکن در اینجا با سکوت از کنار روایات ردّ شده است.

بنابراین با توجه به اینکه قائلین به تحریم از نظر تعداد تقریباً با مجوزین در یک سطح می باشند، نسبت اعراض به اصحاب از روایت برید صحیح نخواهد بود. بلکه شهرت قداماء که ارزشمند است بر طبق این روایت است.

ص: 3084

1- (1) در حدائق اشتباهاً به جای ابن حمزه، ابن زهره نوشته شده که ظاهراً سهو القلم از ناحیه صاحب حدائق است: ج 23 - ص 518

2- (2) البته در آنجا به خاطر سهو القلم، به جای مختلف، قواعد نوشته است. ج 16 - ص 312

3) تعارض روایات جمیل بن صالح و محمد بن مسلم و حلبی با روایات برید و زراره:

ممکن است علت فتوی ندادن مرحوم سید، تعارض روایات جمیل بن صالح و محمد بن مسلم و حلبی با روایات برید و زراره باشد.

متن روایت جمیل بن صالح: روی الحسن بن محبوب عن جمیل بن صالح انّ ابا عبد الله «عليه السلام» قال في اختين اهديتا لاخوين فادخلت امرأه هذا على هذا و امرأه هذا على هذا قال: لكل واحد منهما الصداق بالغشيان و ان كان وليهما تعمّد ذلك اغرم الصداق و لا يقرب واحد منهما امرأته حتّى تنقضى العده فاذا انقضت العده صارت كلّ امرأه منهما الى زوجها الاوّل بالنكاح الاوّل... (1)

دو برادر با دو خواهر ازدواج کرده اند و هر یک از آنان با زن دیگری مباشرت کرده است. حضرت می فرمایند: شوهران در خلال عده باید از مباشرت با زوجه خود پرهیز نمایند. یعنی هر خواهر فقط باید برای وطی شبهه خودش عده نگه دارد. مقتنع نیز این روایت را نقل کرده و به مفاد آن فتوی داده است.

متن روایت محمد بن مسلم: محمد بن علی بن الحسین باسناده عن العلاء عن محمد بن مسلم عن ابی جعفر «عليه السلام»، قال: سألته عن رجلين نکحا امرأتين فاتی هذا امرأه هذا و هذا امرأه هذا؟ قال: تعتدّ هذه من هذا و هذه من هذا ثمّ ترجع كلّ واحد الى زوجها. (2)

متن روایت حلبی: محمد بن الحسن باسناده عن الحسين بن سعيد عن ابی عمیر عن حمّاد عن الحلبيّ عن ابی عبد الله «عليه السلام» قال: سألته عن رجلين نکحا امرأتين فاتی هذا بامرأه ذا هذا بامرأه ذا؟ قال: تعتدّ هذه من هذا و هذه من هذا ثمّ ترجع كلّ واحد منهما الى زوجها. (3)

ص: 3085

-
- 1- (1) فقیه - ج 3 ص 275 - باب ما احلّ الله عزّ و جلّ من النکاح و ما حرم منه - ح 4469 و کافی - ج 5 - ص 407 - باب المدالسه فی النکاح - ح 11، وسائل 26233/513:20، کتاب النکاح، ابواب ما یحرم بالمصاهره باب 49، ح 2
 - 2- (2) وسائل 26232/513:20، باب 49 از ابواب ما یحرم بالمصاهره ح 1
 - 3- (3) وسائل 26944/222:21، باب 9 از ابواب العیوب و التدلیس ح 2

مضمون این روایت با روایت محمد بن مسلم یکی است و اطلاق دو روایت شامل اختین نیز می شود.

اکنون با اینکه ممکن است مدت دو عده برابر نباشد و طبعاً پایان دو عده نیز هم زمان نخواهد بود، اما طبق این روایات، همین که هر یک از دو خواهر عده و طی شبهه خود را به سر آورد، مباشرت شوهرش با او جایز خواهد شد بدون اینکه لازم باشد تا پایان عده خواهر دیگر - که با او مباشرت کرده - صبر کند، در حالی که بر اساس روایات برید و زراره، تنها پس از انقضای هر دو عده می تواند با خواهرش ازدواج نماید. لذا این دو دسته روایات معارض یکدیگر بوده، و قول به کراهت نمی تواند وجه جمعی برای آنها باشد.

4) نظر استاد (مد ظله):

فرض تعارض بین این دو دسته روایت، بی مورد است، زیرا: روایت جمیل بن صالح از نظر سند مورد اشکال است. زیرا در کافی آن را مرسلأً به این صورت نقل کرده است: ... عن الحسن بن محبوب عن جمیل بن صالح عن بعض اصحاب ابي عبد الله «عليه السلام». (1) و نقل ابن محبوب نیز به عنوان یکی از اصحاب اجماع برای تصحیح سند، کافی نیست. دو روایت محمد بن مسلم و حلبی نیز در مورد اختین نیست. گرچه اطلاق آنها شامل اختین می شود، لیکن با اطلاق نمی توان آنها را معارض روایات برید و زراره دانست. ضمن اینکه موضوع آن روایات، یکی معقوده و دیگری اجنبیه است و لا اقل با موضوع روایت زراره متفاوت است. زیرا موضوع روایت زراره دو معقوده است و بعید نیست شارع مقدس برای عقد باطلی که به تخیل صحّت انجام گرفته، اثری قائل شده (2) و بر اساس آن، رعایت عده را لازم

ص: 3086

1- (1) کافی - ج 5 - ص 407 - باب المدالسه فی النکاح - ح 11

2- (2) لذا ابن جنید قائل است اگر با دو معقوده دخول صورت گرفته باشد، زوج مختار است حتی دومی را اختیار کند و طبعاً معقوده اول محکوم به بطلان خواهد بود.

فرموده باشد. لذا از نظر حکم، ملازمه ای بین دو صورت نیست، و هر دسته از روایات، متعرض یکی از دو صورت می باشد. و به هر حال، روایات برید و زراره بدون معارض بوده، و تمسک به آنها در موارد خودشان بی مانع است، و وجهی برای حمل آنها بر کراهت دیده نمی شود.

5) کلام مشترک مرحوم آقای خویی و مرحوم آقای حکیم در مورد بیگانه بودن روایات برید و زراره از محل بحث:

مرحوم آقای حکیم پس از اشاره به مسئله اعراض اصحاب، مشترکاً با مرحوم آقای خویی، علت فتوی ندادن مرحوم سید را بیگانه بودن روایات برید و زراره از مسئله مورد بحث دانسته اند. زیرا موضوع این دو روایت، وطی است در حالی که موضوع مسئله مورد بحث ما تزویج می باشد. (1)

6) نظر استاد (مد ظله):

همان طور که این دو بزرگوار فرموده اند، این دو روایت مبین حکم ما نحن فیه نبوده، و از محل بحث خارج است. البته بعضی خواسته اند با استفاده از تسلّم بر یک کبرای کلی، حکم مسئله مورد بحث را از این دو روایت اخذ نمایند، بدین صورت که: این مسئله مورد تسلّم فقها است که در هر مورد که برای شوهر، بقاءً مباشرت با زوجه اش جایز نباشد، حدوداً نیز عقد وی جایز نخواهد بود، لذا می توان با استفاده حکم عدم جواز مباشرت از این دو روایت، حکم عدم جواز تزویج را نیز نتیجه گیری کرد.

اما این استدلال نیز تمام نیست. زیرا همانطور که سابقاً عرض کرده ایم، چنانچه حرمت مباشرت، الی الابد باشد، عرفاً می توان به مفاد این کبری ملتزم شد، لیکن اگر حرمت، موقت باشد - کما اینکه مباشرت مرد با زوجه اش در ایام حیض موقتاً جایز

ص: 3087

نیست، و این عدم جواز، هیچ ملازمه ای با عدم جوازِ احداثِ زوجیت ندارد و عقد وی حدوداً بی مانع است - کبرای مذکور بر آن صادق نخواهد بود. بنابراین نمی توان با استفاده از این دو روایت قائل به تحریم تزویج شد. لیکن با توجه به اینکه بسیاری از فقها به آن فتوی داده اند، احتیاط استحبابی مرحوم سید از نظر ما نیز مقبول می باشد.

ج) بررسی حکم جمع بین دو بانوی فاطمی:

متن عروه: مسئله 50: الاقوی جواز الجمع بین فاطمیتین علی کراهه...

در یک روایت وارد شده که جمع بین فاطمیتین بر حضرت زهرا «علیها السلام» عرضه می گردد و آن حضرت از این امر اذیت می شوند لذا جمع بین دو بانوی فاطمی جایز نیست.

متن روایت: محمد بن الحسن باسناده عن علی بن الحسن عن السندي بن الربیع عن محمد بن ابی عمیر عن رجل من اصحابنا قال: سمعته يقول: لا یحلّ لأحدٍ أن یجمع بین ثنّین من ولد فاطمه «علیها السلام»، انّ ذلك یبلغها فیشقّ علیها، قلت: یبلغها؟ قال: ای و الله. (1)

در اینجا چند مسئله مورد بحث است:

1 - آیا لا یحلّ یک حکم تنزیهی است یا دلالت بر تحریم دارد؟

2 - در صورت دلالت بر حرمت، آیا بر بطلان هم دلالت دارد یا نه؟ که مرحوم سید و نیز مرحوم آقای خوئی قائل به عدم دلالت بر بطلان هستند.

3 - آیا این حکم اختصاص به کسانی دارد که از طریق پدر به حضرت زهرا «علیها السلام» منتسب هستند یا اینکه شامل اولاد دختری نیز می شود؟

ادامه بحث را به جلسه آینده وامی گذاریم.

«* و السلام*»

ص: 3088

خلاصه درس قبل و این جلسه:

در این جلسه به بررسی مسئله 50 یعنی حکم جمع بین فاطمیتین می پردازیم در این زمینه روایتی نقل شده که سند آن را در تهذیب مورد بحث قرار داده، با تذکر اشتباه نجاشی درباره سندی بن الریبع، در صحت این سند مناقشه می کنیم، در ادامه صحت سند علل را اثبات کرده، وثاقت و صحت مذهب ابان بن عثمان و محمد بن علی ماجیلویه را ثابت می کنیم.

در ادامه خواهیم گفت که این مسئله نخستین بار توسط گروهی از اخباریان در قرن یازدهم مطرح شده است و نسبت قول به تحریم بین فاطمیتین از جهت وضعی صحیح است و همین امر ناراحتی حضرت زهرا «علیها السلام» را به همراه دارد.

بررسی دلالت روایت بحث بعدی این جلسه است. نکته مهم در انکار دلالت روایت بر تحریم، تعلیل روایت نیست، بلکه این قرینه خارجی که در مسائل مورد ابتلاء اگر حکم شرعی تحریم باشد در روایات بسیار مطرح شده و فتاوای لاقول جمععی از قدماء بر طبق آن خواهد بود و قطعاً مسئله جمع بین فاطمیتین چنین نیست پس نمی توان روایت را دالّ بر تحریم دانست.

در خاتمه جلسه متذکر می شویم که بر فرض قول به تحریم، این امر اختصاص به زنانی دارد که از جانب پدر به حضرت زهرا انتساب می یابند.

1) متن عروه:

«مسئله 50 الاقوی جواز الجمع بین فاطمیتین علی کراهه، و ذهب جماعه من الاخباریه الی الحرمة و البطلان بالنسبه الی الثانیه، و منهم من قال بالحرمة دون البطلان فالاحوط التریک.

و لو جمع بینهما فالاحوط طلاق الثانیه او طلاق الأولى و تجدید العقد علی الثانیه بعد خروج الأولى عن العده و ان كان الاظهر علی القول بالحرمة عدم البطلان لآنها تکلیفیه فلا تدلّ علی الفساد. ثمّ الظاهر عدم الفرق فی الحرمة أو الکراهه بین کون الجامع بینهما فاطمياً أو لا، كما أنّ الظاهر اختصاص الکراهه او الحرمة بمن كانت فاطمیه من طرف الأبوین او الأب فلا تجری فی المنتسب الیها (صلوات الله علیها) من طرف الام خصوصاً اذا كان انتسابها الیها باحدى الجدّات العالیات، و کیف كان فالاقوی عدم الحرمة و ان كان النصّ الوارد فی المنع صحیحاً علی ما رواه الصدوق فی العلل باسناده عن حمّاد «قال: سمعت أبا عبد الله «علیه السلام» یقول: لا یحلّ لأحدٍ ان یجمع بین اثنتین من ولد فاطمه «علیها السلام» انّ ذلك یبلغها فیشقّ علیها. قلت یبلغها؟ قال «علیه السلام» ای و الله» و ذلك لاعراض المشهور عنه مع أنّ تعلیله ظاهرٌ فی الکراهه اذا لا تسلّم انّ مطلق کون ذلك شاقاً علیها ایذاءً لها حتی یدخل فی قوله «صلی الله علیه و آله»: من آذاها فقد آذانی.»

2) توضیح نظر سید «رحمه الله»:

مرحوم سید در این مسئله جمع بین فاطمیتین کراهت را اختیار می کنند و می فرمایند هر چند روایتی که نهی کرده صحیحه است اما مشهور از آن اعراض کرده اند و به علاوه از تعلیل روایت هم کراهت استفاده می شود.

البته این دو دلیلی که ایشان مطرح کرده در عرض هم نیستند بلکه در طول هم هستند یعنی اگر کسی ظهور روایت در کراهت را قبول کند دیگر نمی تواند به اعراض مشهور تمسک کند، لذا توجیه کلام سید این است که بگوییم روایت ظاهر در کراهت است و لو سلّم که ظهور در حرمت دارد به سبب اعراض مشهور از حجّیت ساقط می شود.

(1) لزوم بررسی سندی:

نزاع بر سر دلالت روایت بر حرمت یا کراهت متوقف بر این است که سند روایت اشکالی نداشته باشد و الاً سند روایت اشکال داشته باشد نه حرمت و نه کراهت قابل اثبات نخواهد بود، چون مبنای تسامح در ادله سنن حد اکثر استحباب ترک را اثبات می کند، و اثبات استحباب ترک مستلزم اثبات کراهت به این معنی که شیء حزازتی داشته باشد که مانع قبول خیلی از اعمال شود، نیست و اگر مبنای تسامح در ادله سنن را منکر شدیم به طریق اولی کراهت ثابت نمی شود. اینک به بررسی سند روایت می پردازیم.

(2) بررسی سند تهذیب و تقریب اعتبار آن:

این روایت هم در تهذیب و هم در علل نقل شده است. سند آن در تهذیب چنین است: **علی بن الحسن عن السّندی بن ربیع عن محمد بن ابی عمیر عن رجلٍ من اصحابنا قال:**

سمعت أبا عبد الله «عليه السلام» بنا بر سند مذکور در نگاه اول می توان روایت را موثقه دانست به لحاظ اینکه علی بن الحسن که در سند واقع شده، علی بن الحسن بن فضال است که فطحی مذهب است هر چند در وثاقت او هیچ تأملی نیست. از ناحیه ارسال روایت هم اشکالی وجود ندارد چون مرسلات ابن ابی عمیر را معتبر می دانیم به این معنی که حکم به وثاقت و امامی بودن مروی عنه می کنیم. در مورد سندی بن ربیع هم اشکالی نیست چون نجاشی تعبیر می کند که کتاب سندی بین ربیع را صفوان و غیر او روایت کرده است و این صفوان بر قرینه طریقی که نجاشی ذکر کرده (1) صفوان بن یحیی است و صفوان بن یحیی هم جزء کسانی است که لا یروون

ص: 3091

1- (1) رجال نجاشی 496/187 «محمد بن عبد الجبار و علی بن اسماعیل [بن عیسی] عن صفوان عن السندی بکتابه» محمد بن عبد الجبار و علی بن اسماعیل دو راوی عمده صفوان بن یحیی می باشند.

و لا یرسلون الا عن ثقه. لذا وثاقت و امامی بودن سندی بن ربیع هم ثابت می شود.

(3) مناقشه در صحت طریق تهذیب و تذکر اشتباه نجاشی:

اما نگاه دقیق تر اقتضا می کند که نتوانیم به این سند اعتماد کنیم. بر خلاف آنچه مشتهر شده و افراد مبتدی تصویر می کنند، نجاشی اشتباهات زیادی در مسائل رجالی دارد، در عین حال که کتاب رجال او بهترین کتاب رجالی موجود است. یکی از اشتباهات او همین جاست، چون سندی بن ربیع در طبقه ای نیست که صفوان از او روایت کند. سندی بن ربیع روایات خود را گاه از کسانی اخذ کرده که یک یا دو طبقه از صفوان متأخرند⁽¹⁾، لذا چنین کسی نمی تواند جزء مشایخ صفوان باشد. در ضمن، صفوان معاصر با ابن ابی عمیر است و بلکه اندکی تقدم دارد، لذا بسیار مستبعد است که از کسی (سندی بن ربیع) روایت کند که او در این روایت از ابن ابی عمیر نقل می کند. شاهد دیگر این است که صفوان مقداری بر بزنی تقدم دارد و حتی از کسانی روایت می کند که در زمان حیات آنها هنوز بزنی متولد نشده بود. از طرف دیگر، یکی از کسانی که سندی بن ربیع از آنها روایت می کند پسر بزنی است. لذا انسان مطمئن می شود که صفوان نمی تواند از سندی بن ربیع روایت کرده باشد و آنچه نجاشی گفته اشتباهی است که برای او رخ داده است. در واقع، آنکه کتاب سندی بن ربیع را روایت کرده، صفار است نه صفوان و نقل صفار از سندی بن ربیع موارد دیگری نیز دارد. به علاوه روایت دیگری که از سندی بن ربیع روایت کرده اند، مثل علی بن حسن بن فضال و محمد بن احمد بن یحیی، اینها با صفار هم طبقه هستند. لذا صحیح همان است که شیخ طوسی «رحمه الله» نوشته که کتاب سندی بن ربیع را صفار روایت کرده است.⁽²⁾ و نجاشی به اشتباه طریق خود به کتب و

ص: 3092

1- (1) (توضیح بیشتر) همچون أبو عبد الله محمد بن خالد برقی (تهذیب 4: 114، 6: 144) و علی بن احمد بن محمد بن ابی نصر بزنی پسر بزنی معروف (تهذیب 3: 1031/329، 10: 191/51)

2- (2) فهرست شیخ طوسی 343/229

روایات صفوان را جایگزین طریق خود به صفار کرده است.⁽¹⁾ و بنابراین چون دلیلی بر وثاقت مشایخ صفار نداریم، لذا این روایت با این سند قابل اعتماد نیست.

4) بررسی سند روایت در علل (بررسی حال ابان بن عثمان و محمد بن علی ماجیلویه):

آقایان به روایت علل تمسک کرده اند. سند روایت در علل بدین گونه است:

محمد بن علی ماجیلویه عن محمد بن یحیی عن احمد بن محمد عن أبیه عن ابی عمیر عن ابان بن عثمان عن حمّاد قال: سمعت أبا عبد الله «علیه السلام» غیر از ابان بن عثمان و محمد بن علی ماجیلویه بقیه سند بی تردید از اجلاء ثقات می باشند در این سند از ناحیه ابان بن عثمان نیز اشکالی نیست و اینکه بعضی نسبت فطحی بودن یا ناووسی بودن به او داده اند تمام نیست. شاید وجه اینکه نسبت ناووسی بودن به او داده اند مطلبی است که از فخر رازی نقل گردیده که اصطلاح ناووسی گاهی در مورد کسی استعمال می شود که معتقد به بعضی اعتقادات ولایتی مثل علم غیب امام یا افضل بودن او باشد؛ اعتقادی که در زمان ائمه، نامتعارف و غلوّ به حساب می آمده است، چون خود فرقه ناووسیه که حضرت صادق «علیه السلام» را امام آخر و امام غیب و حیّ

ص: 3093

1- (1) (توضیح بیشتر) یکی از روشهایی که در نزد قدماء معمول بوده تلفیق دو سند و ایجاد سند دیگر بوده است، مثلاً شیخ صدوق روایتی را که با نام «احمد بن محمد» آغاز می شده از کافی برگرفته و چون مراد از وی را احمد بن محمد بن عیسی دانسته طریق خود را به احمد بن محمد بن عیسی بر سر این سند قرار می دهد، این گونه تلفیق سند که مبتنی بر نوعی تبدیل در اسناد بوده روش شایعی در نزد شیخ کلینی، شیخ صدوق، أبو العباس نجاشی، شیخ طوسی بوده، حال اگر در تعیین مراد از احمد بن محمد (در مثال فوق) اشتباه رخ دهد یا اساساً احمد بن محمد مصحّف محمد بن احمد باشد، قهراً دو سند غیر مرتبط به هم متصل شده اند (ر. ک. علل 2: 1/389) (کافی 4: 2/169)، احمد بن محمد در کافی احمد بن محمد عاصمی است ولی صدوق وی را احمد بن محمد بن عیسی پنداشته و طریق خود را به او جایگزین کرده است. در بحث ما نمونه ای از این امر رخ داده، ظاهراً نجاشی در جایی دیده است که صفوان از سندی بن الربیع کتاب او را روایت می کند که در واقع صفوان مصحّف صفار بوده است و نجاشی متوجه نشده، طریق عام خود را که تمام مرویات صفوان (بن یحیی) را شامل می گردد بر سر این سند قرار داده، لذا سند تلفیقی فوق پدید آمده است که کاملاً عجیب می نماید. شناخت اسناد تلفیقی و روش تعویض اسناد در بحثهای رجالی اهمیت فوق العاده ای دارد که توضیح آن در اینجا نمی گنجد.

می دانستند به یک معنی غالی بوده اند و عقیده ای بیش از عقیده متعارف آن زمان نسبت به امام صادق (علیه السلام) داشته اند. لذا ناووسی بودن ابان به معنایی که از فخر رازی نقل شده، نقطه ضعفی برای وی نیست و او عدل امامی است و همان اعتقاداتی را داشته که ما در این زمان داریم و آنها را غیر متعارف نمی دانیم، به هر حال ابان بن عثمان که از اصحاب اجماع هم هست بی تردید عدل امام است.

تنها شبهه ای که در این سند باقی می ماند، از ناحیه محمد بن علی ماجیلویه است. آقای خویی «رحمه الله» اشکال می کنند که اعتماد صدوق «رحمه الله» به این شخص و اینکه او شیخ و استاد صدوق بوده دلیل وثاقتش نیست چون مبنای قدماء اصاله العدالة بوده یعنی در مورد افراد مشکوک، بنا را بر عدالت می گذاشته اند. همچنین شاهد می آورند که مرحوم صدوق حتی از نواصب روایت می کند و گاهی خودش تصریح کرده که «و لم أر انصب منه» لذا معلوم می شود که بنای وی مسامحه در احادیث بوده است. اما همانگونه که مکرراً بیان کرده ایم قدماء (به استثنای نادری از آنها که با جمله «یروی عن الضعفاء و یعتمد المراسیل» در ترجمه احوالشان مشخص شده اند) قائل به اصاله العدالة نبوده اند. شیخ صدوق و استادش ابن ولید و امثال آنها نه تنها اهل مسامحه نبوده اند بلکه در احادیث سختگیری می کرده اند. اینها حتی متن شناسی می کرده اند و نقل روایاتی را که مثلاً مخالف اصول مذهب باشد، جایز نمی دانسته اند. شواهدی هم آقای خویی مطرح کرده تمام نیستند. اگر مرحوم صدوق در جایی به روایت کسی که انصب نواصب است تمسک کرده، تمسک به جایی بوده است. مثلاً اگر شخص ناصبی، فضیلتی را در مورد اهل بیت «علیهم السلام» نقل کند، اعتبار این نقل حتی بیشتر از اعتبار روایتی است که شخص بسیار عادل نقل می کند، نه از باب اعتبار ذاتی شخص ناصبی، بلکه از باب قرینه بسیار قوی که بر صدق روایتش وجود دارد، چون با وجود اینکه ناصبی، داعی بر نقل فضایل اهل بیت ندارد، اما همین که فضیلتی نقل کرد اطمینان بسیار قوی بر صحت روایتش

حاصل می شود. مرحوم صدوق هم اگر گاهی از نواصب روایت کرده، در موارد خاصی از این قبیل بوده (1) (الفضل ما شهدت به الاعداء)، نه اینکه احکام الهی را از نواصب اخذ کند.

بنابراین، صحّت روایات محمد بن علی ماجیلویه جای تردید نیست، به ویژه با توجه به این که وی از مشایخ عمده صدوق بوده و در طریق وی به کتب و روایات بسیاری از راویان واقع است، مهم ترین استاد صدوق، پدرش و پس از وی ابن ولید بوده و از این دو که بگذریم نوبت به امثال محمد بن علی ماجیلویه می رسد، پس در وثاقت وی تردید نیست.

ج) مروری بر تاریخچه مسئله:

1) قائلان به تحریم جمع بین فاطمیتین یا متوقفین در مسئله:

با مراجعه به تاریخچه مسئله معلوم می شود که این مسئله در کتب سابقین اصلاً معنون نبوده و از قرن یازدهم توسط اخباریین مطرح شده و طی این قرن و قرن دوازدهم به طور جدی دنبال شده است.

اولین کسی که طرح این مسئله از او نقل گردیده و قائل به حرمت جمع بین فاطمیتین شده شیخ جعفر بن کمال الدین بحرانی از مشایخ سید نعمه الله جزایری و ظاهراً از مشایخ سید علی خان مدنی است که در سال 1014 قمری متولد شده و در سال 1088 یا 1091 وفات یافته است.

ص: 3095

1- (1) (توضیح بیشتر) شیخ صدوق از أبو نصر احمد بن الحسين الضبی حدیثی نقل کرده می گوید: و ما لقیتم انصب منه و بلغ من نصبه انّه كان يقول اللهم صل على محمد فرداً و يمتنع من الصلاة على آله (عیون 2: 31/279) روایت مذکور روایتی است در کرامتی از قبر حضرت امام رضا «علیه السلام»، همچنین صدوق در علل 1: 1/134 و معانی الاخبار 4/56 در معانی اسماء خمسه طاهره «علیهم السلام» و وجه تسمیه ایشان از أبو نصر احمد بن الحسين بن احمد بن عیید النیسابوری المروانی (که ظاهراً با الضبی متحد است) نقل کرده می گوید: و ما لقیتم [احداً] انصب منه، شیخ صدوق در ذیل سندی از عیون (1: 204) که در آن علی بن محمد بن الجهم واقع است و در فضائل اهل بیت می باشد آورده: هذا الحديث غریب من طریق علی بن محمد الجهم مع نصبه و بغضه و عداوته لاهل البيت «علیهم السلام»

شخص دیگری که صاحب حدائق «رحمه الله» قول به حرمت را به او نسبت داده، شیخ حرّ عاملی است که متولد 1033 و متوفای 1104 می باشد. البته در این نسخه و سائل که در اختیار ماست از عنوانی که شیخ حرّ اخذ کرده، استفاده می شود که ایشان نمی خواهد حکم به حرمت بکند چون عنوان باب را «حکم الجمع بین الفاطمیتین» قرار داده نه «حرمة الجمع بین الفاطمیتین» و قاعده ایشان این است که مختارانش را در عناوین اخذ می کند. پس شیخ حرّ قائل به عدم حرمت بوده و یا در حکم مسئله تردید داشته است. از این گذشته، سید عبد الله جزایری مفصلاً بحث کرده که شیخ حرّ در وسائل الشیعه به سبب اشکالی که در دلالت روایت داشته، کراهت را اختیار کرده است. صاحب حدائق به سید عبد الله جزایری اشکال می کند که در وسائل چنین چیزی نیست که قائل به کراهت شده باشد و شاید سهوی برای سید عبد الله جزایری واقع شده و مثلاً حاشیه ای را با متن وسائل اشتباه گرفته و یا اینکه نسخ اشتباه کرده اند و در نسخه ای که در دست سید عبد الله بوده، حاشیه را در متن داخل کرده اند. لذا صاحب حدائق قول به حرمت را به شیخ حرّ نسبت می دهد. اما به نظر می رسد اشکال صاحب حدائق وارد نباشد چون شیخ حرّ سه نوبت وسائل را نوشته و گاهی خودش حاشیه بر وسائل زده، لذا صاحب حدائق در صورتی می تواند ادعا کند که شیخ حرّ قائل به کراهت نشده که تمام این نسخه ها را دیده باشد و آنگاه می تواند بگوید که سید عبد الله اشتباه کرده است. علی ایّ تقدیر، نسبتی که صاحب حدائق به شیخ حرّ داده که ایشان قائل به تحریم است، ثابت نیست.

یکی دیگر از اخباریین که متمایل به تحریم شده، یکی از اساتید شیخ سلیمان بحرانی است. شیخ سلیمان متولد 1075 و متوفای 1121 می باشد که قهراً استاد وی در اواخر قرن یازدهم و معاصر شیخ حرّ بوده است، چون شیخ حرّ هم در طبقه مشایخ شیخ سلیمان بوده است. شیخ سلیمان می گوید بعض مشایخ ما به تحریم

میل پیدا کرده اند. خود شیخ سلیمان بحرانی در مسئله توقف کرده و قائل به احتیاط شده است. البته بعضی گفته اند عبارت شیخ سلیمان مختلف نقل شده ولی به نظر ما ایشان توقف و احتیاط کرده است.

شیخ عبد الله صالح سماهیجی شاگرد شیخ سلیمان بحرانی و از افراد بسیار متعصب و سرسخت در اخباریت بوده است. او هم در این مسئله توقف و احتیاط کرده است.

یکی دیگر از اخباریین که مایل شده به تحریم، شخصی به نام شیخ محمد جعفر بن محمد طاهر کرمانی اصفهانی خراسانی و معروف به کرباسی است که ولادتش در سال 1080 و وفاتش در سال 1175 بوده و حاشیه ای هم بر کفایه مرحوم سبزواری دارد. وی صوفی مآب بوده و آراء شاذی دارد.

یکی دیگر از اشخاصی که قائل به تحریم شده، سید عبد الله جزائری است که ولادتش ظاهراً در سال 1107 و وفاتش در سال 1173 بوده است.

یکی دیگر از قائلین به حرمت، صاحب حدائق است. وی علاوه بر بحث مفصل در حدائق رساله ای هم در حرمت جمع بین فاطمیتین نوشته است که صاحب جواهر از آن رساله نقل می کند. صاحب حدائق می گوید: من این رساله را به بعضی از معاصرین دادم و او هم نظر مرا قبول کرد. لذا این شخص معاصر صاحب حدائق که نمی دانیم کیست، او هم جزء قائلین به حرمت است. خلاصه اینکه این مسئله قبل از قرن یازدهم اصلاً معنون نبوده و توسط همین عده از اخباریها شرح و بسط یافته است.

(2) نسبت قول به تحریم به شیخ صدوق:

البته صاحب حدائق برای تثبیت مطلب ادعا می کند که شیخ صدوق متوفای 381 هم قائل به حرمت است چون روایت را در علل نقل کرده و به آن اشکال نکرده با اینکه دأب صدوق در تمام کتابهایش این است که وقتی روایتی را نقل می کند اگر

بر خلاف فتوایش باشد نقدش را همراهش ذکر می کند و هر جا که حاشیه نزنند معنایش این است که بر طبق آن فتوی می دهد. بعد مواردی را از علل و عیون و فقیه ذکر می کند که در آنها صدوق بر روایات تعلیقه زده تا نشان دهد رویه مرحوم صدوق اینگونه بوده است.

3) ادامه کلام صاحب حدائق:

ایشان این نکته را هم مطرح می کند که اگر مسئله ای در دوره های قبل اجماعی باشد اشکالی ندارد که فقهای طبقه بعد مخالفت کنند، چه رسد به مسائلی که در دوره های قبل مسکوت بوده و اصلاً مطرح نشده است. لذا حتی اگر مرحوم صدوق قائل به تحریم نباشد مضر نخواهد بود و ما می توانیم صرفاً بر اساس روایت فتوی بدهیم.

صاحب حدائق در مقام بیان نظر خود می فرماید: یک وقتی این قضیه جمع بین فاطمیتین واقع شده بود. سلیمان بن علی بحرانی موسوم به محقق بحرانی فرموده بود یکی را طلاق بدهد. بعضی دیگر از اخباریین هم همین را گفته بودند. امر به طلاق یکی از دوزن معنایش این است که اینها جمع بین فاطمیتین را تکلیفاً حرام می دانسته اند اما وضعاً هر دو عقد را صحیح می دانسته اند. اما خود صاحب حدائق می گوید: حق این است که این مسئله مثل مسئله جمع بین الاختین است یعنی باید حکم به بطلان عقد دوم بکنیم و نیاز به طلاق ندارد. (1)

د) نظر استاد (مد ظله) در مسئله:

اشاره

در اینجا چند جهت وجود دارد که باید روشن شود.

1) حکم وضعی در مسئله:

ص: 3098

1- (1) صاحب حدائق 16/5 صفحه در حدائق راجع به این مسئله بحث کرده و شرح و تفصیل داده که حاوی اطلاعات زیادی است (ج

ظاهراً غیر از صاحب حدائق هیچ کس قائل به بطلان عقد دوم نشده است.

مرحوم سید هم در عروه می فرماید: حتی اگر قائل به حرمت شویم، عقد دوم را باطل نمی دانیم و حق با ایشان است. وجه این مطلب همانگونه که آقای خوبی فرموده این است که اگر بنا بر بطلان عقد باشد، دیگر معنا ندارد که امام «علیه السلام» بفرماید جمع بین فاطمیتین حضرت فاطمه «علیها السلام» را به مشقت و ناراحتی می اندازد.

چون فرض این است که عقد دوم اثری ندارد، لذا مشکلی پیش نمی آید تا حضرت ناراحت شود. پس نفس این تعبیر که حضرت به مشقت می افتد کاشف از این است که هر دو عقد صحیح است و انواع مشکلات و دعا و مرافعه هایی که ممکن است پیش بیاید باعث ناراحتی حضرت می شود.

2) شیخ صدوق «رحمه الله» و قول به حرمت:

اینکه صاحب حدائق به شیخ صدوق نسبت داده که قائل به حرمت است، نسبت درستی نیست. اولاً به لحاظ کبروی نمی توانیم بگوییم هر جا صدوق حاشیه زده معنایش این است که بر طبق روایت فتوی می دهد. بین قبول روایت و ردّ روایت یک حدّ وسطی وجود دارد که صاحب حدائق به آن توجه نکرده است. ما این مقدار را می توانیم قبول کنیم که اگر روایتی از نظر صدوق «رحمه الله»، باطل و غیر قابل اسناد به معصوم باشد، ایشان حاشیه می زند، لذا از حاشیه نزدن می توانیم بفهمیم که حکم به بطلان روایت نمی کند اما اینکه حکم به صحت هم می کند و بر طبق آن فتوی می دهد، این قابل اثبات نیست. چه بسا مواردی که برای ایشان مشکوک بوده، نه اعتقاد به بطلان آنها داشته و نه اعتقاد به صحت آنها و در عین حال، آنها را نقل می کند. مثلاً چطور می توانیم بگوییم تمام عللی را که صدوق در علل ذکر کرده معتقد به صحت آنها بوده است. البته در عیون⁽¹⁾ گاهی تعبیر می کند این روایت را

ص: 3099

1- (1) عیون، ح 2، باب 30، ح 45 در ذیل روایتی که در آن محمد بن عبد الله مسمعی واقع است: کان شیخنا محمد بن الحسن بن احمد بن الولید «رضی الله عنه» سیئ الرأي فی محمد بن عبد الله المسمعی - راوی هذا الحدیث -

استادم ابن ولید ردّ نکرده و لذا من آن را نقل می‌کنم و صاحب حدائق از این مطلب نتیجه می‌گیرد که صدوق در همه کتابهایش مقید بوده فقط روایاتی را که به آنها معتقد است نقل کند. در حالی که کتاب عیون اخبار الرضا با توجه به عنوان آن (1)، اختصاص به روایات صحاح داشته و نمی‌توان مطلبی را که صدوق در مورد خصوص این کتاب گفته به کتابهای دیگرش سرایت داد. بعلاوه، آنچه از تعبیر مذکور استفاده می‌شود، این گفته که روایاتی را که ابن ولید رد کرده، نقل نمی‌کند، اما این استفاده نمی‌شود که هر آنچه او نقل کرده مورد قبول استادش یا خودش بوده است و هیچ شکی در صحت آنها نداشته است.

ثانیاً: به لحاظ صغروی می‌توان به صاحب حدائق اشکال کرد، یعنی به فرض اینکه قبول کنیم کبرویاً هر چه صدوق نقل کرده و حاشیه نزده قبول داشته است، از کجا بفهمیم که صدوق از خصوص روایت ما نحن فیه حرمت فهمیده است؟ شاید ایشان هم همانطور که صاحب جواهر و سید و دیگران فهمیده اند، از لحن روایت، کراهت استفاده کرده است و می‌توان گفت اصلاً در آن دوره‌ها از این تعبیر، حرمت استفاده نمی‌کرده اند، لذا حاشیه نزدن، با قول به کراهت هم می‌سازد و نمی‌تواند قرینه باشد بر اینکه ایشان قائل به تحریم بوده است.

3) بررسی دلالت روایت:

در اینجا چند مطلب وجود دارد که باید آنها را بررسی کنیم.

مطلب اول این است که ببینیم آیا روایت فی نفسها دلالت بر حرمت دارد یا نه؟ مرحوم سید می‌فرماید: در روایت تعلیل آورده شده که «انّ ذلک یبلغها فیشقّ علیها» و

ص: 3100

1- (1) (توضیح بیشتر) در لسان العرب در ماده عین آورده: عین کل شیء خیاره نظیر این مطلب در سایر کتب لغوی همچون صحاح و قاموس هم آمده است، و خیار در باب احادیث به تناسب حکم و موضوع به معنای احادیث صحاح و معتبره خواهد بود.

مشقت داشتن غیر از ایذاء است، لذا داخل در عموم «من آذاها فقد آذانی» نمی شود و به این لحاظ، حرمت استفاده نمی شود، آقای حکیم هم مفصّل بحث می کند که مشقت داشتن چه بسا موجب طیب نفس و انبساط روحی شخص است مثلاً شخصی که از میهمان با طیب نفس پذیرایی می کند و در عین حال، در زحمت و مشقت می افتد یا کسی که با وجود سختی و فشار جنگ با شور و اشتیاق در جهاد شرکت می کند. لذا تعبیر مشقت را نمی توان دالّ بر حرمت دانست و همین تعبیر قرینه می شود که کلمه «لا یحلّ» را بر شدت کراهت حمل کنیم. البته شواهدی که ایشان مطرح کرده قابل مناقشه است. درست است که خیلی از اوقات، انسان به خاطر یک هدف مهم تر که انبساط روحی در پی دارد - مثلاً برای تحصیل ثواب - جسم خود را به تعب و زحمت می اندازد، اما این فرق دارد با ما نحن فیه که حضرت فاطمه «علیها السلام» به لحاظ روحی در مشقت می افتند و در مقابلش چیزی نیست که این ناراحتی را جبران نماید. لذا مطلبی که آقای حکیم فرموده در اینجا اصلاً مصداق ندارد نمی توانیم بگوییم حضرت از اینکه اولادشان دچار دعوا و مرافعه شوند انبساط و لذت روحی پیدا می کنند. اما در تأیید اصل مطلب می توان این بیان را اضافه کرد که اگر در مقام تعلیل یک حکم، علّتی ذکر کنند که جامع بین حرمت و کراهت باشد یعنی یک قسم تحریمی و یک قسم تنزیهی داشته باشد، این نشانه آن است که قسم مکروه مراد است. مثلاً اگر گفتند فلان کار را نکنید چون کار خوبی نیست از این تعبیر کراهت استفاده می شود، هر چند کار خوب نبودن اعم از حرمت و کراهت است، زیرا اگر قسم حرام، مورد نظر باشد باید تعلیلی آورده شود که اختصاص به قسم حرام داشته باشد، لذا روایت ما نحن فیه که در آن تعلیل به مشقت شده و مشقت یک قسم حرام و یک قسم مکروه دارد، حمل بر حکم کراهتی می شود.

البته یک بحث دیگری در اینجا وجود دارد که ممکن است کسی بگوید مشقت حتی اگر مشقت ایذائی باشد نمی توانیم از روایت، حرمت استفاده کنیم چون مثلاً

ایذاء مؤمن مسلماً حرام است و در عین حال اگر کسی زنی داشته باشد و بخواهد بدون قصد ایذاء، زن دیگری بگیرد با اینکه زن اول اذیت می شود، هیچ کس نمی گوید ای ازدواج دوم حرام است. لذا این نوع از ایذاءها را نمی توان حرام دانست.

و لکن نباید فراموش کرد که در ما نحن فیه نکته خاصی وجود دارد که باعث می شود نتوانیم آن را به سایر موارد ایذاء قیاس کنیم و آن اینکه بعید نیست با توجه به ادله ای که در مورد ایذاء حضرت فاطمه «علیها السلام» وارد شده بتوانیم بگوییم اموری که باعث ایذاء ایشان می شود حرام است حتی اگر ایذاء دیگران در موارد مشابه حرام نباشد. مطلب دوم این است که بر فرض اینکه روایت دالّ بر حرمت باشد ما نمی توانیم قائل به حرمت شویم چون با توجه به قاعده «لو کان لَبان» یک مطلبی که محل ابتلاء عموم بوده و ازدواج با اولاد معصومین «علیهم السلام» رواج داشته و اشخاص افتخار می کرده اند که به خاندان پیامبر «صلی الله علیه و آله» منتسب شوند و تعدّد زوجات هم که فی نفسه امر رایجی بوده، اگر جمع بین فاطمیتین حرام بود باید مورد بحث قرار می گرفت و روایات متعدد در مورد آن وارد می شد. با این همه، مسئله جمع بین فاطمیتین قرنهای مطرح نشده تا اینکه در قرن یازدهم عده ای این بحث را مطرح کرده اند و این باعث خدشه در روایت می شود، حتی اگر هیچ اشکال سندی و دلالتی نداشته باشد (به تعبیر آقایان در بحث اعراض مشهور: کَلِّمًا از داد قوه از داد ضعفاً).

مطلب سوم این است که خواه قائل به کراهت شویم یا حرمت، باید بینیم مقصود از ولد فاطمه چیست؟

مرحوم سید می فرماید: انتساب زنها به حضرت فاطمه «علیها السلام» باید از طرف پدر یا پدر و مادر باشد، نه از طرف مادر تنها چون بر قسم اخیر فاطمیّه صدق نمی کند، همانطور که در صدق عناوین دیگری مثل حسینی یا حسنی، پدر معیار است نه مادر، مخصوصاً اگر یکی از جدّات با واسطه از اولاد فاطمه «علیها السلام» باشد.

آقای حکیم «رحمه الله» و آقای خوبی «رحمه الله» (و همین طور صاحب جواهر) اینها اشکال می کنند که در روایت عنوان فاطمی اخذ نشده تا ما بگوییم بر کسی که از طرف مادر به حضرت منتسب می شود، فاطمی صدق نمی کند، بلکه تعبیر ولد فاطمه در روایت وارد شده و در صدق این تعبیر فرقی نمی کند که انتساب از طریق اناث یا ذکور باشد چون ولد فاطمه بر همه صدق می کند. ولی به نظر می رسد نتوانیم حکم را به این عمومیت بپذیریم. اگر بنا باشد ولد فاطمه را عام بگیریم لازم می آید اکثر موارد تعدد ازدواج را از مصادیق جمع بین فاطمیتین بدانیم چون در محیطهایی مثل مکه و مدینه و سایر اماکن مذهبی کمتر کسی پیدا می شود که در سلسله اجداد یا جدّات او که مثلاً با چهل واسطه به زمان حیات حضرت زهرا «علیها السلام» می رسند، یکی از اولاد حضرت نباشد، پس همین قرینه خارجی کفایت می کند که مراد از "ولد فاطمه" همان فاطمی گرفته شود هر چند ذاتاً ولد فاطمه اختصاص به منتسب به حضرت از طرف پدر نداشته باشد.

نتیجه این بحث این است که جمع بین فاطمیتین مکروه است و بر فرض حرمت اختصاص به منتسب به آن حضرت از طرف پدر دارد و بطلان عقد را هم به دنبال ندارد.

«* و السلام*»

ص: 3103

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فصل فی العقد و أحكامه

اشاره

مسئله 1: يشترط فی النکاح الصیغه بمعنی الايجاب و القبول اللفظیین فلا یکنی التراضی الباطنی و لا الايجاب و القبول الفعلیین.

بحث در این است که سبب انعقاد نکاح چیست؟ آیا لفظ معتبر است یا نه؟ و اگر معتبر است آن لفظ چیست؟

1) عدم کفایت تراضی باطنی:

أصل اینکه تراضی باطنی کافی نیست و نکاح محتاج انشاء است از بدیهیات است و این مطلب اختصاص به نکاح ندارد. تراضی باطنی برای تحقق هیچ کدام از عقود کافی نیست. فرض کنید مردی می خواهد ازدواج کند، فقط یک همسر واجد شرایط وجود دارد، و با مهری حاضر به ازدواج می شود که این شخص تمکن پرداخت آن را دارد زن هم به شرایط این مرد راضی است آیا مجرد تراضی طرفین کافی است برای اینکه این دو، زن و شوهر شوند؟! این خلاف ضرورت فقهی و قوانین عقلانی است. بنابراین در تحقق نکاح، انشاء معتبر است.

اکنون بحث در این است که آیا انشاء باید لفظی باشد یا آن که انشاء فعلی هم کافی است؟ در باب بیع خیلی از متأخرین انشاء فعلی [بیع معاطاتی] را کافی دانسته اند هر چند بین قدماء مسئله محلّ خلاف بوده است.

* در تقریرات مرحوم حاج شیخ عبد لکریم حائری قدس سرّه هست که «بعضی من عاصرناه» گفته اند که اگر کسی به قصد زوجیت وقاع کند زوجیت با آن محقق می شود (1) معلوم می شود در طبقه مثلاً اساتید ایشان کسی بوده که ایشان عصر او را

ص: 3104

درک کرده و آن شخص فتوا به این مطلب داده است. برای این مطلب نظائری هست مانند انشاء فسخ با فعل، مولایی کنیز خود را به هبه جایزه به دیگری بخشیده و اختیار فسخ دارد یا او را برای دیگری تحلیل یا تزویج کرده است اگر مولا قصد مباشرت با این کنیز را دارد گاهی حراماً می خواهد با او مباشرت کند یعنی با اینکه این کنیز، کنیز یا زن یا معلله دیگری است می خواهد با او مباشرت کند این سفاح و زنا است.

و گاهی به قصد اینکه کنیز را از تحلیل یا ملکیت یا زوجیت دیگری خارج کند با او مباشرت می کند یعنی با این فعل، آن تحلیل و تزویج و تملیک را فسخ و باطل می کند آیا در باب عقد نکاح نیز می توان با فعل، عقد نکاح را انجام داد.

2) کلام مرحوم شیخ انصاری قدس سره در مقام:

مرحوم شیخ انصاری در بحث اعتبار صیغه در نکاح می گویند:

«اجمع علماء الاسلام - كما صرح به غير واحد - على اعتبار اصل الصیغه فی عقد النکاح و ان الفروج لا تباح بالإباحه و لا بالمعاطاه و بذلک یمتاز النکاح عن السفاح، لان فیہ التراضی أيضاً غالباً(1)»

ظاهر بدوی فرمایش شیخ این است که فارق نکاح از سفاح در داشتن و نداشتن لفظ است اگر وطی با لفظی همراه باشد نکاح و الا سفاح است، و اگر ما در نکاح لفظ را لازم ندانیم فرقی بین نکاح و سفاح نمی ماند چون وطی ای که مقترن به لفظ نباشد همان سفاح است. این ظاهر بدوی اشکال روشنی دارد و آن این که چنین نیست که سفاح و وطی بدون لفظ باشد بلکه بسیاری از افراد که مرتکب فحشاء می شوند قرار قبلی و مقاوله لفظی دارند یعنی با لفظ تحلیل بضع می کنند و این باعث نمی شود که سفاح نبوده بلکه نکاح باشد.

ص: 3105

لکن این مطلب واضح البطلان است و مقام شیخ اقتضاء می کند سخن ایشان مطلب دیگری باشد.

(3) جواب مرحوم آقای حکیم به فرمایش شیخ رحمه الله:

از خصوصیات آقای حکیم این است که ایشان خیلی در تعبیرات مؤدب هستند ایشان دیده اند ذیل کلام مرحوم شیخ به حسب ظاهرش سخن ناجوری است لذا با آنکه قسمت اول کلام شیخ را نقل کرده اند ذیل کلام ایشان «و بذلک یمتاز النکاح عن السفاح» را نقل نکرده اند اما مطلب آن را جواب داده اند.

مرحوم آقای حکیم می فرمایند: السفاح الوطء لا بعنوان الزوجیه و فی النکاح الوطء بعنوان الزوجیه و ان لم یکن إنشاؤها باللفظ كما فی نکاح بعض أهل الشرائع الباطله فانه نکاح و لیس بسفاح و ان کان (1) بغير لفظ (2)

ایشان می فرمایند: فارق بین نکاح و سفاح اعتبار و عدم اعتبار لفظ نیست بلکه فارق این است که مباشرتی که در نکاح هست همراه با قصد زوجیت است و مباشرتی که در سفاح هست به عنوان زوجیت نیست پس اگر در نکاح اصلاً انشاء - لفظی و غیر لفظی - لازم نباشد لازمه اش این نیست که فرقی بین نکاح و سفاح نباشد بعلاوه اگر ما در نکاح، انشاء لفظی را معتبر ندانیم لکن اصل انشاء زوجیت که لازم است؛ پس فارق دوم نکاح و سفاح این است که مباشرتی که در نکاح هست مسبوق به انشاء زوجیت است هر چند انشاء فعلی است بر خلاف سفاح که مسبوق به انشاء زوجیت نیست پس لازمه عدم اعتبار انشاء لفظی این نیست که اصلاً فرقی بین نکاح و سفاح نباشد.

(4) توجیه فرمایش شیخ انصاری قدس سره:

مقام شیخ انصاری اجلّ از این است که بفرماید: اگر لفظی در کار بود بدون اینکه هیچ قید و شرطی در کار باشد چه قصد زوجیت بکند چه نکند این نکاح باشد اما اگر لفظ در کار نبود سفاح می شود این مطلب را یک طلبه عادی هم بر زبان جاری نمی کند چه برسد به شیخ انصاری با آن عظمت.

به نظر می رسد مراد شیخ این است که اگر قبلاً انشاء لفظی باشد و مقدمات و

ص: 3106

1- (1) یعنی و ان کان إنشاؤها بغير لفظ.

2- (2) مستمسک العروه 368/14.

شرایط قبلاً محقق شده باشد و بعد بخواهد وقاع کند این در شرع مقدس و ارتکاز متشرعه زنا نیست ولی اگر قبلاً انشاء لفظی نشده باشد و الآن بخواهد با وقاع انشاء زوجیت کند این مصداق زناست. و در ارتکاز متشرعه بین دو صورت فرق است شخص نمی تواند با وقاع قصد زوجیت کند. و اگر چنین کرد سفاح و زنا می باشد.

و بذلک یمتاز النکاح عن السفاح؛ یعنی در ارتکاز متشرعه چنین است: وطی که نقطه مشترک بین نکاح و سفاح است چنانچه مسبوق به صیغه قبلی باشد وطی نکاحی است و اگر با خود مباشرت انشاء زوجیت کنند وطی سفاحی است. پس صیغه خواندن، وطی را از زنا بودن جدا می کند. این مطلب اگر مراد شیخ باشد واضح البطلان و عجیب نیست و اگر در عبارت خللی هم هست به هر حال مراد شیخ ظاهراً همین است.

5) اشکال استاد مد ظلّه به تقریب اخیر کلام شیخ انصاری رحمه الله:

اشکالی که بر این تقریب ممکن است وارد شود این است که:

درست است که ارتکاز متشرعه این است که وقاع باید بعد از انشاء عقد باشد و نمی شود با وقاع، انشاء عقد کرد ولی لازمه این سخن این نیست که همیشه وسیله انشاء عقد باید لفظ باشد همانطور که در باب عقد بیع هر چند انشاء لازم است لیکن می تواند بیع معاطاتی و انشاء فعلی باشد.

در باب نکاح هم چه مانعی دارد که زن را با تسلیم کردن نه با عقد لفظی، به ازدواج دیگری در آورند یعنی هنگامی که زن را به قصد تحقق زوجیت تسلیم کنند بدین وسیله عقد نکاح انشاء شود و برای اینکه مقدمه حرامی هم مرتکب نشوند مثلاً دستکش به دست کند که قبل از تحقق زوجیت به نامحرم دست نزده باشد⁽¹⁾ و وقتی انشاء زوجیت با تسلیم انجام شد زن بر او حلال شود چنین کاری با ارتکاز متشرعه غرابت آن چنانی که شیخ فرموده ندارد. نتیجه آن که: برای خروج از سفاح لازم نیست فقط انشاء لفظی در کار باشد.

ص: 3107

1- (1) هر چند حرام بودن این اسباب منافات با صحت و تأثیر آنها در تحقق علقه نکاح ندارد.

6) دلیل بر لزوم اعتبار لفظ در انشاء عقد نکاح

(اجماع بلکه تسلّم بین الفریقین):

لیکن آنچه مانع است از اینکه ما مطلق انشاء را کافی بدانیم تسلّم و ضرورت بین المسلمین است که از اول ما هر چه نگاه کردیم بینیم از سابقین کسی قائل به کفایت انشاء معاطاتی شده است یا نه؟ کسی را پیدا نکردیم بلکه اصلاً بحث معاطاه قبل از مرحوم شیخ مطرح نشده است تا بگویند معاطات جایز نیست یا جایز است.

عده ای از فقهاء گفته اند که در انشاء نکاح لا بدّ من الصیغه (و ظاهر آن صیغه لفظی است) لکن همه، حتّی کسانی که تصریح نکرده اند در انشاء و نکاح صیغه لازم است.

مفروغ عنه گرفته اند که برای انشاء، لفظ لازم است و بحثها همه در خصوصیات الفاظ است که آیا ماضی باید باشد یا نه؟ تقدم ایجاب بر قبول لازم است یا نه؟ و مانند آن، اما اعتبار لفظ برای انشاء، مورد اتفاق و تسلّم خاصه و عامّه است و این مسئله از مسائل عامّ البلوی است اگر خلاف این طریق، طریق دیگری بود بر ملاء و ظاهر می شد.

7) استدلالی دیگر از مرحوم آقای خوئی به اعتبار لفظ در انشاء عقد:

اشاره

مرحوم نراقی در مستند(1) یک مطلبی را به عنوان تأیید ذکر کرده و مرحوم آقای خوئی به عنوان استدلال ذکر کرده اند که در صحیحیه برید عجلی چنین آمده است:

قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله عزّ وجلّ: «وَأَخَذَنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا» [النساء / 21] قال: الميثاق هي الكلمة التي عقد بها النكاح و أمّا قوله: «غَلِيظًا» فهو ماء الرجل يفضيه اليها(2)

صدر آیه شریفه چنین است: «وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذَنَ مِنْكُمْ الْآيَةَ»

چند نکته:

نکته 1:

در کافی (تصحیح آقای غفاری)(3) و پاورقی آن به جای أخذن، أخذنا دارد.

ص: 3108

1- (1) مستند الشیعه 84/16.

2- (2) وسائل الشیعه 262/20 باب 1 من أبواب عقد النکاح و اولیاء العقد، ح 4.

3- (3) فروع الکافی 560/5، حدیث 19.

این روایت هم در کافی و هم در تفسیر عیاشی (1) و تفسیر برهان آمده است لکن به جای برید العجلی در تفسیر عیاشی یوسف العجلی آمده است و در تفسیر برهان (2) یونس العجلی آمده است. لکن هر دو تصحیف برید العجلی است چون کتابت اینها به هم شبیه است.

چرا در روایت غلیظ به ماء الرجل تفسیر شده است؟ در حالی که غلیظ صفت میثاق است، ماء الرجل چه ربطی به میثاق دارد؟ به نظر می رسد مراد حضرت این است که آیه می خواهد بفرماید که شما چگونه مهر را می گیرید با آنکه تمام مراحل را گذرانده اید هم عقد نکاح بسته شده و میثاق از شما گرفته شده است و هم انتفاع خارجی بریده اید و انزال شده است و مرحله التذاذ هم سپری شده است با این حال شما می خواهید مهر را از زن پس بگیرید. این خیلی قبیح است. (3) این تعبیر هم در کلمات هست که لا قول الا بعمل و این قولی است که عمل هم همراه آن بوده است پس این میثاق رسمیت تام پیدا کرده است. بنابراین انزال به آن عقد استحکام بیشتری می بخشد.

* به هر حال این روایت صحیحه است و صاحب مستند آن را مؤید قرار داده و مرحوم آقای خوئی آن را دلیل دانسته اند. (4)

9) بررسی این استدلال یا تأیید:

به نظر می رسد تعبیر تأیید که در مستند آمده تعبیر بهتری باشد. علت اینکه مرحوم نراقی در استدلال به این صحیحه شبهه کرده است یکی از دو وجه می تواند باشد.

ص: 3109

-
- 1- (1) تفسیر العیاشی 229/1 حدیث 68.
 - 2- (2) تفسیر البرهان 49/2، حدیث 2233.
 - 3- (3) نگارنده: استقرار تمام مهر به دخول است اما اگر دخول واقع نشود تنها نصف مهر ثابت است پس انزال در روایت شریف برای اشاره به دخول که سبب استقرار تمام مهر است می باشد.
 - 4- (4) مبانی العروه، ج 2/160.

وجه اول، اینکه آیه شریفه فرد متعارف را بیان می کند وگرنه این طور نیست که در هر عقدی تمام این مراحل طی شده باشد و قَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ در کار باشد و یا انزال الماء شده باشد.

روایت شریفه هم که میثاق را به صیغه عقد و انشاء لفظی تفسیر کرده است ممکن است ناظر به فرد متعارف بوده زیرا انشاء عقد به طور متعارف با لفظ انجام می گیرد و با فعل واقع نمی شود. لذا اگر زوج اُخْرَس هم باشد و با اشاره انشاء نکاح کرده باشد نه با لفظ باز نمی تواند مهر را پس بگیرد. به هر حال چون روایت طریق انشاء را منحصر در لفظ نمی کند بلکه تنها به فرد متعارف انشاء عقد ناظر است استدلالی به روایت بر مطلوب نمی توان کرد، پس روایت مؤید است نه دلیل.

وجه دوم، اینکه در بسیاری از آیات و روایات کلمه بر موجودات تکوینی اطلاق شده است تعبیر الکلمات التامه بر موجودات تکوینی در روایات اطلاق شده است در قرآن کریم (1) هم به حضرت عیسی «کلمه» اطلاق شده است که مراد مخلوق و موجود تکوینی است. و شاید اطلاق کلمه به این لحاظ باشد که در خلق موجودات «إِذَا أَرَادَ شَيْئًا أَنْ يَقُولَ لَهُ كُنْ فَيَكُونُ». لذا مخلوقات کلمه الهی هستند. خلاصه آن که استعمال کلمه در معنای مخلوقات الهی استعمالی شایع است.

در مقام هم ممکن است مراد از کلمه، آن موجودی باشد که به وسیله آن موجود شما عقد می کردید چه لفظ باشد و چه غیر لفظ باشد نه خصوص کلمه لفظی و چون احتمال چنین معنایی در روایت احتمالی عقلایی است، استدلال به روایت نمی توان کرد و روایت مؤید محسوب می شود.

10 استدلال مرحوم آقای خوئی قدس سره به روایات باب متعه:

اشاره

مرحوم آقای خوئی به روایات باب متعه از جمله روایت ابان بن تغلب که راوی می گوید: کیف أقول لها اذا خلوت بها؟ قال تقول أتروجك متعه... فاذا قالت نعم فقد رضيت

ص: 3110

1- (1) قال تعالى: إِنَّمَا الْمَسِيحُ عِيسَى ابْنُ مَرْيَمَ رَسُولُ اللَّهِ وَكَلِمَتُهُ (النساء / 171) انظر آل عمران / 45، 39 أيضاً.

الحديث (1) و مانند این روایت تمسک کرده اند. وجه استدلال این است که وقتی از این روایات اعتبار لفظ در باب متعه و عقد انقطاعی استفاده شود به طریق اولی در باب عقد دائم لفظ برای انشاء عقد معتبر است چون نکاح دائم همیشگی است اما نکاح منقطع، موقت است.

نقد استدلال مرحوم آقای خوئی قدس سره توسط استاد مد ظله:

به نظر می رسد استفاده اولویت مشکل است زیرا در باب متعه بعضی قیود و مقرراتی هست که آن قیود در باب نکاح دائم نیست مثلاً در باب عقد دائم اگر مهر تعیین نشد عقد باطل نیست بلکه مهر المثل باید بدهد اما در عقد منقطع تعیین مهر شرط صحت عقد است و اگر مهر تعیین نشود، عقد باطل است بنابراین تعدی از منقطع به دائم نمی توان کرد پس این روایات نیز دلیل نیست بلکه تنها مؤید است.

11) عمده دلیل در اعتبار لفظ در باب انشاء عقد نکاح:

به نظر می رسد عمده دلیل همان تسلّم بین المسلمین من الامامیه و العامه است که همه اعتبار لفظ را مفروغ عنه گرفته اند و سراغ شرایط صیغه رفته اند.

بعلاوه چه دلیلی داریم که با فعل بتوانیم انشاء نکاح بکنیم؟ در باب رجوع مولی دلیل داریم که می تواند با تصرف، هبه یا تحلیل یا تزویج أمه خودش برای غیر را فسخ کند یعنی با فسخ عملی می تواند کنیز خود را برگرداند اما چنین دلیلی در مقام نداریم که شخص بتواند با فعل نکاح را انشاء کند، نه روایتی از عامه و نه از خاصه بر جواز این مطلب به ما نرسیده است.

به بیانی دیگر: ما دلیلی نداریم که از هر طریق می توان انشاء عقد کرد مثلاً دست تکان داده یا اشاره و یا حلقه بدست کرده و مراسم جشن گرفتن می توان انشاء عقد

ص: 3111

کرد یک دلیل عام و یا اطلاقی نداریم که کل انشاء سبب لعقد النکاح بنابراین اکتفاء به انشاء غیر لفظی خلاف شرع است. در باب بیع باز اطلاق احل الله البیع را برای بیع معاطاتی داریم، بین عقلاء هم بیع معاطاتی مرسوم و رایج است. در باب صیغه نکاح هم اگر یک بناء عام عقلائی بود آیه شریفه انکحوا الایامی یا عدم ردع شارع آن را امضاء کرده بود ولی چنین بناء عامی در صیغه نکاح نداریم.

خلاصه صحت نکاح معاطاتی بر خلاف تسلّم بین فقهاء است و بعلاوه اثباتاً دلیلی بر صحت آن نداریم. نتیجه بحث آن که، نکاح معاطاتی باطل است.

بحث بعدی، بحث شرائط صیغه است که در جلسه آینده آن را مطرح می کنیم.

«* و السلام*»

ص: 3112

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

در جلسه قبل درباره اعتبار اصل لفظ در صیغه نکاح سخن گفتیم. در این باره با توجه به تسلّم مسئله در میان فقهاء از جهت فتوایی بحث نیست، ولی باید درباره ادله مسئله که در کلمات برخی فقهاء آمده بحث شود، در این جلسه به ادامه توضیح کلام شیخ انصاری در این زمینه پرداخته، به ناتمامی اشکال مرحوم آقای خوئی پرداخته با توجیهی در کلام ایشان اصل ناظر بودن این کلام را به بحث اشتراط لفظ در صیغه نکاح انکار می کنیم، در ادامه به بررسی روایاتی که در این زمینه به آنها استدلال شده می پردازیم و از جمله قصه حواء که سبب استحلال فروج را «كَلِمَةُ اللَّهِ» دانسته ولی با توجه به تفسیر «کلمات الله» در معانی الاخبار روایت به مسئله اشتراط لفظ در صیغه نکاح ربطی ندارد. در ادامه به بررسی روایات ابان بن تغلب می پردازیم، این روایت بر خلاف نظر مرحوم آقای خوئی، بر عدم اشتراط لفظ دلالت دارد و تمام ملاک را در صحت نکاح ابراز رضایت (با هر میرزی) می داند ولی چون از جهت سندی صحیح نیست نمی تواند در این بحث نفیاً و اثباتاً به آن استدلال کرد.

الف) بررسی کلام شیخ انصاری در اشتراط لفظ در عقد کلام:

1) طرح بحث (یادآوری):

در جلسه قبل با عنایت به تسلّم اشتراط لفظ در بین فقهاء، بر لزوم لفظ در عقد نکاح تأکید کردیم، استدلال دیگری از کلام مرحوم شیخ انصاری استفاده شده که در

ص: 3113

جلسه قبل بدان اشاره شد که حاصل آن این است که اگر در نکاح، صیغه شرط نباشد فرقی بین نکاح و سفاح باقی نمی ماند، در جلسه قبل به اشکال مرحوم آقای حکیم اشاره کردیم که فارق بین نکاح و سفاح در لفظ نیست، بلکه در نکاح باید قصد زوجیت وجود داشته باشد و این امر در سفاح نیست و خواه انشاء نکاح با لفظ صورت بگیرد، یا نگیرد. به هر حال با سفاح فرق دارد، اگر به قصد تحقق نکاح، با فعلی انشاء شده باشد و بعد مباشرت صورت گیرد، این مباشرت سفاح نیست و لو آن فعل کافی نباشد و عقد نکاح در واقع باطل باشد. (1)

2) بررسی کلام مرحوم آقای خوئی:

مرحوم آقای خوئی بر کلام مرحوم آقای حکیم این مطلب را هم افزوده اند که در سفاح هم ممکن است لفظ در کار باشد، چون غالباً زنا با گفتگوهای مقدماتی همراه است، پس بین مورد نکاح و سفاح از جهت اشتغال بر لفظ عموم و خصوص من وجه می باشد.

ولی این افزوده صحیح به نظر نمی رسد، زیرا مراد مرحوم شیخ انصاری از «اعتبار اصل الصیغه» در عقد نکاح، مطلق صیغه و لفظ نیست، زیرا

اولاً: روشن است که هر لفظی در عقد نکاح کفایت نمی کند، آیا می توان صیغه عقد بیع، را در عقد نکاح کافی دانست، قطعاً کسی چنین چیزی نمی گوید، بلکه مراد صیغه ای است که برای انشاء علقه زوجیت بکار می رود.

ثانیاً: در عبارت شیخ انصاری، کلامی است که مراد از صیغه را روشن می سازد، ایشان در ادامه اعتبار اصل صیغه می افزایند که «ان الفروج لا تباح بالاباحه و لا بالمعاطاه، و بذلک یمتاز النکاح عن السفاح» یعنی دو صورت وجود دارد که عقد نکاح به واسطه آنها تحقق نمی پذیرد یکی اباحه و دیگری معاطاه، اباحه معمولاً با لفظ

ص: 3114

1- (1) (توضیح بیشتر) یعنی در صورت عدم علم طرفین به بطلان عقد نکاح، مباشرتی که به عنوان زوجیت صورت می گیرد سفاح نیست، بلکه وطی به شبهه می باشد.

همچون «اذنت» یا «اجازه دادم» صورت می‌گیرد پس مراد از صیغه ای که در نکاح شرط است هر لفظی نیست که بر اباحه فرج دلالت کند که معمولاً در سفاح چنین لفظی وجود دارد (خواه اباحه مجانی یا در مقابل پول) بلکه مراد خصوص صیغه عقد نکاح است که با آن انشاء زوجیت می‌شود و این صیغه در موارد سفاح وجود ندارد و اگر صیغه نکاح باطل هم باشد باز مباشرتی که به حساب زوجیت انجام می‌گیرد (1) سفاح نمی‌باشد، بنابراین ایراد مرحوم آقای خوئی وارد نیست و اگر ایرادی وارد باشد ایراد مرحوم آقای حکیم است که قوام نکاح به وجود لفظ نیست، بلکه به انشاء زوجیت است هر چند این انشاء با فعلی همچون کتابت صورت گرفته باشد.

3) تفسیر استاد مد ظله در مورد عبارت مرحوم شیخ انصاری قدس سره:

به نظر ما ممکن است عبارت مرحوم شیخ را به گونه ای تفسیر کنیم که اشکال مرحوم آقای حکیم نیز بر آن وارد نباشد، با این بیان که کلمه «بذلک» در عبارت مرحوم شیخ (و بذلک یمتاز النکاح عن السفاح) اشاره باشد به همین قسمت اخیر که فرمود با معاطاه و اباحه بضع زن حلال نمی‌شود، یعنی این طور نیست که همانگونه که زن می‌تواند با اباحه کردن اموال خود به دیگران، موجب مباح بودن تصرف آنها در اموال خود شود، با اباحه نمودن بضع خود برای مردی، استمتاع از آن برای آن مرد مباح و جایز باشد بلکه در این صورت یعنی وقتی که وطی تنها به واسطه اباحه صورت گرفته باشد، این وطی مصداق سفاح خواهد بود نه مصداق برای نکاح، طبق این تفسیر در کلام شیخ هیچ گونه اشاره ای به اینکه مایز و فارق میان نکاح و سفاح تنها وجود لفظ در انشاء عقد نکاح است، نشده است و لذا اشکال و نقض مرحوم آقای حکیم نیز به مرحوم شیخ وارد نیست.

ص: 3115

1- (1) (توضیح بیشتر) قهراً تنها در صورتی جهل طرفین به بطلان صیغه نکاح، می‌توانند به عنوان زوجیت مباشرت کنند که وطی در این صورت وطی به شبهه می‌باشد.

بحث اصلی ما بررسی روایاتی است که به آنها برای اعتبار لفظ در انشاء عقد نکاح تمسک شده است.

1) روایت قصه «حولاء» و تقریب استدلال به آن:

یکی از روایاتی که مرحوم آقای خویی ذکر نکرده اند ولی مرحوم سید مرتضی اعلی الله مقامه در کتاب «انتصار» در مقام ردّ و معارضه با سنی ها به آن اعتبار لفظ در انشاء عقد نکاح استدلال نموده اند⁽¹⁾، روایتی است بسیار مفصل که درباره قصه «حولاء» که زنی است که شوهرش از دست او راضی نبوده است خدمت حضرت رسول صلی الله علیه و آله می رسد و پیامبر صلی الله علیه و آله حقوق شوهر بر زن را بطور مفصل بیان می کنند.

سپس او می پرسد که حقوق زن بر شوهر را نیز بیان فرمایید که حضرت پاره ای از حقوق زن بر شوهر را نیز ذکر می کنند در قسمتی از این روایت چنین آمده است⁽²⁾ «که پیامبر صلی الله علیه و آله می فرمایند: «اخبرنی أخی جبرائیل... أخذتموهن علی أمانات الله عزّ و جلّ ما (خ ل «لما») استحللتم من فروعهنّ بکلمه الله و کتابه...»⁽³⁾ محل استدلال در این روایت جمله «بکلمه الله» است که مرحوم سید مرتضی می فرمایند مراد از کلمه الله همان است که مروج بگوید «زوّجت» و متزوج نیز «تزوّجت» بگوید. سپس خود مرحوم سید مرتضی اشکالی را به این صورت طرح می کنند که: فان قيل انما اراد بکلمه الله قوله تعالی «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ» و ما جرى مجراه من الالفاظ المبيحة للعقد على النساء

که حاصل این است که شاید مراد از کلمه الله عبارت از آیات قرآنی ای که بطور

ص: 3116

1- (1) الانتصار للسید المرتضی رحمه الله / 119.

2- (2) استاد مد ظله این روایت را مرحوم نوری در مستدرک الوسائل 238/14 آورده اند، ایشان در سند این روایت چنین می گوید «وجدت فی مجموعه عتیقه بخط بعض العلماء، و فیها بعض الخطب، و یظهر من بعض القرائن أنّه اخذه من کتاب الخطب لأحمد بن عبد العزیز الجلودی...»

3- (3) مستدرک الوسائل 252/14-253.

کلی امر به ازدواج و استفاده بردن از همسران است بوده باشد و بنابراین، این قسمت از روایت دلالت بر لزوم وجود لفظ در انشاء عقد نکاح ندارد. مرحوم سید مرتضی در مقام پاسخ از این اشکال چنین می فرمایند: «قلنا: تحلیل الفرج لم يحصل بهذا القول و لو كان حاصلًا به لاستغنى عن العقد في الإيجاب و القبول في الإباحه، و انما آیات القرآن استفيد منها الاذن فيما يقع به التحليل و الإباحه و هو العقد و الايجاب و القبول» خلاصه جواب مرحوم سید مرتضی این است، در روایت مورد بحث تعبیر این است که فروج نساء با این کلمات الهی برای شما حلال می شود. و پر واضح است که صرف وجود آیاتی از قبیل وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ ... موجب حلیت فروج نساء برای مردان نمی شود چرا که مسلم است که در عقد نکاح ایجاب و قبول معتبر است و اگر وجود این آیات برای اباحه و حلیت کافی بود، دیگر نیازی به شرط کردن این که در عقد نکاح ایجاب و قبول معتبر است نبوده، پس بنابراین معنای آیات امره به نکاح این است که خداوند متعال برای بشر اجازه اینکه با اسباب خاصی همچون عقد و ایجاب و قبول، نکاح را تحقق بدهند، داده است.

2) جواب استاد مد ظلّه از استدلال به این روایت:

این روایت علاوه بر اینکه از نظر سند اشکال دارد، از نظر دلالت هم محل اشکال است و نمی تواند با تمسک به فقره «أخذتموهن على أمانات الله عز و جل ما استحللتمن من فروجهن بكلمه الله» گفت که مراد از «كلمه الله» همان الفاظ «زوّجت» و «انكحت» هستند که باید عقد نکاح به واسطه آنها انشاء شود، زیرا مرحوم صدوق در کتاب «معانی الأخبار» در ذیل بابی که به همین عنوان مطرح کرده است یعنی «باب معنی قول النبی صلی الله علیه و آله «أخذتموهن بأمانه الله و استحللتمن فروجهن بكلمات الله» روایتی را در معنای مراد از «كلمات الله» این طور نقل می کند: ابی - رحمه الله - قال: حدثنا سعد بن عبد الله عن قاسم بن محمد عن سليمان ابن داود يرفع الحديث قال، قال رسول الله صلی الله علیه و آله «أخذتموهن بأمانه الله و استحللتمن فروجهن بكلمات الله» فاما الأمانه فهي التي اخذ الله عزّ و جلّ على آدم

حين زوجه حواء و أما الكلمات فهى الكلمات التى شرط الله عزّ و جلّ بها على آدم أن يعبدّه و لا يشرك به شيئاً و لا يزنى و لا يتخذ من دونه وليّاً» (1) طبق این روایت مراد از کلمه یا کلمات الله که موجب اباحه و حلیت فروج نساء برای شوهرانشان می شود همان شرائطی است که خداوند بر حضرت آدم نموده است. در بعضی از روایات معتبره دیگر هم آمده است که بما گفته اند تزویج نمائید، بشرط الله که شرط خداوند همین مواردی است که در این روایت ذکر شده است و لذا این روایت نمی تواند دلیل بر اعتبار لفظ در انشاء عقد نکاح باشد.

روایت دیگر در این بحث روایت برید عجلی است که در جلسه قبل بررسی گردید.

3) تمسک به روایات باب «متعّه» (روایت ابان بن تغلب):

در جلسه قبل گفتیم که عدّه ای من جمله مرحوم آقای خوئی، بر اساس تقریبی که در اول بحث بیان کردیم، از روایات وارده درباره کیفیت اجرای صیغه عقد انقطاعی، استفاده نموده اند که پس اصل نیاز به لفظ در انشاء عقد انقطاعی پیش سائل و امام علیه السلام معلوم بوده است و در نتیجه به واسطه اولویت نتیجه گرفتند که پس در انشاء عقد دائم نیز لفظ معتبر است. در این جلسه یکی از روایاتی را که مرحوم آقای خوئی اعتناء بیشتری به آن نموده و می فرمایند که در اثبات اعتبار لفظ دلالت روشنی دارد را ذکر می کنیم و خواهیم گفت که این روایت درست شاهد بر خلاف حرف آقای خوبی رحمه الله است.

و اما روایت: محمد بن یعقوب، عن علی بن ابراهیم، عن أبیه، عن عمرو بن عثمان، عن ابراهیم بن الفضل، عن ابان بن تغلب و عن علی بن محمد، عن سهل بن زیاد، عن اسماعیل بن مهران و محمد بن اسلم عن ابراهیم بن الفضل عن ابان بن تغلب قال: قلت لأبی عبد الله علیه السلام:

کیف اقول لها اذا خلوت بها؟ قال: نقول: أتزوجک متعه علی کتاب الله و سنتی نبیّه لا وراثه و

ص: 3118

لا مورثه كذا و كذا يوماً، بكذا و كذا درهماً (الی ان قال) فاذا قالت، نعم، فقد رضیت و هی امرأتك و انت اولی الناس بها» (1) عبارت مرحوم آقای خوئی این چنین است (اذا قالت نعم فقد رضیت...) هو ظاهر الدلاله فی عدم كفايه الرضا الباطنی و اعتبار اللفظ بحیث لو لا قولها «نعم» لما تحقق الزوجیه و لما كان الرجل اولی الناس بها

4) پاسخ استاد مد ظله از استدلال به روایت ابان بن تغلب:

به نظر ما استدلال به این روایت برای اثبات اعتبار لفظ در عقد نکاح، صحیح نیست زیرا

اولاً: این روایت از جهت سند، مشکل دارد، چرا که «ابراهیم بن الفضل» که در هر دو طریق، در سند این روایت قرار گرفته است، در کتب رجالی توثیق نشده است (2).

و ثانیاً: قطع نظر از اشکال سندی، دلالت روایت نیز بر اعتبار لفظ تمام نیست بلکه به عقیده ما این روایت دلالت دارد بر اینکه در باب انشاء عقد معتبر، ابراز رضایت است حال ابراز آن به واسطه لفظ و قول باشد یا به واسطه هر چیز دیگر فرقی ندارد. اما اینکه بر اعتبار لفظ دلالت ندارد چون که با دقت در این روایت معلوم می شود که بسیاری از خصوصیات که برای انشاء عقد ذکر شده است از باب مثال است و دخالتی در ماهیت و حقیقت انشاء ندارد. بطور مثال در این روایت مهر را در عقد متعه فلان مقدار از درهم ذکر نموده با اینکه بلا شک غیر از درهم نیز چیزهای دیگر مثل دینار یا حتی افعال خارجی و یا تعلیم قرائت قرآن و مانند آن می تواند به عنوان مهر قرار داده شوند. پس ذکر درهم به خاطر حساب متعارف و غالب است

ص: 3119

1- (1) الوسائل، ج 21، کتاب النکاح، ابواب المتعه، ب 18، ح 1.

2- (2) (توضیح بیشتر) مرحوم آقای خوئی از روایت فوق به عنوان صحیح ابان بن تغلب تعبیر کرده اند که وجه آن معلوم نیست، آری بر طبق مبانی غیر ایشان می توان با عنایت به روایت جعفر بن بشیر از ابراهیم بن الفضل (فقیه 2: 2388/265) وثاقت وی را اثبات کرد، ولی مرحوم آقای خوئی خود وثاقت مشایخ جعفر بن بشیر را قبول ندارد، از سوی دیگر ایشان در معجم الرجال 2: 268 درباره این روایت اختلاف نسخه را نقل کرده و نسخه ابراهیم بن المفصل را ترجیح داده اند.

و یا همچنین در ذکر مدت که در عقد انقطاعی لازم است گفته شده است «بکذا و کذا یوماً و ان شئت کذا و کذا سنه» با اینکه بی تردید مدت زمان عقد انقطاعی می تواند یک هفته یا چند هفته و یا حتی چند ماه باشد حتی در قبول نیز تنها کلمه نعم معتبر نیست و الفاظ قبلت و مانند آن نیز جایز است. بر این اساس در جمله مورد استدلال آقای خوئی یعنی عبارت «فاذا قالت «نعم» فقد رضیت». احتمال بسیار قوی هست که اعتبار قول هم از باب مثال و ذکر فرد متعارف و شایع باشد، خصوصاً با توجه به اینکه مسئله کتابت در آن زمان در میان مردم بالاخص زنان بسیار نادر الوجود بوده است. پس صرف اینکه حضرت می فرمایند «فاذا قالت نعم» دلیل بر اعتبار قول و لفظ در انشاء نمی باشد.

بلکه ادعای ما این است که اینکه حضرت مسئله رضایت را هم پس از گفتن «نعم» بر آن مترتب می کنند (با فاء) (1) این خود دلیل بر این است که شما کآن در باب انشاء عقد رضایت مبرز می خواهید، این امر با گفتن نعم حاصل است پس کآن تمام ملاک ابراز رضایت است اما مبرز لفظ باشد یا غیر لفظ تفاوتی ندارد و ذکر لفظ در اینجا عنوان طریقت دارد. با این بیان، این روایت درست شاهد بر خلاف مدعای آقای خوئی رحمه الله خواهد بود. ادامه بحث در رابطه استدلال به روایت باب متعه را در جلسات آینده دنبال خواهیم کرد. ان شاء الله

«* و السلام *»

ص: 3120

1- (1) استاد مد ظله در جلسات آینده بیانی دیگر در جواب از استدلال به این روایت ذکر خواهند نمود که طبق آن بیان چنانچه خودشان هم تصریح نمودند جمله «فقد رضیت» با فاء باشد یا بصورت واو عطف تفاوتی ندارد.

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

بحث در اعتبار لفظ در عقد نکاح بود، روایات مسئله را بررسی می کردیم. در این جلسه ابتدا با طرح بقیه روایات، آنها را برای اعتبار لفظ کافی ندانسته و برای اثبات اعتبار آن به اجماع و استصحاب تمسک می کنیم، آنگاه فرع دیگری از عروه را (که آیا لفظ متعه برای عقد دائم کافی است یا نه؟) مورد بررسی قرار می دهیم.

الف) بررسی روایات در اشتراط لفظ در عقد نکاح:

1) روایت ابان بن تغلب:

(1)

در جلسه گذشته عرض شد که مرحوم آقای خویی عبارت «فإذا قالت نعم فقد رضیت» در این روایت را ظاهر در اعتبار لفظ برای تحقق عقد دانسته اند. (2)

ولی به نظر ما استدلال به این روایت تمام نیست؛ بلکه حدیث ظاهر در خلاف آن (عدم اعتبار لفظ) می باشد، چون اولاً: عبارت به صورت «وقد رضیت» نیست تا موهم این معنا باشد که زن در حالی که راضی است باید بگوید و این را قرینه بر اعتبار لفظ بدانیم، بلکه عبارت به شکل «فقد رضیت» است و این بدان معناست که آن رضایتی که ملاک برای صحت ازدواج است با این لفظ کشف شده و موضوع - اثباتاً و ثبوتاً - با آن محقق می گردد.

ص: 3121

1- (1) وسائل، ج 21، ص 43، باب 18 از ابواب متعه، ح 1.

2- (2) کتاب النکاح، ج 2، ص 160.

ثانیاً: اگر عبارت «وقد رضیت» هم بود استظهار اعتبار لفظ نمی شد، چون عبارت «اذا قالت نعم» به حسب تفاهم عرفی کنایه است. مثل اینکه در عرف می گویند: فلانی هنوز بله نگفته، اگر بله بگوید کار تمام است، یعنی خصوصیتی برای بله نیست، بلکه با هر چیزی موافقتش را اظهار کند چه بگوید «نعم» یا «قبلت» یا «أوافق ذلك» یا مثلاً پای ورقه را امضاء کند (1). تمام اینها را عرفاً به معنای گفتن «بله» به حساب می آورند و کافی است و اگر ذاتاً هم چنین تفاهم عرفی را نپذیریم و بگوییم از روایت خصوصیت فهمیده می شود به جهت قرینه خارجی باید از این خصوصیت رفع ید کنیم زیرا از نظر فقهی مسلم است که «قبلت» کافی است پس خصوصیتی برای «نعم» نیست. از این رو لفظ بما هو موضوعیتی ندارد و نعم کنایه از چیزی است که زن با آن موافقت خودش را ابلاغ می کند. وقتی کنایه شد، این روایت کافی نبودن اشاره و کتابت را نفی نمی کند.

(2) روایت ثعلبه:

و عن علی بن ابراهیم عن اَبیه عن ابن ابی بصیر عن ثعلبه قال: تقول: أتزوجک متعه علی کتاب الله و سنه نبیه نکاحاً غیر سفاح، و علی أن لا ترثینی و لا ارثک، کذا و کذا یوماً بکذا و کذا درهماً، و علی أن علیک العده. (2)

بعضی خواسته اند به این روایت استدلال کنند که در عقد نکاح لفظ معتبر است.

لکن

اولاً: به قرینه اینکه تمام آنچه در تحقق نکاح معتبر است - مثل قبول زوجه که تا او قبول نکند عقد محقق نمی گردد - در روایت نیامده، همچنین چون متعه از موارد عمومی بنای عقلاء و امر رایجی نبوده، بلکه شرع مقدس اسلام آن را آورده، از

ص: 3122

1- (1) یکی از برادران می گفت: وقتی خواستم ازدواج کنم مادر عیالم موافقت نمی کرد، با او صحبت کردم. بعد رفت و شیرینی آورد و جلوی من گذاشت و به این طریق رضایت خود را ابراز کرد.

2- (2) وسائل، ج 21، ص 43، باب 18 از ابواب متعه، ح 2.

طرفی روایت، احکامی را متذکر شده که ذکر آنها در صیغه نکاح مسلماً معتبر نیست مثلاً ارث نمی برد، عده دارد، و این که بر خلاف نظر عامه متعه از قبیل نکاح است نه زنا، لذا احتمال قوی داده می شود که روایت ناظر به مذاکرات مقدماتی است که باید با زن قرار بگذارند و خصوصیات و احکام متعه را متذکر شود نه این که ذکر تمام اموری که در این روایت آمده در صیغه نکاح لازم باشد تا بتوان به این روایت استدلال نمود.

صاحب وسائل نیز همین احتمال را داده که بعضی از اینها جنبه مقاوله و صحبت های مقدماتی قبل از عقد را داشته باشد. (1)

ثانیاً: با توجه به اینکه عقد ازدواج منحصر به صورت مذکور در روایت نیست، محتمل است صیغه یاد شده از باب مثال باشد، خصوصاً چون زنان در آن زمان معمولاً کتابت نمی دانستند، ممکن است انشاءهای لفظی رایج و متعارف را به عنوان مثال روشن متذکر شده باشند، نه اینکه لفظ موضوعیتی داشته باشد. و طبعاً ظهور خاصی که بتوان به آن استدلال نمود نخواهد داشت.

به عبارت و بیانی دیگر: وقتی فهمیدیم یک چیزی موضوعیت ندارد و مثال است و نفهمیدیم مثالی است که مُثَل آن 4، 5 فرد دارد یا مثلاً 20 فرد، نمی توانیم به سلسله مراتب در آن اخذ کرده، آن را به سلسله مراتب توسعه دهیم. در اینجا نیز احتمالات مختلفی وجود دارد، زیرا ممکن است روایت مثال برای بیان این باشد که با هر لفظ علی نحو الحقیقه می شود انشاء کرد، و ممکن است مثال باشد برای بیان اینکه با هر لفظی که عرفاً دال بر معنی است و لو با قرینه عقد صحیح است. کما اینکه ممکن است مثال باشد برای توضیح اینکه با هر شیء مبرز و لو با قرینه، چه آن شیء لفظ باشد یا کتابت یا فعل، عقد صحیح می باشد. از این رو مبتنی کردن صحت

ص: 3123

1- (1) عبارت وسائل: و بعضی هذه الاخبار یحتمل الحمل علی أنه کلام سابق علی العقد بقرینه ما یأتی - وسائل، ج 21، ص 45.

عقد تنها بر صورت یاد شده در روایت، نادرست خواهد بود.

با این بیان وجه ضعف در کلام مرحوم آقای خوئی روشن می شود که می فرمایند:

اگر ما بودیم و این احادیث به لفظ تزویج اقتصار کرده، می گفتیم لفظ نکاح نیز کافی نیست ولی چون اجماع داریم که نکاح و زواج یکی است این مقدار را توسعه می دهیم، اما ظواهر دیگر حدیث را با همان خصوصیت مضیق اخذ می کنیم.

همانطور که بیان شد بعد از این که و لو به کمک قرائن فهمیدیم اینها از باب مثال باشد و خصوصیتی برای اینها نیست وجهی برای ابتناء نمی ماند. ما این مطلب را عیناً در باب عام و خاص قائل هستیم، در آنجا که می گویند: اذا تعدّرت الحقیقه باید به اقرب مجازات اخذ کرد و هر چه مجاز به حقیقت نزدیکتر باشد مقدم است.

به نظر ما - همانطور که مرحوم آخوند نیز می گویند - این حرف نادرستی است و اقربیت به حسب ظهور را باید در نظر گرفت نه اقربیت تکوینی کمی خارجی را. مثلاً اگر گفتند: هزار نفر به ملاقات ما آمدند و شمردیم هزار نفر نبودند، معلوم می شود عدد حقیقی نیست و مراد استغراق عرفی است و لذا نباید گفت حال که هزار نشد 999 و اگر این هم نشد 998 و همین طور به تدریج عدد به عدد پایین بیاییم، بلکه وقتی معنای آن، هزار عرفی نبود 999 با 990 و بقیه مصادیق استغراق عرفی فرقی ندارد و هیچ کدام اولویتی بر دیگری ندارد.

در مثال ما هم همین طور است وقتی فهمیدیم موارد ذکر شده در حدیث از باب مثال است دیگر عدم تجاوز از آن را نباید مطرح کرد و یا اینکه سلسله مراتبی در نظر گرفت.

خلاصه این روایت هم شاهد بر اعتبار لفظ نیست.

3 صحیح هاشم بن سالم:

و عن محمد بن یحیی عن عبد الله بن محمد عن ابن ابی عمیر عن هشام بن سالم قال: قلت:

کیف یتزوّج المتعه؟ قال: یقول: أتزوّجک کذا و کذا یوماً، بکذا و بکذا درهماً. فإذا مضت تلک

ص: 3124

الایام کان طلاقها فی شرطها و لا عدّه لها علیک. (1)

این حدیث کیفیت تزویج متعه را بیان می کند که وقتی مدت عقد سپری شد خودبخود جدا می شوند و احتیاج به طلاق ندارد.

در عبارت «لا عدّه لها علیک» دو احتمال هست: اول اینکه در بعضی روایات آمده که مرد هم باید برای احترام زن - در فوت یا طلاق او - عدّه نگهدارد. و این از آداب و سنن می باشد و در این حدیث می فرماید: در متعه چنین عدّه ای و لوبه نحو استحباب به عهده مرد نیست. و ممکن است مراد جواز نکاح با مثل خواهر زن - به مجرد تمام شدن وقت متعه - باشد و برای مرد لازم نباشد تا اتمام عدّه صبر کند. چون عدّه متعه بائن است و مرد بعد از آن وظیفه و محذوری ندارد. احتمال اقوی همین احتمال است هر چند بر خلاف این احتمال روایتی هم وارد شده است.

به هر حال: این روایت نیز برای اعتبار لفظ در عقد قابل استدلال نیست، چون دو احتمالی که در روایت قبل بیان شد در اینجا نیز می آید.

(4) موثقه سماعه عن ابی بصیر:

عن محمد بن الحسین و عن عدّه من اصحابنا عن احمد بن محمد بن عثمان بن عیسی عن سماعه عن ابی بصیر قال: لا بدّ من ان یقول فیه هذه الشروط: أتزوجک متعه کذا و کذا یوماً بکذا و کذا درهماً، نکاحاً غیر سفاح علی کتاب الله و سنه نبیّه و علی أن لا ترثینی و لا ارثک و علی ان تعتدی خمسه و اربعین یوماً. و قال بعضهم حیضه (2)

این روایت موقوف است زیرا از امام نقل نشده و ظاهراً فتوای ابی بصیر می باشد.

اما ذیل حدیث «قال بعضهم حیضه» ظاهراً این کلام سماعه یا روایت بعدی است سماعه یا روایت بعدی می گویند: ابی بصیر چنین می گوید و بعضی از علماء به جای

ص: 3125

1- (1) وسائل، ج 21، ص 44، باب سابق، ح 3.

2- (2) وسائل، ج 21، ص 44، باب سابق، ح 4.

صاحب حدائق تمایل دارد که مراد، بعضی الائمه علیهم السلام باشند و در نتیجه معنا چنین می شود که ابی بصیر گوید: فتوای من این است و بعضی ائمه چنین گویند یعنی من در مقابل آنها نظر دارم که این بسیار مستبعد است.

در این حدیث نیز دو احتمال مقابله و انشاء عقد هست:

اگر مقابله باشد - که احتمال آن بیشتر است - در حدیث تفاوت های عقد دائم و متعه و بعضی خصوصیات متعه را به طرف می فهماند که بدانند بر خلاف تبلیغات سنی ها این زنا نیست و مطابق کتاب خدا و سنت پیامبر است، ارث ندارد و خلاصه مرزها را مشخص می کند، و گویا دو التزام لازم است که در کلمات بعضی فقهاء به دو شرط تعبیر شده یعنی یک التزام مقابله ای - برای تعیین حد و مرز آن، بخصوص در متعه که عموماً بی اطلاع بودند - و بعد هم یک التزام برای انشاء عقد. یعنی اول مرزها را مشخص می کند و بعد ازدواج می کند.

و اگر انشاء عقد باشد از این که خصوصیات در آن ذکر شده لازم نیست معلوم می شود که این صیغه از باب مثال است و نمی توانیم توضیحی را که مرحوم آقای خوئی قائل است که لفظ خاص معتبر باشد، استفاده کنیم.

(5) روایت احوال:

عن محمد بن احمد بن یحیی، عن العباس بن معروف عن صفوان عن القاسم بن محمد عن جبير ابی سعید المكفوف، عن الاحول، قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام قلت: ادنی ما یتزوج الرجل به متعه؟ قال: کف من برّ یقول لها: زوجینی نفسک متعه علی کتاب الله و سنّه نبیه نکاحاً غیر سفاح، علی أن لا أرثک و لا ترثینی، و لا اطلب ولدک الی اجل مسمی فإن بدا لی زدتك و زدتی. (1)

در باب متعه حتی عزل کراهت هم ندارد، لذا توقع فرزند در آن نیست.

ص: 3126

بعضی جمله «زوجینی نفسک» را انشاء قبولِ مقدم دانسته و خواسته اند اعتبار لفظ در صیغه عقد را از حدیث استظهار نمایند، و لکن این خلاف ظاهر است و این درخواست محض از زن و مذاکرات مقدماتی است و اصلاً در مقام انشاء نیست.

حتی اگر مقوله نبود و در مقام انشاء هم بود باز دلالت بر خصوصیت لفظ نداشت، به همان وجهی که در احادیث گذشته بیان شد.

6) روایت هشام بن سالم الجوالیقی:

محمد بن الحسین عن موسی بن سعدان عن عبد الله بن القاسم عن هشام بن سالم الجوالیقی عن ابي عبد الله عليه السلام في حديث قال: قلت: ما اقول لها؟ قال: تقول لها: أتزوجك على كتاب الله و سنه نبيه و الله وليي و وليك، كذا و كذا شهراً بكذا و كذا درهماً على أن لي الله عليك كفيلاً ليفين لي، و لا اقسّم لك، و لا اطلب ولدك، و لا عدّه لك عليّ، فاذا مضى شرطك فلا تتزوجي حتى يمضي لك خمسة و اربعون يوماً و إن حدث بك ولد فاعلميني. (1)

این روایت نیز مانند احادیث گذشته اولاً ظهوری ندارد که این مطالب را در مقام انشاء عقد بگوید بلکه صحبت های قبل از عقد است. ثانیاً اگر در مقام انشاء هم باشد ذکر بسیاری از قطعات حدیث لازم نیست و این الفاظ خصوصیتی ندارد و لذا استفاده اعتبار لفظ از این حدیث نیز نمی شود.

* نتیجه بحث: اعتبار لفظ در اجرای عقد نکاح را نمی توان از احادیث استظهار کرد، در عین حال این مسئله به دو دلیل مسلّم و تمام است:

اول: اجماع، چون این از مسائلی است که از قدیم محل ابتلاء عموم بوده و با مراجعه به فتاوی فقهاء از ابن جنید و ابن ابی عقیل (اوائل قرن چهارم) و صدوق (قرن چهارم) و آنچه فتوی از قداماء در دست است در می یابیم که هیچ اختلافی مطرح نشده که اختیاراً عقد با فعل یا کتابت جایز باشد و از اول جزء مسلّمات بین مسلمین بوده که در حال عادی لفظ معتبر است. و مثلاً به مجرد فرستادن چیزی به

ص: 3127

منزل زن (رضایت عملی) زوجه او محسوب نمی شود، و اگر جز این بود نقل و آشکار می گشت. بلکه بعضی از متأخرین کتابت را مطرح کرده اند.

دوم: استصحاب عدم زوجیت:

اگر اطلاقاتی داشتیم که اقتضاء کند با فعل یا کتابت عقد صحیح است در آن صورت باید دنبال دلیل می رفتیم (اجماع یا روایت) و صحبت می کردیم که آیا آن ادله جلو اطلاقات را می گیرد یا نه؟ ولی حال که اطلاقی نداریم، استصحاب عدم تحقق زوجیت کافی است که با آن حکم به عدم انتقال کرده و با اصاله الفساد که در باب عقود هست حکم به فساد و بطلان عقد می نماییم. این بحث را در فروع آتی مورد بررسی بیشتر قرار می دهیم.

ب) آیا بکار بردن ماده «متعّه» در عقد نکاح دائم کافی است؟

اشاره

متن عروه: و أن يكون الايجاب بلفظ النكاح او التزويج على الاحوط، فلا يكفي بلفظ المتعه في النكاح الدائم وان كان لا يبعد كفايته مع الاتيان بما يدل على اراده الدوام.

در وقوع عقد نکاح با انکحت و زوجت اختلافی نیست. مورد بحث این است که آیا با «متّع» عقد نکاح دائم واقع می شود یا نه؟

مرحوم سید باقرینه دال بر دوام آن را کافی می دانند ولی بعضی اشکال کرده اند:

وجه اشکال: کلمه متعه در لغت به معنای تمتع و منتفع شدن از هر چیزی است ولی معنای خاص آن در باب عقد نکاح، اختصاص به عقد انقطاعی دارد و اینکه بعضی متعه را به معنای اعم و جامع گرفته و گفته اند با ذکر مدت و عدم ذکر آن تخصص پیدا می کند صحیح نیست، همانطور که از استعمالات در قرآن و روایات (که بعضی از آنها را خواندیم) معلوم می شود که متعه به معنای مطلق تمتع و بهره وری نیست، تا بتوانیم آن را در صیغه نکاح دائم بکار ببریم. و بگوییم «امتّعک دائماً»، که در مبنای مطلق تمتع به کار رفته باشد و از قید دائماً ازدواج دائم را بفهمیم بلکه «متعّه» و مشتقات آن حقیقت شرعیه در عقد انقطاع پیدا کرده است. حال اگر

بخواهیم این لفظ را در عقد دائم بکار بریم مرتکب مجاز شده ایم و تجوّز در عقود لازم جایز نیست.

جواب اشکال: گرچه بعضی صغری را منع کرده اند یعنی استعمال کلمه متعه در عقد دائم را مجاز ندانسته اند، و لکن به نظر ما صغری مسلّم و بحث در کبرای قضیه است: زیرا دلیلی وجود ندارد که در عقود لازم باید تنها از الفاظی که ازدواج دائم موضوعاً له حقیقی آنها است استفاده کرد و تجوّز کافی نیست. در این که باید لفظ دال بر معنی باشد حرفی نیست ولی دلیلی بر اینکه این دلالت حتماً باید بدون قرینه باشد نداریم. و اینکه بعضی از متأخرین این را گفته یا ادعا کرده اند دلیل اجماعی بودن آن نمی گردد چون این مطلب از مسائلی نیست که بگوئیم از زمان ائمه علیهم السلام برای نقل و انتقال، بکار بردن الفاظ با قرائن کافی نبوده است.

*تقریب اشکال از مرحوم آقای خوئی و نقد استاد - مد ظلّه -

ایشان می فرمایند: روایات لفظ خاص تزویج را میزان قرار داده و ما از آن مقدار که دلیل قطعی بر آن داریم تعدی کرده و انکحت را نیز کافی می دانیم ولی برای تعدی به غیر آن لفظ دلیلی نداریم و متعت کافی نیست.

ما عرض کردیم که دلالت این روایات بر اعتبار لفظ در انشاء عقد تمام نیست، بعلاوه اینها مثال است و روشن نیست مثال برای چیست.

بلی در زمینه تمسک به اصل عدم زوجیت و عدم وجود اطلاقات بحثی است که در فروع دیگر مسئله (مثل کفایت یا عدم کفایت عقد به غیر زبان عربی) نیز جاری است و ما در جلسه آینده آن را مورد بررسی قرار می دهیم.

«* و السلام*»

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

در جلسه قبل درباره الفاظ صیغه نکاح سخن گفته، بررسی کفایت لفظ «متع» را در عقد دائم آغاز کردیم، در این جلسه سایر ادله عدم کفایت «متع» را نقل و نقد می کنیم، در ضمن عدم تمامیت اطلاق لفظی در باب صیغه نکاح را اثبات نموده ولی اطلاق مقامی را می پذیریم، همچنین اشاره می کنیم که از ادله ای که لفظ خاصی را برای نکاح ذکر کرده، خصوصیتی فهمیده نمی شود و مطلق لفظ، ظاهر در انشاء مفاد تزویج - به تفاهم عرفی از این روایات - کافی می باشد.

در ادامه به بررسی اشتراط عربیت در صیغه نکاح پرداخته، ادعای اجماع در مسئله را ناتمام دانسته همچنین سایر ادله همچون انصراف عقود به عربیت و نبودن اطلاق در مسئله را نقد می کنیم و در پایان عدم اشتراط عربیت را در صیغه نکاح نتیجه می گیریم.

الف) ادامه بررسی کفایت «متع» در صیغه عقد دائم

1 - طرح ادله (یادآوری و تکمیل)

در جلسه قبل دو دلیل بر عدم کفایت «متع» در صیغه عقد دائم را نقل و نقد کردیم، دلیل اول: استعمال «متع» در عقد دائم مجاز است و مجاز در صیغه عقود لازم کافی نیست، ما صغرای قضیه را پذیرفته ولی کبرای آن را انکار ورزیدیم.

دلیل دوم: از روایات، اعتبار لفظ خاص در صیغه نکاح استفاده می گردد، لذا باید به قدر متیقن که لفظ نکاح و زواج است اقتضاء کنیم.

در پاسخ این دلیل گفتیم که اولاً: روایات ظهور در این که در مقام بیان صیغه نکاح باشد ندارد و ممکن است به الفاظ مقابله ناظر باشد، با عنایت به این که لازم است مفاد

صیغه و مضمون انشاء روشن شود، این روایات تأکید می کند که ماهیت نکاح موقت باید به زوجه تفهیم گردد.

البته روایت ابان بن تغلب در مقام بیان صیغه نکاح می باشد ولی از جهت سندی ضعیف است.

ثانیاً: اگر روایات در مقام بیان صیغه نکاح هم باشد ذکر الفاظ خاصه از باب مثال است و نمی توان بر خصوص الفاظ این روایات بسنده کرد.

در این جلسه به سایر ادله عدم کفایت تمتع می پردازیم.

دلیل سوم (که شبیه دلیل اول است): تمتع در عقد دائم صراحت ندارد، و لفظ عقود لازم باید صریح باشد.

این استدلال هم از جهت صغروی و هم از جهت کبروی ممنوع است، ما پذیرفتیم که «متعت» در عقد دائم مجاز است، ولی مجاز ملازم با غیر صریح نیست، نسبت به مجاز و غیر صریح عموم و خصوص من وجه است، ممکن است لفظی غیر صریح باشد و مجاز نباشد بلکه حقیقت باشد و از سوی دیگر ممکن است لفظی مجاز باشد ولی در افاده مراد با عنایت به قرینه صریح باشد.

از جهت کبروی هم دلیل نداریم که باید صیغه عقد لازم، صریح باشد، بلکه ظهور هم کفایت می کند، هم چنان که دلیلی نداریم که حتماً دلالت لفظ مبتنی بر وضع باشد بلکه دلالت با تکیه بر قرائن مکتفیه به کلام - خواه مقالی و خواه مقامی - کافی است.

دلیل چهارم: ما اطلاقی بر صحت هر عقد نکاحی نداریم، دلیل خاصی هم بر صحت عقد نکاح دائم با لفظ «متعت» در کار نیست، بنابراین مقتضای الفساد در باب معاملات (استصحاب عدم ترتب اثر) حکم به عدم تحقق زوجیت در نکاحی که با لفظ «متعت» خوانده شود می کنیم.

درباره این دلیل دو مطلب باید بررسی شود: مطلب اول: آیا اطلاق برای صحت هر عقد نکاح در کار است؟، مطلب دوم: آیا دلیل خاص بر صحت عقد نکاح با لفظ «متعت» در کار نیست؟

در باب عقد نکاح دو دسته اطلاقات می تواند مطرح گردد. دسته اول: اطلاقات مربوط به تمام عقود، در مورد این اطلاقات پیشتر بحث کرده و ناتمامی آنها را ثابت کردیم(1) و تنها اطلاق «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» را پذیرفتیم که اختصاص به بیع دارد.

دسته دوم: روایات آمده به نکاح و انکاح همچون «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنَكُمُ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ»(2)

این دسته ادله تنها بر استحباب تزویج مجردها دلالت دارد و اما این که نکاح که امری است اعتباری با چه وسیله محقق می گردد و در تحقق آن شرطی وجود دارد یا ندارد؟ به آن ناظر نیست.

در توضیح این مطلب می گوئیم وقتی گفته می شود: «اکرم العلماء» این جمله روشن نمی کند که مصداق اکرام کدام است، ولی چون اکرام مفهومی است عرفی با هر چه در عرف مصداق اکرام تلقی می گردد. این امر امثال می گردد، ولی در باب نکاح، سبب تحقق علقه زوجیت بین دو نفر که با این سبب دو نفر که با یکدیگر رابطه خاص نداشته اند رابطه پیدا می کنند (که این رابطه احکام خاصه ای را هم بدنبال دارد) امری است شرعی و باید از شرع فهمید که چه چیزی را شارع سبب قرار داده است و از خود او امری که به نکاح امر کرده، چیزی در این زمینه استفاده نمی گردد، عرف هم در این زمینه نمی تواند راهگشا باشد چه ملل مختلف هر یک تشریفات بخصوصی درباره عقد نکاح دارند و برای تعیین تشریفات دین اسلام در این زمینه باید از خود شرع، دلیل خاص یا عام وارد گردد.

خلاصه این که ما اطلاقی در باب اسباب تحقق علقه زوجیت نداریم، این امر در بحثهای بسیاری مؤثر است لذا بسیاری از بزرگان همچون محقق کرکی، صاحب ریاض و مرحوم نراقی در مستند با توجه به فقدان اطلاق، با توجه به اصالة الفساد در مسئله ما و

ص: 3132

1- (1) در جلسات آینده (درس شماره 337) توضیح بیشتری در این زمینه خواهد آمد و نیز ر. ک: جلسه شماره 289.

2- (2) نور / 33.

3 - تقریبی دیگر برای اثبات اطلاق

(1)

ما اگر چه اطلاق لفظی را در این مسئله قبول نداریم، ولی همچون بسیاری از مسائل مشابه اطلاق مقامی غیر قابل انکار است، در توضیح این مطلب می‌گوییم که بسیاری از آیات قرآن که به نماز، روزه، حج، عبادات و سایر به گونه مطلق امر کرده یا در معاملات همچون بیع، وصیت، وارد شده است، این آیات در مقام بیان تمام اجزاء و شرائط این عبادات و معاملات نیست، لذا ادله ای که شرایط یا اجزاء این اعمال را بیان می‌کند به منزله مقید این آیات بشمار نمی‌روند، ولی نکته ای که در این زمینه وجود دارد این است که به هر حال اگر این اعمال دارای اجزاء و شرایطی باشند باید این اجزاء و شرایط تا وقت عمل بیان شده باشد و در مورد مسائل مورد ابتلاء، چنانچه بیانی در این زمینه صادر شده باشد، لاجرم به ما واصل می‌گردد، پس از عدم وصول کشف از عدم صدور چنین بیانی نموده و بالتبع عدم اعتبار جزء یا شرط مشکوک را نتیجه می‌گیریم.

نظیر این بیان در بحث ما نیز مطرح است، اگر در صیغه نکاح، لفظ خاص یا شرایط مخصوص معتبر باشد، باید این شرایط تا وقت عمل بیان شده باشد، البته اگر یک سیره عملی متعارف مسلمین بر نحوه خاصی از صیغه وجود داشته باشد یا فتوای فقهای عامه معاصر ائمه همگی بر یک شکل خاص باشد یا در اشباه و نظایر این عقد همچون سایر معاملات شکل بخصوصی مرسوم باشد، مشکل است بتوان به اطلاق مقامی تمسک جست.

در بحث صیغه نکاح هیچ لفظ خاصی که مورد اتفاق همه مسلمانان عملاً یا قولاً باشد وجود ندارد و نیز در سایر معاملات روش بخصوصی معمول نیست، بلکه همین مقدار که انشاء دال بر مفاد معامله صورت گیرد کفایت می‌کند، بنابراین طبق قاعده باید

ص: 3133

1- (1) این قسمت با عنایت به کلمات استاد - مد ظلّه - در خارج بحث با افزودن برخی توضیحات از سایر بحثهای ایشان تنظیم گردید، در بحثهای آینده که استاد - مد ظلّه - اطلاق را در مسئله انکار می‌کنند مراد اطلاق لفظی است نه اطلاق مقامی.

در نکاح هم مطلق لفظ کافی باشد.

4 - روایت خاص در مسئله

به نظر ما از روایات خاصه ای که در آنها وارد شده که برای عقد نکاح «اتزوجک» و مانند آن را بگویند به تفاهم عرفی این مطلب استفاده می‌گردد که اگر این مطلب با این الفاظ یا مترادفات آنها که همین مفاد را برسانند گفته شود عقد واقع می‌شود، به نظر عرف نفس الفاظ خصوصیت ندارد بلکه جنبه طریقت برای ابراز ارتباط برقرار کردن دارد، قهراً اگر کسی عرب است این معانی را بالطبع با لغت عربی بیان می‌کند و اگر فارس است با الفاظ فارسی می‌گوید ولی ویژگی های زبانی به نظر عرف خصوصیت ندارد و اگر شارع خصوصیت خاصی را معتبر بداند، باید تصریح کند وگرنه هر لفظ ظاهر یا صریح کفایت می‌کند و اگر ما از این الفاظ واقع در روایات (که برخی از آنها قطعاً از باب مثال است همچون لفظ «نعم» در قبول زن) به مطلق مبرز تعدی نکنیم و فعل را هم کافی ندانیم، لااقل مطلق لفظ به نظر عرف کافی است. (1)

در نتیجه به نظر می‌رسد که هر لفظی از جمله لفظ «متع» در عقد ازدواج دائم کافی است. برخی برای کفایت لفظ «متع» به روایاتی تمسک جسته اند که اگر کسی در عقد موقت اجل را ذکر نکرد تبدیل به عقد دائم می‌گردد و نتیجه گرفته اند که صیغه «متع» برای عقد دائم هم صلاحیت دارد، توضیح این استدلال و نقد آن را در جلسه آینده خواهیم آورد.

ب) اعتبار عربیت در صیغه نکاح

1 - متن عروه:

ص: 3134

1- (1) (توضیح بیشتر) استاد - مد ظلّه - در ظهور روایاتی که لفظی را برای ازدواج ذکر کرده اند مناقشه نموده و احتمال ناظر بودن آنها به الفاظ مقاوله (نه صیغه نکاح) را مطرح ساخته اند. و تنها دلالت روایت ابان بن تغلب را پذیرفتند که آن هم از جهت سندی ناتمام می‌باشد لذا بنظر می‌رسد که این دلیل، تنها بر مبنای بزرگانی که ظهور روایات فوق را در ناظر بودن به صیغه عقد پذیرفته اند تمام است و استدلال استاد - مد ظلّه - نوعی استدلال جدلی است. به هر حال عمده اتکاء استاد در مسئله به اطلاق مقامی می‌باشد.

... و يشترط العربيه مع التمكن منها و لو بالتوكيل على ال-حوظ. نعم مع عدم التمكن منها و لو بالتوكيل على الاحوط، يكفى غيرها من الالسنه اذا اتى بترجمه اللفظين من النكاح و التزويج.

2 - توضیح عبارت مصنف

در عبارت «على الاحوط» در کلام مصنف دو احتمال وجود دارد احتمال اول: مربوط به اصل اشتراط عربیت باشد، احتمال دوم: اصل اشتراط عربیت به نظر مرحوم سید مسلم باشد، تردید در اشتراط عربیت برای کسی است که خود از عربی خواندن ناتوان است ولی می تواند دیگری را وکیل کند که عقد را به عربی بخواند که در اینجا احتمال دارد که توكيل بر اجزاء مباشری صیغه به غیر عربی مقدم باشد، لذا احتیاط شده است.

مظنون احتمال دوم است، زیرا بنا بر احتمال اول مناسب بود که قید «على الاحوط» پس از مع التمكن منها ذکر می شد نه به دنبال «و لو بالتوكيل»، به هر حال عبارت خالی از ابهام نیست.

3 - ادله اعتبار عربیت در صیغه نکاح

برای اعتبار عربیت در صیغه نکاح به ادله ای استناد شده است.

دلیل اول: اجماع،

علامه حلی در تذکره 2:582 (چاپ سنگی) می گوید: مسئله: لا ینعقد الا بلفظ العربيه مع القدره، فلو تلفظ باحد اللفظين بالفارسيه او غيرها من اللغات غير العربيه، مع تمکنه و معرفته بالعربيه لم ینعقد عند علماءنا، و هو [احد] قولی الشافعی و احمد...

شیخ طوسی در مبسوط 4:194 درباره عقد نکاح می گوید: فان عقدا بالفارسيه فان كان مع القدره على العربيه فلا ینعقد بلا خلاف و ان كان مع العجز فعلى وجهين احدهما يصح و هو الاقوى و الثانى لا يصح...

تعبیر شیخ طوسی (بلا-خلاف) از تعبیر علامه حلی (عند علماءنا) قوی تر است، چه «بلا خلاف» در مبسوط تنها ناظر به فتوای امامیه نیست، بلکه عدم اختلاف در مسئله در

ص:3135

میان تمام مسلمانان را می‌رساند.

ان قلت: در اجماع شرط است که تمام فقهاء موافق آن باشند، بنابراین اگر برخی از فقهاء اصلاً متعرض مسئله نشده باشند، ادعای اجماع صحیح نیست، ولی ادعای «بلا خلاف» صحیح است، پس «بلا خلاف» از این جهت ضعیف تر از اجماع می‌باشد.

قلت: این مطلب در مسائل غیر اصلی می‌تواند مطرح باشد که ممکن است فقهاء توجه به مسئله نداشته باشند، ولی در مسائل اصلی، فقهاء قهراً فتوایی نسبت به مسئله - نقیلاً یا اثباتاً - دارند، پس «بلا خلاف» در این گونه مسائل از این جهت در حکم اجماع است.

به هر حال فقهای بسیار زیادی فتوا به اعتبار عربیت داده‌اند و برخی به اجماع در این مسئله تمسک جسته‌اند.

دلیل دوم: دلیلی که آقای خوبی از محقق کرکی نقل کرده‌اند که به صیغه غیر عربی عقد صدق نمی‌کند، ما این مطلب را در جامع المقاصد نیافتیم. نه در باب بیع و نه در باب نکاح و کسی را هم ندیده‌ایم که چنین مطلبی را از محقق کرکی نقل کند و نمی‌دانیم که آقای خوبی آن را از کجا اخذ کرده‌اند، خود این دلیل هم واضح البطلان است و نیاز به بحث ندارد و چنانچه مرحوم آقای خوبی اشاره کرده‌اند بر فرض صحت نباید بین قادر و عاجز در اشتراط عربیت فرق گذاشت چه معنا ندارد که در مورد قادر بر لفظ غیر عربی، عقد صدق نکند، ولی در مورد عاجز، بر غیر عربی عقد صدق کند.

کلام جامع المقاصد چیز دیگری است که در ادامه، نقل و بررسی می‌گردد.

دلیل سوم (از صاحب جواهر): انصراف عقود به عربیت

دلیل چهارم (از محقق کرکی): نبودن اطلاق در مسئله و حکم به فساد عقد با توجه به اصالة الفساد.

4 - بررسی اجماع در مسئله

کلام شیخ طوسی که اشتراط عربیت را برای قادر «بلا خلاف» (بین مسلمین)، عنوان

ص: 3136

کرده، صحیح نیست، چه این مسئله کاملاً در بین مسلمانان خلافی است،⁽¹⁾ در میان امامیه هم تا زمان محقق حلی غیر از شیخ طوسی در مبسوط و قطب الدین کیدری که در اوائل قرن هفتم فوت کرده، کسی نیافته ایم که عربیت را معتبر بدانند، آری پس از محقق، قول به اشتراط عربیت اشتهاار یافته است.

قبل از محقق، ابن حمزه در وسیله، فاضل آبی در کشف الرموز عربیت را شرط نمی دانند و نیز عدم اشتراط از، صاحب کتاب الرائع (که ظاهراً مراد قطب راوندی است نه ابن حمزه) حکایت شده است. پس از محقق هم فیض در مفاتیح، سبزواری در کفایه.

و نیز صاحب مدارک و صاحب حدائق به این قول مایل شده، هر چند در آن تردید کرده اند و نیز شهید ثانی مردّد است و از علماء اعصار اخیر، مرحوم آقای نایینی، مرحوم آقای حکیم، مرحوم آقای خویی، عربیت را شرط نمی دانند.

پس نمی توان ادعای اجماع را در مسئله پذیرفت.

5 - نقل و توضیح کلام صاحب جواهر (دلیل سوم بر اعتبار عربیت)

صاحب جواهر می فرماید که چون پیامبر و ائمه و سائلین از ایشان همگی عرب بوده اند، احکامی که بر الفاظ بار شده، انصراف به الفاظ عربی پیدا می کند چون زبان مخاطب و مخاطب و قرآن همگی عربی است.

در توضیح این دلیل می افزاییم خطابات قران و روایات را معمولاً مخصوص مشافهین داشته و برای تعمیم خطاب نسبت به دیگران به قاعده اشتراک تمسک می شده است، در مورد قاعده اشتراک باید دید که مخاطبین از لفظ حدیث یا آیه چه حکمی می فهمیده اند. با قاعده اشتراک همان حکم برای ما هم ثابت می گردد، مثلاً رطل دارای اطلاقات مختلف بوده، همچون رطل مکی، رطل مدنی، رطل عراقی، برای فهم روایاتی که در آن واژه رطل بکار رفته باید با توجه به سائل یا متکلم مراد از رطل را در نزد

ص: 3137

1- (1) (توضیح بیشتر) ابو حنیفه و اصحاب وی و شافعی در یکی از دو قول عقد به غیر عربی را برای قادر به عربی صحیح می دانند ولی قول دیگر شافعی و احمد بر بطلان عقد است. ر. ک: تذکره 2: 582 (چاپ سنگی).

مخاطبین روشن ساخت، بعد حکم افراد دیگر همچون فارسی زبانها را معین کرد. در این بحث هم گفته اند چون احکامی که در شرع روی الفاظ رفته در نزد مخاطبین منصرف به لفظ عربی است، بنابراین برای غیر عربها هم حکم همین گونه است.

6 - نقد کلام صاحب جواهر قدس سرّه توسط استاد مد ظلّه

استدلال فوق، استدلال عجیبی است، زیرا انصرافات مزبور، انصراف تصوّری غیر مستقر است، آنچه ملاک ظهور است انصراف تصدیقی است. برای توضیح این مطلب ذکر یک مثال مفید است، در زمان کودکی ما یک معمایی مطرح بود که حلّ آن بسیار دشوار بود، این معما در زمانهای کنونی که مطرح می گردد آن دشواری را ندارد، معما این بود که دو نفر در کوچه به دو نفر دیگر می رسند یکی از آنها از فرد مقابل خود می پرسد:

همراه تو با تو چه نسبتی دارد، او می گوید: او پدر من است ولی من پسر او نیستم، فرد مقابل از او می پرسد: تو بگو که همراه تو با تو چه نسبتی دارد؟ او می گوید: او برادر من است ولی من برادر او نیستم.

جواب این معما این بود که گروه اول پدر و دختر بوده و گروه دوم برادر و خواهر، در زمان کودکی ما، چون زنها کمتر در سطح جامعه ظاهر می شدند، در ذهن انسان از کلمه «دو نفر»، دو مرد تبادر می کرد، البته در همان زمان، من این معما را از برخی از دختر بچه ها پرسیدم به سرعت جواب دادند، وجه این امر آن است که برای دخترها این انصراف وجود ندارد، بلکه آنها از همان اول همجنسهایشان به ذهنشان خطور می کند.

غرض از ذکر این مثال این بود که این گونه انصرافات که در این موارد مشاهده می گردد انصرافات تصوّری است که ذهن انسان ابتداء به محسوسات عادی خود متوجه می گردد، این انصراف منشأ اثر نیست، بلکه انصراف تصدیقی ملاک است یعنی باید مراد از لفظ به گونه ای باشد که اگر متکلم را متوجه فرد خاصی بکنند، او بگوید مراد من این فرد نیست.

برای روشن شدن نادرستی ادعاء انصراف می گوئیم در شرع مقدس احکام بسیاری

بر روی الفاظ رفته همچون دروغ، فحش، غیبت، سب، کفر، آیا این الفاظ تنها به دروغ عربی، فحش عربی و... انصراف دارد؟ سرّ قضیه در این است که هر چند عرب زبان از دروغ - مثلاً - در نگاه تصویری بدوی الفاظ عربی به ذهنشان خطور می کند ولی اگر از آنها بپرسند، آیا دروغ به فارسی هم اشکال دارد، بی تردید پاسخ می دهد که فرقی بین عربی و فارسی در کار نیست. (1)

بنابراین ادعای انصراف به لفظ عربی بلا وجه است.

7 - کلام محقق کرکی و اشکال مرحوم آقای خوئی بدان

در جامع المقاصد، همچون مسائل مشابه، با توجه به انکار اطلاق در مسئله نکاح، بر لزوم اقتصار به قدر متیقن تکیه کرده فرموده است، ائمه صیغ عقود را با عربی می خوانده اند، لذا مسلم است که قادر بر عربی اگر عقد را با عربی بخواند مجزی است، ولی صحّت عقد با زبان غیر عربی مشکوک است، مقتضای اصاله الفساد (استصحاب عدم ترتب اثر) این است که در عقد غیر عربی احکام زوجیت را بار نکنیم.

مرحوم آقای خوئی در پاسخ آورده اند که ما به اطلاقات تمسک کرده، اشتراط عربیت را نفی می کنیم.

این کلام از ایشان مایه شگفتی است، چه ایشان از روایات چنین استنباط کرده اند که در نکاح لفظ خاصّ معتبر است، حتی تعدی از لفظ «زوّجت» به لفظ «انکحت» را مستند به اتفاق و قطع خارجی می داند وگرنه مقتضای جمود بر ظاهر روایات را این می داند که بر لفظ تزویج اقتصار شود، و با این استدلال لفظ «متّعت» را در نکاح دائم کافی نمی دانند، یعنی ایشان اطلاقات صحّت معاملات و صحّت نکاح را با توجه به ادله اعتبار لفظ خاصّ تخصیص خورده و تقیید شده می دانند، با این حال چگونه در مورد

ص: 3139

1- (1) (توضیح بیشتر) انصراف الفاظ در نزد عرف بیشتر تابع تناسبات حکم و موضوع است، در مسئله انشاء عقود به نظر عرفی آنچه مطرح است افهام معنای مورد نظر در صیغه انشاء با هر طریقی که باشد و بیشتر از آن اعتبار ندارد.

عدم اشتراط عربی بودن به همان اطلاقات اولیه استناد می کنند؟! وجه این مطلب برای ما روشن نیست.

8 - نظر استاد - مد ظله - در مسئله

به نظر ما با توجه به اطلاق مقامی و عدم فهم خصوصیت از روایاتی که صیغه نکاح را بیان کرده اند، علی القاعده باید حکم به صحت عقد نکاح با هر لفظی نمود و اشتراط عربیت را نفی کرد.

بلکه ممکن است کسی احتیاط استجابی کرده که هر کس به همان زبان متعارف هم عقد را جاری کرده به الفاظ عربی اکتفاء نکند، چه در متعارف محیطها عقود و ایقاعات با الفاظ همان زبان جاری می گردد، ممکن است کسی بگوید که ادله منصرف به متعارف (صیغه نکاح به الفظی به تناسب محل عاقدین) دارد. (1) البته این مطلب تنها یک احتیاط استجابی است وگرنه این مطلب لازم نیست.

به هر حال اشتراط عربیت در صیغه نکاح بنا بر احتیاط استجابی است.

(* و السلام *)

ص: 3140

1- (1) مرحوم آقای والد از مرحوم آقای حجت نقل کردند که «ایشان با مرحوم آقای انگجی عقدی را در تبریز اجرا می کردند، مرحوم آقای انگجی که در طبقه مقدم بر مرحوم آقای حجت بوده ایجاب را به عربی می خواند و آقای حجت قبول را می گوید، آقای انگجی ایجاب را به فارسی هم می خواند، آقای حجت سکوت می کند، آقای انگجی می پرسد: چرا سکوت کردید: ایشان می گوید: عقد به فارسی وجهی ندارد، اگر ملاک زبان معصومین علیهم السلام باشد باید به عربی خواند که ما خواندیم، اگر ملاک زبان متعارف اهل عقد باشد باید به ترکی خواند، فارسی خواندن وجهی ندارد.» من به ذهنم می آمد که احتیاط کامل در امثال تبریز این است که هم به عربی، هم به فارسی، هم به ترکی خوانده شود چون زبان رسمی کشور در سرتاسر آن حتی در محیط ترک زبانها، فارسی است، و چون ازدواج هم امری رسمی است (که در دفاتر ازدواج و طلاق هم که به فارسی است ثبت می گردد) لذا اجراء صیغه در آذربایجان به لفظ فارسی هم بی وجه نیست. به هر حال این مطالب همه احتیاطات استجابی است و زبان به طور کلی شرط نیست.

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

کلام در صیغ عقد نکاح بود، بحث جلسه گذشته را کفایت «متعت» در صیغه عقد دائم بود. در این جلسه بحث جلسه گذشته را پی می گیریم و همانطور که صاحب شرایع و عدّه ای اختیار کرده اند، کفایت لفظ متعت را به ضمیمه قرینه اختیار نموده و بعضی اشکالات را پاسخ خواهیم داد.

در ادامه، به بحث دیگری می پردازیم و آن اشراط ماضویت در انشاء عقد است.

الف) کفایت یا عدم کفایت لفظ متعت:

1) استدلالی بر کفایت لفظ «متعت»:

این استدلال را صاحب شرایع و عدّه ای مطرح کرده اند و حاصل آن این است که در بعضی احادیث که مشهور بر طبق آنها فتوی داده اند آمده است که اگر کسی در عقد متعه قید اجل را ذکر نکرد، عقد منقلب می شود به عقد دائم. از همین جا معلوم می شود که لفظ متعت صلاحیت ایجاد عقد دائم را دارد و الاً اگر صلاحیت نداشت وجهی برای انقلاب به عقد دائم نبود، بلکه باید رأساً باطل می شد، چون مفروض این است که فاقد شرط صحّت یعنی ذکر اجل است.

2) اشکال آقای خوبی رحمه الله به استدلال مذکور:

اشکال آقای خوبی رحمه الله با مقداری توضیح و تغییر این است که این روایت اصلاً ناظر به این جهت نیست. این روایت صرفاً در مقام بیان این مطلب است که اگر

صیغه عقد صلاحیت ذاتی برای عقد دائم و عقد انقطاعی داشته باشد، در چنین فرضی عدم ذکر اجل موجب انقلاب عقد به عقد دائم می شود، یعنی عقد انقطاعی احتیاج به ذکر اجل دارد اما عقد دائم احتیاج به ذکر قید دوام ندارد. مفاد روایت این نیست که سایر شرایط دوام الغا شده باشند و به صرف اینکه اجل ذکر نشد بدون هیچ شرط دیگری، عقد دائم شود، بلکه سایر شرایط مفروغ عنه می باشند. نظیر اینکه می گوئیم نماز جماعت قصد جماعت می خواهد و اگر قصد جماعت نکرد نماز فرادی می شود هر چند قصد فرادی نکند. معنای این سخن آن نیست که نماز فرادی هیچ شرط دیگری ندارد بلکه در مقام بیان سایر شرایط نیست.

آقای خویی رحمه الله برای این مطلب شاهد می آورند که مثلاً اگر کسی چهار زن دائم دارد و بخواهد با زن دیگری عقد انقطاعی کند اگر در این عقد انقطاعی اجل را ذکر نکند نمی توان ملتزم شد که این عقد مبدل به عقد دائم شود تا در نتیجه این شخص پنج زن دائمی داشته باشد. همچنین بنا بر مشهور که ازدواج دائم با اهل کتاب صحیح نیست و فقط ازدواج انقطاعی با آنان صحیح است، اگر کسی با زن غیر مسلمان عقد انقطاعی کرد اما اجل را ذکر نکرد نمی توان از روایات مورد بحث استفاده کرد که در اینجا هم عقد انقطاعی مبدل به عقد دائم می شود. همین طور بنا بر رأی کسانی که اذن ولیّ دختر را در عقد دائم شرط می دانند اما در عقد انقطاعی شرط نمی دانند، اگر بدون اذن عقد انقطاعی کرد ولی اجل را ذکر نکرد، انقلاب عقد به عقد دائم قابل التزام نیست و الاّ باید در همه این موارد و موارد مشابه ملتزم به تخصیص شویم که این خلاف متفاهم عرفی است.

خلاصه اینکه این روایات ناظر به سایر شرایط نیستند و مفادشان صرفاً این است که در عقد موقت ذکر اجل شرط است و در عقد دائم شرط نیست. پس در فرض صلاحیت عقد برای منقطع بودن و دائم بودن، عدم ذکر اجل مستلزم دوام است.

بنابراین، در ما نحن فیه که شک داریم آیا لفظ «متّعت» صلاحیت برای انشاء عقد دائم دارد، با این روایات نمی توان صلاحیت را اثبات کرد.

3) نظر استاد مدّ ظله در مورد اشکال آقای خویی رحمه الله:

این اشکال آقای خویی رحمه الله نسبت به بعضی از روایات محل بحث تمام است اما یکی از روایات (روایت ابان بن تغلب) ظاهرش همان مطلبی است که صاحب شرایع و دیگران فهمیده اند. در این روایت از حضرت سؤال می کند که در موقع عقد انقطاعی چه بگویم. حضرت می فرماید: بگو اتزوجک متعه به ضمیمه ذکر اجل و سایر شرایط. راوی می پرسد: من حیا می کنم که مدّت را ذکر کنم. حضرت می فرماید: اگر مدّت را ذکر نکنی به ضرر خودت تمام می شود. چون تمام احکام عقد دائم مترتب می شود. ظاهر این روایت آن است که در همان مفروض کلام که گفته «اتزوجک متعه» اگر اجل را ذکر نکرد عقد دائم خواهد شد لذا صلاحیت این تعبیر که عبارۀ اخرای لفظ «متعت» است برای عقد دائم استفاده می شود.

«محمد بن یعقوب عن علی بن ابراهیم عن أبیه عن عمرو بن عثمان عن ابراهیم بن الفضل عن ابان بن تغلب و عن علی بن محمد عن سهل بن زیاد عن اسماعیل بن مهران و محمد بن اسلم عن ابراهیم بن الفضل عن ابان بن تغلب قال قلت لأبی عبد الله علیه السلام: کیف اقول لها اذا خلوتُ بها؟ قال: تقول: أتزوجک متعه علی کتاب الله و سنه نبیّه. لا وارثه و لا موروثه، کذا و کذا یوماً... قلت: فانی استحیی أن أذكر شرط الاّیام قال: هو اضّرّ علیک قلت: و کیف؟ قال: لأنک ان لم تشرط کان تزویج مقام و لزمّتک النفقه فی العده و کانت وارثاً...» (1)

منتهی اشکالی که وجود دارد راجع به سند روایت است چون ابراهیم بن فضل در طریق آن واقع شده که توثیق ندارد، لذا این روایت قابل استناد نیست.

4) استدلال ابن ادریس رحمه الله بر عدم کفایت لفظ «متعت»:

بیان ابن ادریس آن است که انقلاب عقد به عقد دائم در صورتی است که با صیغه انکحت یا زوجت و مانند آن عقد کرده باشد و اجل را ذکر نکرده باشد، اما اگر از صیغه های دیگری مثل متعت استفاده کرده باشد این صیغه ها اصلاً صلاحیت

ص: 3143

1- (1) وسائل 43/21 و 47، ابواب متعه باب 18، ح 1 و باب 20، ح 1.

برای انشاء عقد دائم ندارند و لذا ترک ذکر اجل باعث انقلاب عقد به عقد دائم نمی گردد. شاهد این ادعا آن است که اگر کسی از صیغه انکحت یا زوَّجت استفاده کرد ولی مهر را تعیین نکرد عقدش بالاتفاق صحیح است هر چند مهر المثل متعین می شود. اما کسی که به قصد عقد منقطع از صیغه متَّعت استفاده می کند ولی هیچ یک از مهر و اجل را ذکر نمی کند عقدش بالاتفاق باطل است با اینکه اگر متَّعت با انکحت مرادف بود باید در این فرع اخیر قائل به انقلاب عقد به عقد دائم و لزوم مهر المثل می شدند. لذا معلوم می شود که متَّعت اصلاً برای عقد دائم صلاحیت ندارد و انقلاب به عقد دائم اختصاص به جایی دارد که با لفظ انکحت یا زوَّجت عقد خوانده و اجل را ذکر نکرده باشد، اما اگر با صیغه متَّعت عقد خوانده و اجل را ذکر نکرده باشد عقدش باطل است هر چند مهر را ذکر کرده باشد.

ناگفته نماند که عده ای از بزرگان و از جمله، علامه رحمه الله در تلخیص نیز این شاهد را مطرح کرده اند که در عقد منقطع، عدم ذکر مهر و اجل باعث بطلان عقد است.

(5) پاسخ استاد مد ظله به استدلال ابن ادریس رحمه الله:

در پاسخ به این استدلال می توان گفت شاهی که ایشان اقامه کرده، عدم صلاحیت لفظ متَّعت برای انشاء عقد دائم را نتیجه نمی دهد. چون ممکن است بگوییم متَّعت و انکحت و زوَّجت هر سه برای عقد دائم صلاحیت دارند، منتهی این تفاوت وجود دارد که استعمال انکحت و زوَّجت در عقد دائم، حقیقی است، در حالی که استعمال متَّعت مجازی است و محتاج قرینه است. لذا می توان گفت شارع مقدس مسئله انقلاب عقد منقطع به عقد دائم را که امری بر خلاف قاعده است در فرض استعمال انکحت و زوَّجت که حقیقت در دوام هستند پذیرفته است اما در فرض استعمال متَّعت پذیرفته است. آیا از این مطلب می توان نتیجه گرفت که در جایی که مسئله انقلاب در کار نیست و از اول قصدش این است که با متَّعت به ضمیمه قرینه عقد دائم را انشاء کند مثلاً بگوید «متعک دائماً» باز هم متَّعت صلاحیت نداشته باشد؟ ظاهراً دلیلی بر عدم صلاحیت وجود ندارد. لذا به نظر

می رسد همانطور که صاحب شرایع و عدّه ای از فقها فرموده اند با لفظ متّعت هم می شود عقد دائم را انشاء کرد هر چند این استعمال مجازی و محتاج قرینه است.

(البته بعضی خواسته اند بگویند استعمال متّعت هم حقیقی است ولی ما آن را مجازی می دانیم.)

نتیجه آن که به نظر می رسد همانطوری که عده ای از فقهاء چون محقق حلی گفته اند، با «متعت» می توان عقد دائم را انشاء نمود هر چند استعمال آن استعمال مجازی باشد.

(ب) حکم اشراط یا عدم اشراط صیغۀ ماضی در انشاء عقد نکاح:

اشاره

وجوهی برای اشراط صیغۀ ماضی مطرح شده که در این جلسه به دو وجه اشاره می کنیم.

(1) اخذ به قدر متیقن:

مفاد این وجه آن است که تحقق نکاح به یک سبب قطعی نیاز دارد و الا استصحاب اقتضاء می کند نکاح محقق نشده باشد لذا باید به قدر متیقن یعنی صیغۀ ماضی در ما نحن فیه اخذ کرد تا یقین به ارتقاع حالت سابقه حاصل شود. بر طبق این وجه کانه این طور فرض شده که اطلاعاتی در میان نیست و لذا نوبت به قدر متیقن می رسد.

(2) اجتناب از بی قید و بند شدن ازدواج:

صاحب شرایع رحمه الله در استدلال بر اعتبار ماضویت تعبیری دارد که معنایش خیلی روشن نیست. ایشان می فرماید: «لا بدّ من وقوعهما بلفظ الماضی... تحفظاً من الاشتمار المشبه للاباحه» در معنای این عبارت دو وجه مطرح است: یک وجه که به نظر ما رسید و ظاهراً شهید ثانی رحمه الله در مسالک هم همین معنی را بیان می کنند. این است که اشتمار به معنای مطلق و رها بودن است همانطور که شمّرت الدّابه به

معنای ارسلتها و اطلاقها است. بر طبق این وجه، صاحب شرایع می خواهد بفرماید ما نمی توانیم از ماضویّه و سایر ویژگیهای عقد که در زمان ائمه معصومین علیهم السلام رایج بوده تعدی کنیم چون تعدی کردن مستلزم تالی فاسدی است که کسی به آن ملتزم نمی شود و آن این که نکاح مثل اباحه مال باشد که هیچ قید و شرطی ندارد و فقط انشاء رضا در آن کافی است (1) یعنی نه ماضویت و نه سایر شروط هیچ کدام معتبر نباشد در حالی که این امر قطعاً باطل است و عقد نکاح بالاجماع و بالضرورة حدّ و مرز دارد.

شهید ثانی رحمه الله هم که می خواهد به استدلال محقق رحمه الله پاسخ دهد ظاهراً عبارت شرایع را مثل ما معنا کرده است چون می فرماید: ماضویت معتبر نیست و می توان قائل به توسعه شد ولی لازمه توسعه دادن این نیست که هیچ مرزی قائل نشویم چرا که ممکن است فقط از نظر صیغه، قائل به توسعه شویم، اما از نظر ماده توسعه ندهیم و ماده نکاح یا تزویج را معتبر بدانیم.

شیخ مفلح صیمری صاحب غایه المرام معنای دیگری برای عبارت شرایع ذکر کرده است. ایشان اشتمار را تعدد و تکثر جهات معنی کرده و می گوید اشتراط ماضویت به دلیل این است که محلّ قطعی و دلیل صریح در اباحه داشته باشیم یعنی لفظ صریح در انشاء نکاح داشته باشیم چون صیغه ماضی و لو به قرینه مقامیه صریح در انشاء است پس محلّ قطعی است. اما غیر صیغه ماضی صراحت در انشاء ندارد چون ممکن است با وعد یا غیر آن مشتبه شود. لذا «تحفظاً من الاشتمار المشبه للاباحه» معنایش این خواهد شد که به خاطر تحفظ از تعدد جهات که اباحه را مشتبه می سازد، باید با صیغه ماضی عقد را انشاء کنیم.

اما این معنی به نظر ما خلاف ظاهر است و اشتمار همان رفض قیود و رها کردن است نه تعدد جهات.

ادامه این بحث را به جلسه آتی موکول می کنیم. (* و السلام *)

ص: 3146

1- (1) سید علی محمد باب به خاطر بی سوادی عبارات عربی را غلط می خوانده، و در جواب معترضین می گفته اعرابها ملک های محبوسی بودند که من آن ها را آزاد کردم.

خلاصه درس قبل و این جلسه:

کلام در شرایط صیغه نکاح بود، در ادامه بحث اشتراط عربیت در صیغه نکاح در این جلسه به بررسی اجماع بر اشتراط عربیت می پردازیم. پس از آن به بررسی روایت «کل طلاق بکل لسان فهو طلاق» و روایات «لکل قوم نکاح» برای عدم اشتراط عربیت پرداخته، در پایان به این نتیجه می رسیم که عربیت در صیغه نکاح معتبر نیست. و سپس ادله چهارگانه اشتراط ماضویت در صیغه نکاح را نقل کرده به دلیل اول (اخذ به قدر متیقن) و پاسخ آن (وجود اطلاقات اوفوا بالعقود و المؤمنون عند شروطهم) را بررسی می کنیم. ان شاء الله تعالی

1 - بررسی تحقق اجماع در اعتبار عربیت در صیغه نکاح

شیخ طوسی رحمه الله در مبسوط می گوید: لا- خلاف در اشتراط عربیت در صیغه نکاح، و ظاهر عدم خلاف شیخ، اتفاق جمیع المسلمین است. این مطلب که اشتراط عربیت بین خاصه و عامه مورد اتفاق می باشد بلا شک باطل است. ابو حنیفه در صیغه نکاح عربی بودن را شرط نمی داند، کلمات شافعی در اعتبار و عدم اعتبار عربیت مختلف است. بلی احمد حنبل عربی بودن را شرط می داند. پس «بلا- خلاف» مرحوم شیخ تمام نیست. اصولاً در مورد مسائلی که با از مراجعه به کلمات متقدمین می بینیم، هیچ در کلمات آنها عنوان نشده است از طرف دیگر می بینیم بزرگانی چون سید مرتضی و شیخ طوسی و ابن زهره ادعای اجماع کرده اند این

اجماع‌ات ادعا شده باعث نمی‌شود که ما از مقتضای ادله اولیه رفع ید کنیم چون این اجماع‌ات با مراجعه به فتاوی علماء به دست نیامده و نقل حسّی فتوای علماء نیست بلکه اجماع‌ات مستنبط است که از روی قواعدی که مورد پذیرش فقهاء فتوایی را به آنها نسبت داده اند مثلاً دیده اند فقهاء خبر واحد را حجت می‌دانند وقتی خبر واحدی در مسئله بوده، در آن مسئله ادعای اجماع کرده اند. لذا در کتاب خلاف می‌بینیم شیخ طوسی رحمه الله می‌فرماید در این مسئله روایتی هست و معارض ندارد فدلاً علی اجماعهم علی ذلک، پذیرش مقدمات (حجیت خبر واحد) را به عنوان شهادت اجمالی بر نتایج (فتاوی) می‌دانسته اند و لذا می‌بینیم در مسئله ای که اصلاً در کلمات قدماء عنوان نشده است ادعای اجماع شده است یا این که در مورد مسئله ای که به طور جدی محل اختلاف است ادعای اجماع شده است بلکه در مسئله ای که شهرت محقق بر خلافت آن است ادعای اجماع شده و در برخی از مسائل هر دو قول مخالف یکدیگر ادعای اجماع شده است، در برخی از کلمات فقهاء دیده ایم که شهید ثانی رحمه الله رساله ای نوشته و هفتاد مسئله از مسائلی را که شیخ طوسی ادعای اجماع در آنها کرده در عین حال خودش در جای دیگر بر خلاف آن فتوی داده است نقل می‌کند. حالا ببینیم در مورد اعتبار عربیت بین خاصّه اجماعی هست؟ ما که تتبع کردیم از فقهاء ما اول کسی که اعتبار عربیت را مطرح کرده است شیخ طوسی رحمه الله است و در کلمات پیشینیان اثری از آن نیست، بعد از شیخ نیز ابن حمزه و احتمالاً قطب راوندی قرن ششم عربیت را معتبر نمی‌دانند، قطب الدین کیدری که اوایل قرن هفتم را هم درک کرده، عربیت را شرط می‌داند، از زمان محقق به بعد اعتبار عربیت شهرت بیشتری پیدا کرده است در عین حال بین متأخرین نیز تسلّم ندارد، مفاتیح فیض و شارح مفاتیح و سبزواری در ذخیره و آقای نائینی و آقای حکیم و آقای خوبی عربی بودن را معتبر نمی‌دانند. صاحب حدائق و صاحب مدارک تمایل به عدم اعتبار دارند، یعنی مقتضای ادله را عدم اشتراط دانسته،

احترازاً من مخالفه المشهور فتوی نداده اند، شهید ثانی در مسالک ادله طرفین را ذکر کرده و هیچ طرف را انتخاب نکرده است. خلاصه اشراط عربیت اجماعی نیست و باید ببینیم مقتضای ادله دیگر چیست؟

2 - بررسی روایات در اعتبار عربیت در صیغه نکاح

2/1 - روایت أبو البختری

اشاره

«محمد بن الحسن باسناد عن محمد بن احمد بن یحیی عن ابی جعفر عن أبیه عن وهب بن وهب عن جعفر عن أبیه عن علی علیه السلام قال: کل طلاق و بكل لسان هو طلاق. (1)»

سند روایت:

در سند این روایت أبو البختری «وهب بن وهب» واقع شده و درباره او نجاشی می گوید: «وكان كذاباً له احاديث مع الرشيد في الكذب» ولی از دو جهت دیگر به مرویات کتابش باید اعتماد کرد چون نجاشی می گوید: «له كتاب يرويه جماعه» چون فرزند عیال حضرت صادق علیه السلام بوده در اثر ملازمت با حضرت کتابی را از احادیث حضرت نقل می کند و این کتاب را جماعتی نقل می کنند، روش متعارف محدثین این نبوده که از کتابی که قرائن صدق بر آن نیست نقل روایت کنند، یا باید راوی ثقة باشد یا قرینه خارجی بر حجّت مرویات کتاب باشد، کثرت نقل جماعتی از محدثین علامت اعتماد آنهاست لذا تعبیری را که علامه از ابن غضائری درباره او نقل می کند این است که «كان قاضياً عامياً الا ان له احاديث عن جعفر بن محمد عليه السلام كلها يوثق بها» در برخی از نسخ «لا يوثق بها» آمده و مسلّم غلط است و با تعبیر «الا أن...» نمی سازد. معنای این استدراک این است که خودش آدم خوبی نیست ولی کتابش مورد اعتماد است.

ص: 3149

اگر انشاء طلاقى که شرائط آن سخت تر است و مشروط به حضور دو عادل است و شارع مقدس می خواهد حتى المقدور واقع نشود، به لفظ غیر عربی صحیح باشد.

انشاء نکاح که ترغیب فراوان درباره آن شده با لفظ غیر عربی بالا العرفیه الوفیة صحیح است.

2/2 - روایات لکل قوم نکاح

برخی به روایات «لکل قوم نکاح» استدلال کرده اند که انشاء به غیر عربی هم کافی است. این روایات به طرق متعدد نقل شده و در اعتبار سند آن بحثی نیست، اما از نظر دلالت محل تأمل است. زیرا ظاهراً مراد از قوم، اهل مذهب باشد، یعنی پیروان هر مذهبی مطابق مذهب خودشان آداب و رسوم خاصی برای ازدواج دارند پس اگر یک نفر ارمنی یا یهودی مطابق آیین خودش نکاحی انجام داده بود اولادشان ولد الزنا نیستند و اگر زن و شوهر مسلمان شدند نکاحشان باقی است و این روایات در مورد پیروان ادیان مختلف وارد شده است. و اگر مربوط به ملیت های مختلف هم باشد و بگوییم این روایات نکاح مرسوم و مشروع در ملیت های مختلف را تصحیح می کند باز استدلال به این روایات مشکل است زیرا ثابت نیست که نکاح مرسوم ملیت های مختلف مسلمان غیر عربی باشد، مثلاً ایرانی های مسلمان، زبانشان فارسی است لکن انشاء نکاحشان عربی است، ترک های مسلمان تا آنجا که ما سراغ داریم زبانشان ترکی است و لی صیغه نکاحشان عربی است. نتیجه آن که: با «لکل قوم نکاح» نمی شود اثبات کرد که با هر زبانی بشود نکاح کرد و بگوییم چون زبان متداول ایرانی ها فارسی است بتوانند با صیغه فارسی نکاح بخوانند هر چند بتوانند - و لو با توکیل - با صیغه عربی عقد بخوانند.

3) جمع بندی نهایی مسئله

به اشباه و نظایر مسئله یعنی سایر عقود هم که مراجعه می کنیم عربیت در آنها شرط نیست. باب نکاح مثل بابهای دیگر است مثلاً اگر کسی بخواهد عبدی را تملک کند می تواند با هر زبانی آن عبد را بخرد و سپس می تواند آن عبد را با هر زبانی آزاد کند در باب نکاح و طلاق اگر نگفتند صیغه نکاح باید عربی باشد آنچه که به ذهن متعارف اشخاص می آید این است که به همین روشی که در سایر عقود عمل می کنند می توانند انشاء نکاح نمایند. و چون از نظر عرفی برای صیغه، طریقت می فهمند لذا روایاتی که می فرماید: «تقول أتزوجک...» متعارف اشخاص، می فهمند چون مخاطبین عرب بوده اند تبادل افکار و تصمیمات آنها با زبان عربی صورت می گرفته و خصوصیتی از آن استفاده می کنند و اگر خصوصیت داشته باشد باید تصریح کنند.

قابل ذکر است که این مطلب با اعتبار لفظ و صیغه در باب نکاح نقض نمی شود و نمی توان گفت: اصل اعتبار لفظ هم طریقت دارد پس چرا قائل نشویم که معاطات در باب نکاح صحیح است؟

زیرا قبلاً گذشت که مسئله اعتبار لفظ مورد تسلّم است و مسئله معاطات اصلاً معنون نبوده است مگر در این اواخر که بعضی آن را مطرح کرده اند. همه از اول دنبال شرایط صیغه رفته اند دعوی اجماع هم که بر اعتبار صیغه زیاد شده است.

نتیجه نهایی اینکه عربیت در اجرای صیغه شرط نیست اما از اصل اعتبار صیغه نمی توان رفع ید کرد.

4) تکمیل بحث اعتبار ماضویت در صیغه نکاح

در مستمسک مرحوم آقای حکیم رحمه الله و کتابهای سابق بر آن هم هست که چهار دلیل ذکر کرده اند.

5) ادله اعتبار ماضویت در صیغه نکاح و بررسی آن

یکی اینکه: ماضی صریح در انشاء است اما مستقبل و امر صریح در انشاء نکاح نیست. امر هر چند انشاء است ولی انشاء طلب است نه انشاء علقه نکاح.

دوم اینکه: در مضارع احتمال وعده هست اما در ماضی احتمال وعده نمی رود شاید کسی که می گوید تزویج می کنم می خواهد وعده بدهد که بعداً تزویج می کند نه اینکه الآن تزویج واقع شده باشد.

سوم: قدر متیقن عبارت از ماضی است.

چهارم: اگر ما تعدی از ماضی کنیم لازم می آید صیغه اشتمار و انتشار پیدا کند و متوقف بر حدّ معینی نباشد. دلیل سوم و چهارم در شرایع آمده است.

این چهار وجه ذکر شده است دو وجه از این چهار وجه به یک وجه بر می گردد وجه ثابتی که احتمال وعده در مضارع است متمم وجه اول است که می گوید ماضی صریح است ولی مضارع و امر صریح نیست. چرا مضارع صریح نیست؟ چون احتمال وعده در آن هست پس احتمال دارد انشاء نباشد. سپس ادله منحصر به سه وجه می شود یکی اینکه ماضی صراحت دارد بخلاف مضارع و امر و دیگر اینکه اقتضای به قدر متیقن می کنیم و سوم اینکه اگر بخواهیم از ماضی تعدی کنیم باید یک معنایی را ملتزم شویم که اجماع بر خلافش قائم است. یعنی باید ملتزم شویم که با هر صیغه ای که دال به رضاست نکاح واقع می شود و این خلاف اجماع است.

قبلاً گذشت که عبارت شرایع چنین است: تحفظاً من الاشتمار المشبه للإباحه یعنی برای اینکه لفظ باب نکاح بی قید و بی شرط نباشد اگر ماضویت را شرط ندانیم لازم می آید که چیزی که دال باشد به انشاء رضا - حال چه ایجاب باشد و چه قبول باشد - کفایت کند سپس باید عقد نکاح را مثل اباحه بدانیم که شخص بخواهد مال خودش را به دیگری اباحه کند این امر قید و شرط ندارد با فعل هم می تواند اباحه

کند با لفظ - ایّ لفظ کان - نیز می تواند اباحه کند. و این امر بالاجماع منتفی است.

* قبلاً گذشت که شیخ مصلح الدین صیمری این عبارت را جور دیگر معنا کرده و اشتمار را به ذو وجوه بودن معنا کرده و اینکه ذهن شخص یک وقت محدود به یک وجه است و یک وقت ذهن شخص به این طرف و آن طرف می رود مثل دابه ای که اگر رهایش کردند به هر طرف می رود می گوید: اگر ما دست از ماضویت برداریم.

صیغه های غیر ماضی صریح نیست که در این تفسیر وجه به وجه عدم صراحت غیر ماضی که یکی دیگر از استدلالات است بر می گردد.

طبق این توجیه المشبه للإباحه را از باب تشبیه به معنای تلبیس بگیریم یعنی لازم می آید لفظ موجب تلبیس شود که آیا می خواهد مباح کند یا آنکه نمی خواهد مباح کند بلکه می خواهد مثلاً وعده بدهد یا انشاء طلب کند، بنابراین این جمله عبارة اخرای این است که ما به خاطر اینکه صیغه انشاء صریح باشد ماضویت را اعتبار می کنیم.

* البته این توجیه خلاف ظاهر است برای خاطر اینکه بهتر بود بگوید: المشبه للزوجیه؛ زوجیت مشتبّه و مورد تلبیس واقع می شود و اینکه بگوید اباحه مشتبّه می شود این خلاف ظاهر است باید بگوید: چون صریح در زوجیت نیست زوجیت مشتبّه و مورد تلبیس واقع می شود. بنابراین همان توجه اول که گفتیم و در مسالک و غیر آن آمده بهتر است.

6) بررسی ادله اعتبار ماضویت

* از اخذ به قدر متیقن جواب داده اند که قدر متیقن با وجود اطلاق اعتباری ندارد.

لیکن ما قبلاً گفته ایم (1) که المؤمنون عند شروطهم نمی خواهد بگوید: مؤمن هر قراری ببندد باید عمل کند هر ند قرار او از محرّمات باشد سپس بگوییم نسبت به

ص: 3153

محرمات این عموم تخصیص خورده است.

این روایت از اول الزام بما هو المشروع است یعنی چیزی که شما شرط کردید و صل جوازش را احراز کرده اید باید به آن متعهد باشید. و اینکه بگوییم از اول مطلق است و شامل همه قرارها و شرطها می شود سپس نسبت به التزام به محرمات مرتب تخصیص خورده است این خلاف ظاهر است.

در اوفوا بالعقود هم ما احتمال می دادیم که الف و لام آن الف و لام عهد باشد یعنی آن عقودی که با خدا در عالم ذر بسته اند که «أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ» با خداوند متعال عهد کرده اند که گناه نکنند و چه نکنند، باشد، چون در ذیل آیه اوفوا بالعقود می فرماید: «أَحَلَّتْ لَكُمْ بِهَيْمَةُ الْأَنْعَامِ» (المائده/ 1) که دنبال اوفوا حلال و حرام هایی را ذکر می کند. ارتباط صدر با ذیل اقتضاء می کند که یا خصوص پیمان انسان با خداوند متعال باشد و یا اعم از پیمانهای با خداوند متعال و پیمانهای مشروع انسان ها با یکدیگر مراد باشد در اینکه اعم مراد باشد ما تردید داریم. و اگر شامل پیمانهای بشری هم بشود یک نحو تقيیدی لازم داشت و آن اینکه مراد وفاء بما هو المشروع است اما اگر مراد پیمان الهی باشد احتیاج به این تقيید هم ندارد. بنابراین به اوفوا بالعقود و المؤمنون عند شروطهم نمی توان اثبات اطلاق نمود.

«و السلام»

ص: 3154

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

بحث در اعتبار ماضویت در صیغه نکاح بود، در ادامه بحث، در این جلسه خواهیم گفت که استدلال به مطلقات اوفوا بالعقود و المؤمنون عند شروطهم و انکحوا الایامی برای عدم اعتبار ماضویت صحیح نیست و سپس به بررسی استدلال به روایات باب متعه و پس از آن صریح بودن ماضی در انشاء نکاح را بررسی می کنیم و به این نتیجه می رسیم که ماضویت در صیغه نکاح معتبر نیست.

مسئله دوم این جلسه صحت نکاح با جمله اسمیه است و در پی آن بحث تقدیم قبول بر ایجاب را مطرح کرده، توضیحی برای حقیقت قبول و ایجاب ارائه می نمایم ان شاء الله تعالی.

الف): عدم وجود اطلاق یا عموم، در باب کیفیت اجرای صیغه عقد نکاح

بحث در رابطه با این بود که آیا در باب صیغه عقد نکاح عمومات و یا اطلاقاتی داریم که با تمسک به آنها در موارد شک در اعتبار قیدی در صیغه عقد مثل اینکه صیغه باید حتماً به صورت ماضی باشد یا غیر ماضی نیز کفایت می کند؟ قائل به عدم اعتبار آن قیود شویم یا اینکه دلیل عام یا مطلق وجود ندارد؟ گفته شد که بعضی آیه شریفه «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ...» را دلیل مطلق در باب نکاح دانسته اند و با تمسک به این آیه گفته اند که قید ماضویت در صیغه عقد نکاح معتبر نیست و لکن به نظر ما این حرف تمام نیست و چنانچه بارها نیز گفته ایم بسیاری از این عمومات و

اطلاقاتی که معمولاً آقایان به آنها برای نفی اعتبار شرطی از شرائط تمسک می نمایند، عمومات و اطلاقاتی نیست که بشود به آنها استدلال نمود. به نظر ما آیه شریفه «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ...» در مقام ترغیب به نکاح مشروع است. یعنی پس از آنکه از خارج دانستیم که نکاح دارای اقسامی است، بعضی صحیح و مشروع هستند و بعضی فاسد و باطل می باشند (مثل نکاح در عده، نکاح در حال احرام و...) ظاهر این آیه شریفه این است که به نکاحهای مشروع و صحیح ترغیب می نماید. وقتی به شما می گویند برای فرزندانان همسر قرار دهید از ابتدا این معنا به ذهن می آید که یعنی به واسطه عقد صحیح و مشروع آنها را به ازدواج در آورید.

نمی خواهد بگوید هیچ شرطی برای نکاح نیست تا ادله شرایط نکاح استثناء از این آیه شریفه باشد، در این مقام نیست. بله اگر ما ندانیم که نکاحهای موجود در عالم بعضی باطل و فاسد است بلکه چنین فکر کنیم که هر چه در عالم هست صحیح و مشروع است، در این صورت می توانیم بگوییم که به مطلق نکاح دستور داده است و به عبارت دیگر آیه شریفه در مقام این نیست که به هر آنچه که در عالم به آن اطلاق نکاح می شود اعم از صحیح و فاسد ترغیب نماید و بعد به واسطه تخصصات و مقیدات خارجی و منفصل تمامی نکاحهای فاسد و باطل را از تحت آن خارج نماییم، بلکه از ابتدا آیه ناظر به نکاحهای مشروع است. نظیر این مطلب را ما در آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» یا در حدیث «المؤمنون عند شروطهم» گفته ایم که مراد از اینها الزام ما هو المشروع است نه الزام بر عقد و پیمانی که طرفین با همدیگر قرار می گذارند و در خصوص «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» این احتمال نیز مطرح است که مراد پیمانهای باشد که در عالم ذر خدا با بندگان بسته است که حلال خدا را حلال و حرام خدا را حرام بدانند.

نتیجه آن که، در ما نحن فیه که شک داریم آیا ماضویت در صیغه عقد معتبر است یا نه؟ نمی توان با تمسک به اطلاق آیه شریفه «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى...» نفی اعتبار ماضویت نمود.

1: نفی اعتبار «ماضویت» در صیغه عقد نکاح با تمسک به سیره عقلاء و متشرعه

به نظر ما برای نفی اعتبار قید «ماضویت» در صیغه عقد نکاح دلیل دیگری داریم و آن تمسک به سیره عقلائیه و لااقل متشرعه است. در بین عقلاء ما ندیدیم و نشنیدیم که در مقام اجرای صیغه عقد نکاح و غیر آن حتماً بصورت ماضی صیغه را جاری نمایند و اگر بناء عقلا را نپذیرفتید، سیره متشرعه قطعاً بر عدم اعتبار ماضویت است، مسلمین اعم از سنی و شیعه در مقام عمل و اجرای عقد این طور نبوده که حتماً به لفظ ماضی، صیغه را بخوانند و صیغه مضارع مثلاً نداشته اند بلکه چنانچه در مباحث آینده نیز خواهد آمد بعضی از مصادیق قبول به واسطه صیغه امر بوده است. خلاصه اینکه بنای مسلمین و سیره متشرعه بر عدم اعتبار است و به قول مرحوم آقای بروجردی همانطوری که اگر سیره عقلائیه ردع نشد، علامت امضاء آن نزد شارع است، اگر مطلبی نیز بین مسلمین و متشرعه به عنوان سیره وجود داشت و توسط شارع از آن ردعی نشد دلیل بر امضاء آن است.

2: نظر استاد مد ظله در مورد استدلال به روایات باب متعه برای عدم اعتبار ماضویت در صیغه عقد

مرحوم آقای خونی یکی از استدلالهای خود بر عدم اعتبار ماضویت را تمسک به روایات باب متعه قرار داده اند و فرموده اند؛ با توجه به اینکه در روایات انشاء عقد متعه به واسطه صیغه غیر ماضی نیز صورت گرفته است لذا در مورد عقد دائم نیز ما می توانیم به عدم اعتبار ماضویت در انشاء عقد بشویم. زیرا واضح است که فرقی بین عقد منقطع و دائم از این جهت نیست و لیکن به نظر ما تمسک به روایات باب متعه تنها به عنوان تأیید مطلب ممکن است نه به صورت استدلال، زیرا شارع مقدس در مورد عقد دائم برخی سمت گیری هایی کرده که در باب متعه نکرده، مثلاً

ازدواج دائم با کفار را حرام دانسته ولی ازدواج موقت با آنها را جایز دانسته است، این مطلب را خود مرحوم آقای خوئی نیز قبول دارند، ایشان در باب اینکه در مورد انشاء عقد دائم نیازمند لفظ هستیم یا نه؟ بالاتر از این می گویند، ایشان می فرمایند؛ چون شارع مقدس در باب متعه لفظ را معتبر دانسته است پس بالاولویه در عقد دائم نیز لفظ معتبر می باشد. یعنی مجموع احکام شارع و تزییقات او در مورد عقد دائم بیشتر است (1). بر این اساس نمی توان گفت اگر شارع مقدس در مورد عقد متعه تسهیلی را قائل شده و فرموده است که لفظ ماضی معتبر نیست پس در عقد دائم نیز، لفظ ماضی اعتبار ندارد. بله تمسک به روایات باب متعه برای عدم اعتبار لفظ ماضی، به عنوان تأیید و اینکه نشان دهنده قسمتی از سیره متشرعه باشد، خوب است. اما به عنوان استدلال نمی توان به آنها استدلال کرد.

3) دلیل دیگر بر اعتبار لفظ ماضی در صیغه عقد، صراحت لفظ ماضی در انشاء:

یکی دیگر از استدلال‌هایی که برای اعتبار صیغه ماضی شده است این است که گفته اند صیغه ماضی صریح در انشاء است، بخلاف سایر صیغه های دیگر، لذا در مقام انشاء عقد باید از صیغه ماضی استفاده نماییم.

صاحب مدارک از این استدلال بسیار تعجب نموده و می فرماید اولاً: اینکه می گویند ماضی صریح در انشاء است بخلاف صیغه دیگر، این حرف صحیحی نیست بلکه ماضی نیز مانند مضارع برای اخبار وضع شده است و استعمالش در مقام انشاء نیازمند قرینه است و بنابراین مضارع نیز می تواند با قرینه در مقام انشاء بکار رود و ثانیاً: اصل این کبری که در مقام انشاء عقود حتماً باید از الفاظ صریح در انشاء استفاده نمود و لفظ ظاهر کفایت در انشاء عقد نمی کند، محل اشکال بلکه منع است و دلیلی بر آن وجود ندارد.

ص: 3158

1- (1) هر چند در مباحث گذشته گفتیم این اولویت محل مناقشه است لکن اصل این که برخی تزییقات در باب دائم هست که در باب متعه نیست علی نحو الاجمال مسلم است.

4) توجیه استاد مد ظله در صراحت ماضی در انشاء:

این مطلبی که آقایان گفته اند که ماضی صریح در انشاء است، به حسب ظاهر واضح البطلان است و همانطوری که گفته شد اصل وضع ماضی در اخبار است و اراده انشاء از او احتیاج به قرینه دارد. به نظر می رسد مراد کسانی که گفته اند ماضی صریح در انشاء است، خصوص مقام معامله و عقد نکاح است یعنی در مقامی که کسی برای خریدن یا فروختن کالایی قرار می گیرد و یا در ما نحن فیه در مقام ازدواج، اگر لفظ ماضی بکار برده، احتمال اینکه مقصود او اخبار از ما سبق باشد بسیار مستبعد و بلکه کلام بی معنایی است، چون با فرض عدم تحقق نکاح، اخبار از نکاح قبلی کلام لغوی است یعنی این که در مقام عقد بیع یا عقد نکاح قرار می گیرند صراحت دارد در این که عقدی صورت نگرفته و این فضا، قرینه حالیة قطعیه ای است که لفظ ماضی را از اخباری بودن خارج کرده، صریح در معنای انشاء می کند.

به خلاف استعمال صیغه مضارع که احتمال اینکه وعده بر معامله یا نکاح قریب الوقوع باشد و جنبه مقاوله و صحبت های پیش از عقد را داشته باشد در آن وجود دارد. بنابراین، به نظر می رسد مراد کسانی که گفته اند لفظ ماضی صریح در انشاء عقد است، مقصود استعمال لفظ ماضی در خصوص مقام انشاء عقد باشد نه مطلقاً و در هر مقام. البته کبرای مطلب جای مناقشه است. ما دلیلی نداریم که الفاظی که در انشاء عقود به کار می رود باید صریح باشد بلکه اگر ظهور عرفی داشته باشد کافی است.

دلیل دیگری که برای اعتبار ماضویت ذکر شده است همان کلام مرحوم محقق در شرایع بوده که فرموده بود «تحفظاً من الاشتمار المشبه للاباحه» که در جلسات قبل توضیح این جمله را ذکر نموده ایم.

جواب از این دلیل هم این است که از عدم اعتبار ماضویت در صیغه عقد نکاح، آن بی قید و شرطی که در باب اباحه وجود دارد که همانطوری که شخص بدون هیچ قید و شرطی می تواند مالش را به دیگران اباحه نماید، بتواند عقد نکاح را جاری

کند لازم نمی آید بلکه تنها قائل می شویم که ماضویت معتبر نیست ولی سایر شرائط دیگری که در انشاء عقد معتبر است لازم العمل می باشد.

بنابراین، نتیجه این مباحث به نظر ما این شد که ماضی بودن صیغه عقد لزومی ندارد و از غیر ماضی هم می توان در مقام انشاء عقد استفاده نمود.

ج) فالأحوط اعتبار الماضویه

متن عروه:

فالأحوط اعتبار الماضویه و ان كان الاقوی عدمه، فیکفی المستقبل و الجملة الخبریة کان یقول: ازوَجک او انا مزوَجک فلانه.

مرحوم سید می فرمایند که اقوی این است که ماضویت معتبر نیست و صیغه استقبال (مضارع) و جمله خبریه نیز در مقام انشاء عقد کفایت می کند اگر چه، احتیاط در مسئله این است که صیغه ماضی باشد.

مرحوم آقای حکیم در ذیل این جمله که اقوی این است که جمله اسمیه خبریه نیز در مقام انشاء کفایت می کند، می فرمایند؛ ظاهر استعمال کلمه «اقوی» در مواردی است که کأن در مسئله تأملات و اشکالاتی وجود دارد و لیکن اقوی این است که جمله اسمیه نیز کفایت می کند یعنی هیچ گاه در مسائل اتفاقی نمی گویند اقوی، مثلاً هیچ وقت نمی گویند، اقوی این است که نماز ظهر چهار رکعت است و حال آنکه تمامی علماء اجماع دارند که در باب عتق و طلاق استعمال جمله اسمیه مثل «انت حرّ» و «انت طالق» صحیح است و کفایت می کند. پس چه شده است که در محل بحث یعنی صیغه عقد نکاح، کفایت جمله خبریه را مورد تأمل و تردید دانسته اند.

و لیکن به نظر می رسد قیاس مرحوم آقای حکیم، محل بحث را به باب طلاق و عتق، صحیح نباشد. اینکه آقایان در آن دو باب بالاتفاق قائل به صحت استعمال جمله اسمیه خبریه هستند به خاطر وجود روایاتی است که در آنها صیغه طلاق و عتق به صورت جمله خبریه ذکر شده است، بلکه حتی در آن روایات خبری از

جمله فعلیه نیست. بنابراین، نمی توان گفت که در محل کلام ما نیز بلا اشکال و بدون هیچ تردیدی، جمله خبریه کفایت می کند. در ما نحن فیه حتی یک روایت نیز که در آن صیغه عقد نکاح به صورت جمله خبریه باشد وجود ندارد. لکن ممکن است بگوییم با توجه به این که شرایطی که در باب طلاق لازم است سخت تر از باب نکاح است اگر انشاء صیغه طلاق با جمله اسمیه صحیح باشد بالاولویه انشاء صیغه نکاح با جمله اسمیه نیز صحیح خواهد بود.

«كما ان الاحوط تقديم الايجاب على القبول و ان كان الاقوى جواز العكس ايضاً»

(د) ادله جواز تقديم قبول بر ايجاب

اشاره

مرحوم سید می فرمایند احتیاط این است که ايجاب مقدم بر قبول باشد اگر چه اقوی این است که تقديم قبول بر ايجاب نیز جایز است. باید توجه داشت که این مسئله با بحثی که در فقره بعدی مطرح است (که آیا ايجاب حتماً از ناحیه زن باید باشد یا اینکه مرد نیز می تواند ايجاب را بگوید و زن قبول نماید) متفاوت می باشد، فعلاً بحث در اصل تقديم قبول بر ايجاب است، از کسی که می تواند متکفل اجراء قبول شود اما این که قابل مرد باشد یا زن ناظر به آن نیست.

(1) اطلاعات:

دلیل بر جواز تقديم قبول بر ايجاب، یکی تمسک به اطلاعات است که به نظر ما چون اطلاعات ناظر به این که چه چیزهایی در عقد صحیح است و چه اموری جایز نیست، نمی باشد، لذا نمی توان به آنها در جواز تقديم قبول بر ايجاب تمسک نمود.

(2) روایات مربوط به عقد متعه:

دلیل دیگری که ذکر نموده اند، روایات باب متعه است که در آنها زوج صیغه «أَتْرَوْجِك» را بکار برده است، گفته اند این روایات

ناظر به بحث تقدیم قبول بر ایجاب است. چون که صیغه اُتزوَجک که از باب تفعّل است به معنای قبول می باشد. پس بنابراین، در عقد متعه که تقدیم قبول بر ایجاب جایز دانسته شده است در عقد دائم نیز تقدیم قبول جایز است، زیرا تفاوتی بین عقد منقطع و دائم از این جهت نیست.

3) آیا صیغه «اُتزوَجک» مصداق قبول متقدم است یا اینکه صیغه ایجاب است؟ (کلام مرحوم حکیم و نظر استاد مد ظله)

اشاره

همانطوری که گفته شد عده ای با تمسک به روایات عقد متعه که در آنها صیغه «اُتزوَجک» مقدم شده است آن را مثال برای بحث تقدیم قبول بر ایجاب دانسته اند.

حال بحث این است که آیا حقیقتاً صیغه «اُتزوَجک» قبول متقدم است یا اینکه ایجابی است که زوج آن را انجام داده است. معمولاً از مرحوم شهید ثانی به بعد آقایان قائل شده اند که این صیغه، مثال برای تقدیم ایجاب بر قبول نیست بلکه «اُتزوَجک» مثال برای ایجاب است حتی در کلمات مرحوم شهید ثانی و مرحوم حکیم هم هست که شاید نزاع میان قائلین به جواز تقدیم قبول بر ایجاب و عدم جواز آن، نزاعی لفظی باشد⁽¹⁾ خلاصه اگر انشاء نکاح به لفظ «تزوجت» یا «نکحت» باشد عده ای با اینکه در حقیقت این الفاظ، صیغه ایجاب هستند، نام آنها را قبول متقدم گذاشته اند و لیکن حقیقت این است که این الفاظ ایجاب مقدم بر قبول است پس نزاع لفظی است.

ص: 3162

1- (1) به این بیان هر دو طرف قبول دارند اگر قبول به لفظ «قبلت» باشد تقدیم آن بر ایجاب جایز نیست و اگر به لفظ تزوجت و نکحت» باشد تقدیم آن جایز است و کسانی که می گویند تقدیم قبول جایز نیست منظورشان تقدیم «قبلت» است و کسانی که می گویند تقدیم قبول بر ایجاب جایز است منظورشان «تزوجت» و مانند آن است و الا اینها هم قبول دارند که تقدیم «قبلت» جایز نیست همچنان که گروه اول هم قبول دارند که تقدیم «تزوجت» و مانند آن جایز است پس نزاع در این مسئله نزاعی لفظی است.

کلام مرحوم صاحب مدارک رحمه الله:

مرحوم صاحب مدارک بیانی در محل کلام دارند که با توجه به بیان ایشان، نزاع تنها نزاع لفظی نخواهد بود بلکه اختلاف حکمی است. بیان ایشان این است که می فرمایند: اگر لفظ «قبول» تنها و بدون ذکر متعلق بکار برده شود بلا اشکال تقدیم آن بر ایجاب جایز نیست ولی اگر متعلق قبول ذکر شود مثلاً بگوید «قبلت التزویج المتأخر» در این صورت جواز تقدیم قبول بر ایجاب محل خلاف است هر چند به نظر صاحب مدارک جایز است. حال بحث این است که اگر صیغه «اتزوجک» بکار رفت آیا مصداق برای ایجاب است یا مانند قبلت همراه با ذکر متعلق بوده مصداق قبول مقدمی است که صحت آن محل خلاف است؟

کلام مرحوم آقای خویی رحمه الله:

مرحوم آقای خویی قائل هستند که «اتزوجک» چون از باب تفعّل است، و هیئت تفعّل به معنای قبول است لذا این صیغه مثال برای قبول متقدم است ولی قبول بودن آن از هیئت تفعّل استفاده می شود بر خلاف «قبلت» که ماده آن دلالت بر قبول دارد. پس بنابراین، طبق نظر مرحوم آقای خویی، واقع قضیه این است که صیغه «اتزوجک» مصداق قبول است. حال دیگران اسم آن را ایجاب می گذارند، آن حرف دیگری است.

کلام مرحوم آقای حکیم رحمه الله:

مرحوم حکیم بر خلاف آقای خویی رحمه الله قائل هستند که صیغه «اتزوجک» حقیقتاً ایجابی است که مرد آن را خوانده است، زیرا هر باب تفعّل معنایش قبول مصطلح مورد بحث نیست. مراد از قبول مصطلح مورد بحث ما قبولی است که در برابر ایجاب شخص دیگر واقع شود یعنی قابل رضایت خود را به اعتبار و انشائی که طرف مقابل کرده است ابراز می نماید اما «اتزوجک» که با آن علقه نکاح اعتبار و انشاء می شود ایجاب است نه قبول مصطلح.

عبارت آقای حکیم این است «... ان القبول العقدي، اعني ما يقابل الايجاب مختص بما يتعلق بالايجاب الماضي، فيكون معنى القبول المقابل للإيجاب هو الرضا بما جعل و أنشئ».

أما الرضا بما يجعل و ينشأ فلا يكون قبولاً بالمعنى المقابل للإيجاب فلو تقدّم القبول لم يكن قبولاً بذلك المعنى»⁽¹⁾

نظر استاد مد ظله

به نظر ما نیز حق با مرحوم حکیم است. توضیح این که، یک وقت انسان در موقع حیازت مباحات و اعلام رضایت باطنی خودش به مالک بودن مالی می گوید «تملکت هذا المال» در این موارد صیغه باب تفعل اگر چه دلالت بر قبول و مطاوعه می کند و لیکن این قبول، پذیرش ایجاب و انشاء غیر نیست، این طور نیست که کسی انشاء ملکیت نموده باشد و آنگاه شخص با گفتن «تملکت» آن ایجاب را قبول کند بلکه معنای تملکت در این موارد اعلام رضایت باطنی نسبت به ملکیت آن مال است. یعنی پذیرش اعتبار ملکیت آن مال را، ابراز داشته است. و اما آنچه مورد بحث ما است تقدیم «قبول» در مقابل «ایجاب» است، یعنی شخص با گفتن «قبلت» مقدّم موافقت خود را با اعتبار و انشائی که طرف مقابلش انجام داده است که همانا اعتبار زوجیت است، اعلام می دارد: دقیقاً مثل امضایی که برای تأیید مفاد یک قرارداد انجام می گیرد. نه اینکه معنای «قبلت» گفتن این باشد که من با اصل ازدواج با این زن موافق هستم. بنابراین «أتروجک» که در روایات باب متعه ذکر شده است مراد از آنها قبول مصطلح در انشاء عقد نیست بلکه مثل «تملکت» گفتن در موقع حیازت مباحات است.

«* و السلام*»

ص: 3164

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

در این جلسه، ابتدا پس از ذکر دو نکته: تعیین شارح کتاب مفاتیح فیض، و ذکر روایاتی که صیغه طلاق و عتق را با جمله اسمیه اجرا کرده اند، به پی گیری مسئله جواز تقدیم قبول بر ایجاب پرداخته، با نقد کلام مرحوم آقای خویی و با بیان این که در صحت انشاء عقد غیر از توافق طرفین نیازی به تعیین موجب و قابل نیست و هر دو طرف می توانند موجب و اصیل باشند، تقدیم را بلامانع و در خصوص «قبلت» تفصیل صاحب مدارک را اختیار می کنیم.

الف) تذکر دو نکته راجع به درس های گذشته:

1 - در مباحث گذشته، در بحث اعتبار عربیت در صیغه نکاح به مرحوم وحید بهبهانی نسبت دادیم که ایشان در شرح مفاتیح قائل به عدم اعتبار عربیت شده اند، مبنای نسبت ما، کلام مرحوم نراقی در مستند بود. ایشان گفته اند: «و اختاره [عدم اعتبار العربیه] فی المفاتیح و شرحه»⁽¹⁾ شرح مفاتیح علی وجه الاطلاق - همان طوری که مرحوم آقای شیخ آقا بزرگ نیز نوشته اند - شرح وحید بهبهانی است، با مراجعه به شرح وحید معلوم شد که این کلام از ایشان نیست چون وحید فقط عبارات مفاتیح را شرح کرده است، در بین شرحهای دیگر مفاتیح، دو شرح محتمل است که مراد مرحوم نراقی باشد الف: شرح مرحوم شبر که تمام مفاتیح را شرح کرده است. ب:

ص: 3165

شرح ملا محمد هادی کاشانی نواده برادر فیض که در زمان مرحوم فیض این شرح را می نوشته و توضیحاتی نیز از مرحوم فیض در آنجا نقل می کند و این مطلب مربوط به شرح ایشان است، می گوید: اکثر علماء قائل به اشتراط عربیت در صیغه نکاح شده اند ولی حق و اصح عدم اشتراط است.

2- مرحوم آقای حکیم پس از نقل اجماع بر جواز عتق و طلاق با جمله اسمیه (انت حر - انت طالق) و وجود اشکال در صحت آن با جمله فعلیه (اعتقتک - طلقتک) با تعجب می فرمایند؛ به چه وجهی مرحوم سید در باب نکاح بدون تأمل حکم به جواز آن با جمله اسمیه نموده و می فرماید احوط استحبابی عدم اجراء صیغه با جمله اسمیه است.

ما در جلسه گذشته گفتیم به احتمال قوی به علت وجود نصوص متعدد و معتبر هم در باب عتق و هم در باب طلاق، و وجود اجماع، علما در آن دو باب بلا اشکال صیغه طلاق و عتق را با جمله اسمیه صحیح دانسته اند اما در باب نکاح چنین نصی و اجماعی وجود ندارد، لذا مورد بحث و اشکال قرار گرفته است. اینک بعضی از این نصوص را نقل می کنیم:

محمد بن یعقوب الکلبینی باسناده عن الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام... قال: الطلاق ان يقول لها «اعتدي» او يقول لها «انت طالق» (1).

و عنه باسناده عن محمد بن مسلم انه قال: ان قال عليه السلام... الى ان قال عليه السلام: انما الطلاق ان يقول لها في قبل العده بعد ما تطهر من محيضها قبل ان يجامعها، «انت طالق» او «اعتدي» يريد بذلك الطلاق ويشهد على ذلك رجلين عدلين (2).

محمد بن علی بن الحسین قال: دخل أبو جعفر الباقر عليه السلام الخلاء فوجد لقمه خبز في القدر فاخذها وغسلها ودفعها الى مملوك معه وقال: تكون معك لاأكلها اذا خرجت فلما خرج قال

ص: 3166

1- (1) وسائل، کتاب الطلاق، ابواب مقدماته و شرائطه، باب 16، ح 4.

2- (2) وسائل، کتاب الطلاق، ابواب مقدماته و شرائطه، باب 16، ح 3.

للمملوك اين اللقمه فقال اكلتها يا بن رسول الله صلى الله عليه وآله فقال عليه السلام: انها ما استقرت في جوف احد الا وجبت له الجنة فاذهب فانت حر فاني اكره ان استخدم رجلاً من اهل الجنة(1)

ب) پی گیری بحث جواز تقدیم قبول بر ایجاب:

اشاره

مرحوم سید فرمودند: «كما ان الاحوط تقديم الايجاب على القبول و ان كان الاقوى جواز العكس أيضاً»

1) نقل کلام مرحوم آقای حکیم:

ایشان می فرمایند: مفهوم «قبول» بدون این که پیش از آن ایجابی صورت گرفته باشد بی معنا است. باید ابتدا از ناحیه طرف مقابل ایجابی صورت گرفته باشد تا مفهوم قبول عقدی معنا پیدا کند(2). بنابراین، تقدیم قبول بر ایجاب صحیح نیست. و اما جواز تقدیم «اتزوجک...» که در روایت ابان بن تغلب برای بیان کیفیت اجراء صیغه متعه آمده است، از باب تقدیم قبول نیست بلکه از باب انشاء ایجاب توسط کسی است که وظیفه او قبول بوده است و ربطی به مسئله تقدیم قبول بر ایجاب ندارد.

2) نقد مرحوم آقای خویی بر کلام مذکور:

ایشان می فرمایند صیغه «اتزوجک» از باب تفعل است و باب تفعل برای قبول ماده فعل بوده و نمی تواند برای انشاء ایجاب بکار رود پس استعمال این ماده در باب تفعل برای انشاء قبول است و روایت مذکور دلالت بر جواز تقدیم قبول می کند نه بر جواز ایجاب به لفظ مذکور.

ص: 3167

1- (1) وسائل کتاب العتق - ابواب العتق، باب 28، ح 1.

2- (2) مراد از قبول در اینجا قبولی است که هنگام پذیرش قرارداد و تمام کردن عقد اظهار می شود نه قبولی که به معنای رضایت درونی شخص بوده و نظر به ایجاب ندارد.

3) نقد استاد - مد ظله - بر کلام مرحوم آقای خوئی:

قبولی که محل بحث ما است هرگونه قبولی نیست بلکه بحث در این است که تقدیم قبول عقدی یعنی قبولی که در مقابل ایجاب است صحیح است یا خیر؟ و میزان برای صدق مفهوم چنین قبولی تنها پذیرش ماده فعل و اعلان رضایت به آن نیست بلکه به این معنی است که قابل التزام و اعتباری را که طرف مقابل کرده است، بپذیرد و امضا کند، در حالی که ماده تفعل که در «أترّجک متعه» به کار رفته است ممکن است برای پذیرش اصل نکاح باشد نه پذیرش ایجابی که از موجب صادر می گردد، لذا اگر کسی - مثلاً - کنیزی را که در دار الحرب است به قصد ملکیت حیازت کند، صحیح است که بگوید «تملکت هذه الامه»، در حالی که هیچ گونه التزامی از کسی صادر نشده است، و این عبارت به معنای پذیرش ملکیت است نه پذیرش التزام و اعتباری که از کسی صادر شده است و قبولی که در بحث تقدیم قبول بر ایجاب مورد بحث است، قبول انشاء و التزام موجب است، و در روایت ابان بن تغلب «کیف اقول لها اذا خلوت بها؟ قال: تقول: أترّجک متعه» هیچ گونه ایجابی فرض نشده است و مرد زوجیت را می پذیرد نه التزام زوجیتی را که از زن صادر شده است.

پس «أترّجک در روایت» قبول مصطلح مقدم شده، نیست.

4) عدم لزوم ایجاب و قبول در عقود:

آنچه که در عقود (که قائم به دو طرف است) لازم است، تنها توافق طرفین التزام و انشائی است که به جهت حاصل شدن امر اعتباری مورد نظر باید از جانب آن دو انجام گیرد. اما اینکه یکی از این دو التزام باید اصیل و دیگری تابع او باشد و مفهوم موجب و قابل صدق کند، دلیل متقنی برای آن وجود ندارد. لذا اگر در بیع متعاقبین جنسی را با جنسی دیگر مبادله کنند (تاخت زدن) که نمی توان یکی از آن دو را موجب و دیگری را قابل دانست، این معامله بلا اشکال عرفاً و شرعاً صحیح است در باب عقد نکاح هم اگر طرفین بدون این که ایجاب و قبول در کار باشد بر همسر

بودن توافق کنند و صیغه را به همین شکل اجرا کنند، ادله امضاء عقود شامل آن می شود. لذا اگر کسی از جانب مرد و زن هر دو ولایت یا وکالت مطلق داشت می تواند با یک صیغه، عقد را اجرا کند، ولی اگر قائل شویم که در عقد نکاح باید یکی اصیل (موجب) و دیگری تابع (قابل) باشد، طبیعتاً عقد را هر چند یک نفر اجرا کند اما باید با دو انشاء جدای از یکدیگر (ایجاب و قبول) برگزار کند. چون شیء واحد نمی تواند هم اصل باشد و هم فرع، بنابراین، نه تنها وکیل و ولی بلکه اگر مالک هم بخواهد کنیزش را به عقد ازدواج عبدش درآورد، باید ایجاب و قبول داشته باشد.

بر این اساس، در صورتی که مرد بگوید «تزوجت» و زن پس از او بگوید «تزوجت» بر خلاف مرحوم آقای حکیم که قول اولی را موجب می دانند و یا مرحوم آقای خوئی که اولی را قابل و دومی را موجب می دانند، به نظر ما هر دو موجب هستند و یا اگر اصطلاح «موجب» تنها در مقابل «قابل» بکار رود، می گوئیم هر دو اصیلند نه این که یکی اصیل و دیگری تابع و فرع آن باشد.

ج) آیا می توان «قبلت» را بر ایجاب مقدم داشت:

اشاره

آنچه تاکنون گفتیم راجع به عبارت «تزوجت» که مصداق صریح «قبول» نیست بود که اگر بر «زوّجت» یا «قبلت» مقدم شود در واقع ایجاب مقدم است نه قبول مقدم، اینک مسئله تقدیم عبارت «قبلت» را بر ایجاب بررسی می کنیم:

1) بیان کلام مرحوم صاحب مدارک:

ایشان قائل به تفصیل شده می فرماید: اگر تقدیم «قبلت» با ذکر این قید باشد که قبول او مربوط به التزامی است که طرف مقابل بعداً انجام می دهد، اشکالی ندارد، اما اگر بدون ذکر این قید بود صحیح نیست.

هرگاه کسی در مقام انشاء بدون ذکر قیدی «قبلت» بگوید، متفاهم عرفی این است که او پذیرش خود را نسبت به کاری که انجام گرفته اعلام می کند، لذا باید در این فرض قبول او پس از ایجاب طرف مقابل واقع شود. و اگر در «قبلت» قبول خود را اعتبار نکاحی که طرف مقابل می خواهد بعداً انشاء کند مبتنی کند و به این مطلب هم در کلام خود تصریح کند و یا اگر صریحاً به زبان نمی آورد، قرائن حالیه و مقامیه دلالت بر وجود آن قید بکند، باز صحت آن بعید نیست. شبیه آن که، اگر کسی بگوید من «یقین دارم زید عادل است»، که اقتضای اطلاق آن عدالت بالفعل زید بوده و استعمال این قضیه در موردی که زید قبلاً عادل بوده یا بعداً عادل می شود، صحیح نیست ولی اگر همین قضیه را با ذکر قید در این دو مورد اخیر استعمال کند و بگوید «من یقین دارم که زید سال گذشته عادل بود یا سال آینده مجتهد می شود»، اشکالی ندارد. پس به نظر می رسد که تفصیل صاحب مدارک صحیح و تقدیم «قبلت» مقیداً به این که مربوط به التزام و اعتباری است که بعداً انجام می گیرد بلا مانع است و الله العالم.

«* و السلام*»

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

در جلسه گذشته، مسئله جواز تقدیم قبول بر ایجاب را مورد بحث و بررسی قرار داده و ضمن نقل اقوال علماء، تقدیم قبول بر ایجاب را بلا مانع دانستیم. در این جلسه یکی دیگر از مسائل عروه را (ایجاب از ناحیه زوجه و قبول از جانب زوج) مورد بررسی قرار داده و آراء فقهاء را در این مسئله مورد تجزیه و تحلیل قرار خواهیم داد.

مرحوم سید رحمه الله می فرمایند: «و کذا الاحوط ان یکون الایجاب من جانب الزوجه و القبول من جانب الزوج و ان کان الاقوی جواز العکس»

آیا مرد می تواند موجب باشد؟

1 - کلام مرحوم آقای گلپایگانی رحمه الله

مرحوم سید می فرمایند: اقوی این است که مرد می تواند متکفل ایجاب در عقد نکاح گردد ولی احتیاط مستحب این است که فقط زن موجب باشد. مرحوم آقای گلپایگانی می فرمایند: اقوی این است که زن ایجاب را انجام دهد نه مرد، زیرا حقیقت نکاح به حسب عرف و شرع عبارت است از اعتبار علقه ای که مستلزم یک نحوه تسلط شوهر و قیمومیت او بر زن باشد و موجب این سلطه را برای مرد اعتبار می کند بنابراین باید این واگذاری حتماً از جانب زن صورت گیرد چون زن بر خودش مسلط است و اختیار خودش را دارد و می تواند مرد را بر خودش مسلط کند ولی مرد

ص: 3171

که اختیاردار زن نیست تا بگوید زن را تحت قیمومیت خود در آوردم، به تعبیر دیگر:

از فروع سلطنت زن بر خودش این است که بتواند قیمومیت خود را به دیگری واگذار کند و مرد اگر بخواهد چنین قیمومیتی را اعتبار کند باید بر دیگران سلطنت داشته باشد و قبل از ازدواج چنین قیمومیتی برای مرد نیست تا مصحح انشاء نکاح باشد.

2 - مناقشه استاد - مد ظله -

سلطه ای که مرد با عقد پیدا می کند با مجرد ایجاب حاصل نمی گردد بلکه برای فعلیت آن نیاز به قبول آن ایجاب هم هست. پس باید زن و شوهر بر علقه نکاح توافق کنند تا مرد بر زن قیمومیت پیدا کند، و وقتی فعلیت این امر اعتباری وابسته به توافق دو طرف شد دیگر فرقی نمی کند که زن بگوید من خود را زوجه تو یا شوهر خودم قرار دادم و مرد قبول کند یا مرد بگوید تو را زن خود، یا خود را شوهر تو قرار دادم و زن آن را بپذیرد، همه این صور برای حصول آن امر اعتباری کافی است. همانطوری که در سائر عقود نیز چنین است، وقتی کالائی در معرض فروش قرار می گیرد، هم مالک کالا می تواند بگوید این کتاب را به ده تومان فروختم و دیگری قبول کند و هم خریدار می تواند بگوید آن کتاب را به ده تومان خریدم و صاحب کتاب آن را قبول کند، و در ما نحن فیه اگر ایشان می فرمایند ایجاب توسط مرد اصلاً صحت تأهلی ندارد که صحیح نیست و اگر می فرمایند صحت فعلی ندارد می گوئیم صحت فعلی لازم نیست و اگر زن هم موجب باشد ایجاب او صحت فعلی ندارد، خلاصه از این جهت فرقی نیست که علقه نکاح را مرد انشاء کند و زن انشاء او را بپذیرد یا بالعکس.

3 - کلام مرحوم آقای حکیم:

ص: 3172

ایشان می‌فرمایند زوجیت باب نکاح در مقابل فردیت است (1) و هر یک از مرد یا زن که به تنهایی فردند با انضمام دیگری به او از مجرد درآمده زوج می‌شوند، پس وقتی می‌گوییم این مرد زوج شده است یعنی از مجرد بیرون رفته و زن به او منضم شده است و وقتی می‌گوییم این زن زوجه شده است یعنی از مجرد بیرون رفته به او منضم شده است و چون عرفاً و شرعاً برای مردان شرافتی بیش از زنان است (لِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ) و ضمیمه به حساب معمول و متعارف یک نحوه تابعیتی دارد و منضم الیه اشرف از اوست، پس انشاء زوجیت باید به گونه‌ای به کار رود که زن ضمیمه و تابع مرد باشد و لذا مناسب است که با صیغه نکاح، زوج شدن مرد یعنی ضمیمه شدن زن به او، انشاء گردد، پس اگر ایجاب نکاح با «زوّجتک نفسی» باشد باید این صیغه را زن اجرا کند و بگوید تو را زوج خود قرار دادم به این معنی که با ضمیمه کردن خودم به تو، تو را از مجرد بودن بیرون آوردم. و اگر مرد بگوید «زوّجتک نفسی» یعنی تو را زوجه کردم و خودم را به تو ضمیمه کردم، خلاف شرافت مرد و مذاق شرع است و در صورتی که ایجاب نکاح با صیغه «تزوّجتک» باشد یعنی از ناحیه تو زوج شدم، باید ایجاب را مرد بخواند تا به جهت منضم شدن زن به او، زوج شده باشد و اگر زن بگوید به جهت ضمیمه شدن تو زوجه شدم این خلاف مذاق شرع است پس مناسب است ایجاد با لفظ «تزوّجتک» را مرد اجرا کند. نتیجه آن که ایجاب با «زوّجتک نفسی» را اگر زن اجرا کند بلا اشکال صحیح است و اگر مرد اجرا کند شبهه ناک است و ایجاب با «تزوّجتک» را اگر مرد اجرا کند بلا اشکال صحیح است و اگر زن آن را اجرا کند صحت آن محل شبهه است. البته این تفصیل

ص: 3173

1- (1) معنای زوجیت باب نکاح، زوجیت عددی که با ترکیب دو عدد به گونه‌ای که قابل تنصیف باشد، نیست، بلکه مراد این است که دو نفر که هر دو به تنهایی فردند با ازدواج از مجرد و فردیت در می‌آیند. زوجیت عددی وصف مجموع است یعنی وقتی می‌گوییم عدد دو، زوج است به این معنی است که عدد یک به عدد یک ضمیمه شده و مجموع آن وصف زوجیت پیدا کرده بر خلاف زوجیت باب نکاح، وقتی مرد مجرد به زن مجرد منضم می‌شود، هر کدام متصف به عنوان زوجیت می‌شوند نه این که زوجیت وصف مجموع دو نفر باشد.

مخصوص ماده تزویج یا زَوْجَت و مشتقات آن است و اگر علقهٔ نکاح را با مادهٔ نکح مانند «انکحتک انشاء کنند چون معنای انضمام و تابعیت و متبوعیت ملحوظ نیست، هم مرد می تواند صیغه ایجاب را بخواند و هم زن و هر دو استعمال بدون تجوّز در آیات شریفه آمده است آیهٔ شریفه «لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ» (1) ناظر به ایجاب از ناحیهٔ مرد است و آیهٔ شریفه «حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ» (2) ناظر به ایجاب از ناحیهٔ زن است.

ان قلت: اگر کسی که وصف زوجیت پیدا می کند یک نحوه اصالتی دارد (چون دیگری به او ملحق شده است) باید اطلاق زوجه بر زن صحیح نباشد، در حالی که در آیات و روایات و استعمالات متشرعه فراوان بر زن اطلاق زوج شده است.

قلت: اطلاق زوجیت بر زن اطلاق تبعی است، یعنی پس از آن که مرد به خاطر ضمیمه شدن زن از مجرد بیرون رفته زوج شد، بالتبع زن نیز از مجرد بودن بیرون رفته است لذا اطلاق زوجه بر زن منافاتی با شرافت مرد ندارد.

4 - مناقشهٔ استاد - مد ظله - بر کلام مرحوم آقای حکیم

اولاً: اینکه ایشان خروج از فردیت و قرار گرفتن تحت عنوان «زوجیت» را تنها متوقف بر منضم شدن شیئی به او (به زوج) دانسته اند و بدون اقامهٔ دلیلی بر آن، آن را مطلب مسلّمی گرفته اند صحیح نیست. زیرا در «انضمام» که باعث خروج شیء از مجرد می گردد. چنین مفهومی ملاحظه نشده است که این به دیگری منضم شده یا دیگری به او یا هر دو به یکدیگر، بلکه معنای زوجیت صرف خروج از مجرد است و زوجیت عنوانی است که به نسبت مساوی به طرفین نسبت داده می شود، وقتی بین زن و مرد زوجیت حاصل می شود یعنی این دو به یکدیگر منضم شده اند و هر دو از مجرد بیرون رفته اند، و به طور مساوی به طرفین نسبت داده می شود و معنای آن این

ص: 3174

1- (1) النساء / 22.

2- (2) البقره / 230.

نیست که مرد به زن منضم شده یا بالعکس، وقتی دو آجر که فرد هستند به یکدیگر منضم می شوند می گوئیم زوج شده اند یعنی انضمامی در این میان رخ داده است اما این که آجر الف به آجر ب پیوسته یا آجر ب به آجر الف پیوسته یا هر دو به طرف یکدیگر رفته اند و به هم پیوسته اند. هیچ یک از این عنایتها در مفهوم زوج شدن، ملاحظه نشده است.

و ثانیاً: اگر در معنای زوج شدن چنین نکته ای هم نهفته باشد که دیگری به او منضم شده و لذا این از مجرد بیرون رفته است، لکن لازمه این امر آن نیست که این شخص اصیل و متبوع و شخص دیگر فرع و تابع باشد.

توضیح آن که: در استعمالات گاهی می گوئیم این شخص ضمیمه و چسبیده به فلانی است یعنی او اصل است و این فرع و تابع، لکن اگر معنای زوجیت باب نکاح «انضمام دیگری به او» هم باشد به معنای اشرف بودن این شخص و تابع بودن شخص دیگر نیست، بلکه فقط به این جهت است که از تجرد در آمده و لذا به زن نیز که جنبه متبوعیت نداشته و آن شرافت خاص را دارا نیست، بدون تجوز اطلاق زوجه صحیح است و شاهد این مطلب استعمالات فراوانی است که در قرآن و حدیث و تاریخ بدون عنایت به زنان اطلاق زوج و ازواج شده است، پس معنای «زوجتک نفسی» (تو را زوج خود قرار دادم) این نیست که تو اصل هستی و من خودم را به تو چسبانیده ام و شاهد دیگر این مطلب آن است که اگر معنای «زوج خود» این باشد که زوج اصل است و مضاف الیه (خود) فرع، نباید اطلاق «أزواجکم» در مورد زنان صحیح باشد چون لازمه آن این است که زنان اشرف بوده و شوهرانشان تابع آنها باشند. در حالی که در موارد متعدد در قرآن و سنت از همسران پیامبر با تعبیر «ازواج النبی» یاد شده است، آیا معنای ازواج النبی به این عنایت است که آنها اشرف هستند و پیامبر تابع آنها؟ روشن است که در این استعمالات نه پیامبر تابع فرض شده و نه عنایت و تجوزی در آن هست بلکه بر خلاف.

بلکه بر خلاف نظر ایشان که معنای متبوعیت را در زوج ملحوظ می دانند می توان گفت وقتی «زوج» را به کسی اضافه می کنند، به لحاظ اصالت و اعرافیت مضاف الیه آن است. هرگاه بگویند این زن فلانی است، به لحاظ اعراف بودن آن مرد است و یا اگر بگویند این مرد شوهر فلان زن است به لحاظ این است که آن زن به گونه ای اعراف و یا مهم تر از اوست (1) مثلاً اگر بنخواهند برادر علامه مجلسی را معرفی کنند طبیعتاً او را با اعرافیت علامه مجلسی معرفی کرده می گویند فلانی برادر علامه مجلسی است نه اینکه بگویند علامه برادر اوست. لذا اگر به همسران پیامبر بگویند «ازواج النبی» نه تنها در مفهوم «ازواج» (چنانکه توضیح دادیم) اشرفیتی نیست بلکه اصالت و اشرفیت در «النبی» است که مضاف الیه ازواج قرار گرفته است.

ثالثاً: لازمه فرمایش مرحوم آقای حکیم این است که اگر زن بگوید «زوجتک نفسی» یعنی تو را زوج خود قرار دادم، این عقد صحیح است ولی اگر بگوید:

«زوجت نفسی ایاک» یعنی خودش را زوج مرد قرار دهد صحیح نیست و اگر مرد بگوید «زوجت نفسی ایاک» که جعل زوجیت برای خود کند صحیح و اگر بگوید «زوجتک نفسی» تا برای زن جعل زوجیت کند اشکال داشته باشد و بعید می دانم ایشان به این امر ملتزم باشند (2) در هر حال این گونه تفکیک ها دلیلی ندارد و در مفهوم «زوجیت» تقدیمی برای مرد نسبت به زن نیست و در اجرای صیغه چه از

ص: 3176

1- (1) شخصی می خواست برای عالمی پیش کسی توصیه ای کند اما آن کس این عالم را نمی شناخت و با پدر زنش که او نیز از علما ولی مقام علمی کمتری داشت آشنا بود. لذا در توصیه نامه نوشت: فلانی که داماد فلان آقا است نزد شما می آید، سپس تصریحاً نوشت: اینکه گفتم «داماد فلان آقا» به علت این است که شما او را نمی شناسید و با پدر زنش آشنا هستید وگرنه صحیح تر این بود که بنویسم «فلان آقا پدر زن این شخص است».

2- (2) توضیح بیشتر: «تزوید» از افعال دو مفعولی است. از عبارت مرحوم آقای حکیم که می گویند اگر زن موجب باشد و بگوید «زوجتک نفسی» صحیح، و اگر مرد به همین ترتیب ایجاب کند باطل است، استفاده می شود که ایشان مفعول به اول را (زوج) و مفعول به دوم را کسی که تابع زوج است (زن) دانسته اند. لذا اگر زن بگوید «زوجت نفسی ایاک» باید به این معنا باشد که زن خود را زوج مرد قرار می دهد.

جانب زن ایجاب شود و چه از جانب مرد، همه موارد صحیح است.

رابعاً: ایشان می‌فرمایند اطلاق زوج به زن اطلاق تبعی است. دلیل این تبعیت چیست؟ چرا بالاصاله نباشد؟ وجداناً در اطلاق زوج بر مرد وزن هیچ گونه تفاوتی احساس نمی‌شود که اطلاق یکی اصلی و دیگری تبعی باشد و در اطلاق زوج به زن هیچ گونه مجازیت و عنایتی احساس نمی‌شود. و اگر برخی از مفاهیم اطلاق اصلی و تبعی داشته باشد، این امر بر زوجیتی که ایشان می‌گویند قطعاً قابل تطبیق نیست و این که ایشان می‌گویند در مفهوم زوجیت تابع بودن دیگری ملاحظه شده است، معقول نیست. زنی که تابع مرد است و به این لحاظ به مرد زوج گفته می‌شود بالتبع زن زوجه شود یعنی مرد تابع او گردد، صحت اطلاق زوج بر مرد و زن شاهد قطعی آن است که تابعیت و متبوعیتی در مفهوم زوجیت ملاحظه نشده است، به بیانی دیگر در مواردی که اطلاق مفهوم بر یک طرف ملازم با اطلاق همان مفهوم بر طرف دیگر باشد، درج مفهوم اشرفیت و تبعیت در آن مفهوم معقول نیست، چون لازمه اش این است که متبوع تابع باشد و هو واضح البطلان.

نتیجه آن که، چون نسبت مفهوم همسری به مرد و زن مساوی است و تقدّمی برای مرد در این مفهوم ملاحظه نشده است، ایجاب صیغه نکاح می‌تواند از مرد صادر شود و می‌تواند از زن صادر گردد خواه به لفظ «زوّجتک نفسی» باشد یا «زوّجت نفسی ایاک» باشد یا «تزوّجتک» و هیچ کدام از این استعمالات در عرف مستکر نیست.

«* و السلام*»

ص: 3177

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

بحث در تقدیم قبول بر ایجاب و تصدی ایجاب عقد نکاح از جانب مرد بود که با بررسی اجماع در این دو مسئله صحت هر دو را پذیرفته، و فرع دیگری از عروه را که عقد نکاح به لفظ امر باشد مطرح، و با نقل دو روایت در مسئله، بررسی آن را به جلسه بعد موکول می کنیم.

اگر در عقد نکاح قبول بر ایجاب مقدم گردد و یا ایجاب را زوج انجام دهد، آیا عقد صحیح است؟ این دو مسئله مورد بحث بود، حال به بررسی فتاوی و اقتضای قاعده اولیه در این دو فرع می پردازیم:

الف) بررسی اجماع در دو مسئله:

1) آیا تقدیم قبول بر ایجاب صحیح است؟

شهرت بسیار قوی بر جواز تقدیم داریم، شهید ثانی در مسالک جواز تقدیم را نظر «اکثر اصحابنا» تعبیر می کند. فاضل مقداد در تنقیح، و صاحب مدارک در نهایه المرام، و سبزواری در کفایه و صاحب حدائق و ریاض، نسبت به «مشهور» داده اند، که البته دلالت مشهور از اکثر الاصحاب بالاتر و بیشتر است. فیض در مفاتیح قول مخالف را «شاذ» دانسته و می نویسد: تقدّم قبول بر ایجاب مانعی ندارد «خلافاً لمن شدّ».

ابن ادریس در سرائر می گوید: «عندنا» تقدیم جایز است و تذکره «عند علمائنا» می نویسد. شیخ در مبسوط «بلا خلاف» تعبیر می کند. یعنی بلا خلاف بین المسلمین و با مراجعه به فتاوی فقهاء نیز مسلم است که شهرت بسیار قوی بر این است که تقدیم ایجاب بر قبول شرط نیست و بر عکس آن نیز جایز است.

2) آیا مرد می تواند در عقد نکاح متصدی ایجاب شود؟

تا آنجا که ما بررسی نمودیم حتی یک نفر را پیدا نکردیم که صدور ایجاب از طرف مرد و قبول از ناحیه زن را جایز بداند. تمام مثال هائی که زده اند بر خلاف آن است. بعضی همچون مرحوم نراقی در مستند تصریح فرموده اند که ایجاب باید از ناحیه زن باشد و مرد حق ایجاب ندارد. (1)

از بعضی عبارات ها نیز شبیه به تصریح استفاده می شود مثل فاضل مقداد در تنقیح، که مسئله را مسلم دانسته می گوید: اگر به خصوص برای تأخیر ایجاب اجازه داده نشده بود، می گفتیم: ایجاب باید مقدم بر قبول مرد باشد، اما این تأخیر را به جهت حیاء زن از مبادرت به ازدواج، تجویز کرده اند.

گویا ایشان این مطلب را مسلم دانسته اند که ایجاب باید از ناحیه زن باشد، لذا تنها جواز تأخیر آن را به خاطر وجود دلیل مطرح کرده اند. از بعضی تعبیرات فقهای دیگر نیز شبیه همین مطلب استفاده می شود.

(ب) نظر استاد - مد ظله -:

اشاره

این فتاوی معنایی را که ما در صدد آن هستیم اثبات نمی کند، زیرا با مراجعه و تأمل در اقوال آنان چنین به دست می آید که آنها معیار برای ایجاب و قبول را فعل زن و عمل مرد در انشاء عقد دانسته اند، نه استعمال لفظی خاص، یعنی هر چه زن

ص: 3179

1- (1) یجب ان یكون الايجاب من جانب الزوجه و القبول من جانب الزوج مستند الشیعه، ج 16، ص 98.

بگوید ایجاب است و لو «قبلت» باشد و هر آنچه مرد بگوید قبول است و لو «أنكحت» و متقدم باشد.

مثلاً علامه در مختلف چنین می نویسد: و يجوز تقديم القبول بصيغته الماضي فيقول الرجل: تمتعت بك مدة كذا وكذا و تقول المرأة: قبلت...
ایشان «تمتعت بك...» که قول مرد است را قبول، و «قبلت» زن را ایجاب دانسته اند.

مسالك می نویسد: إنما الكلام فيما وقع بلفظ تزوجت أو نكحت... بعد می فرماید: این یک اصطلاح است که به این الفاظ از ناحیه مرد قبول می گویند. یعنی به قول مرد - چه متقدم و چه متأخر - با هر لفظی باشد قبول گویند.

نهایه المرام نیز شبیه همین را می گوید که: تزوجت و نكحت و أتزوجك همه اینها قبول متقدم است.

در این عبارات در واقع اسم ایجاب را قبول گذاشته اند. لذا بنابراین اصطلاح اصلاً ایجاب از ناحیه مرد قابل تصور نیست، تا مسئله به این صورت در کلام فقهاء معنون باشد زیرا هر چه مرد بگوید قبول است، چه متقدم و چه متأخر.

در منشأ این اصطلاح که بین قدماء مطرح بوده ممکن است چنین گفته شود که چون زن صاحب متاع (بایع) و مرد خریدار است و به حسب متعارف ایجاب از بایع و قبول از مشتری است، روی این جهت این مطلب یک نحو اصطلاح شده، در احادیث نیز آمده که: إنما يشتريها بأغلى الثمن

البته چون بحث هایی که متأخرین در این زمینه دارند مطابق این اصطلاح نیست و در مباحث باید واقع قضیه را مد نظر قرار داد لذا صورت مسئله را باید چنین مطرح کرد که اگر مرد بخواهد کار را انجام دهد یعنی انشاء ازدواج نماید و زن فقط قبول کند چه حکمی دارد؟ بر همین اساس به بررسی نظرات در این زمینه می پردازیم:

1) نظر مرحوم آقای حکیم رحمه الله:

ایشان می فرمایند: هر کس می تواند متصدی ایجاب شود و میزان این نیست که از ناحیه مرد یا زن باشد، بلکه باید دید چه کسی زوج قرار داده می شود، زیرا زوجیت مقابل فردیت است و با تزویج، یکی به دیگری منضم شده، و آنکه اصل است و انضمام بر او واقع می شود زوج محسوب می گردد (کلمه زوج در اینجا اعم از زوج و زوجه است) و این انضمام برای هر دو ممکن است و لکن چون مرد به متبوعیت اولی است، شرافت او اقتضاء می کند که زن به مرد منضم گردد. بنابراین اگر برای مرد اثبات زوجیت شود عقد صحیح است. چه خود، اثبات زوجیت برای خود کند و چه زن این کار را انجام دهد و فرقی ندارد متقدم یا متأخر باشد، مرد به زن بگوید زوجهت نفسی ایاک، یا زن به مرد بگوید زوجهتک نفسی، فرقی ندارد.

اما اگر اثبات زوجیت برای زن باشد یا زن خود را زوج قرار دهد حتی اگر ایجاب متقدم باشد این صحیح نیست.

2) نظر مرحوم آقای گلپایگانی رحمه الله:

ایشان می فرمایند: مرد حق ایجاب ندارد و تفصیلی هم در مسئله نیست، تقدیم و تأخیر نیز فرقی ندارد و ایجاب مخصوص زن است، چون او می خواهد سلطه ای را که بر نفس خود قبل از نکاح دارد با انشاء زوجیت و عقد به زوج خود واگذارد.

3) نظر استاد - مد ظله :-

همانطور که در جلسه گذشته عرض کردیم بین الفاظ تفاوتی، نیست زوجهت و آنکحت و نکحت فرقی ندارد. مرد بگوید: من تو را زن خود قرار دادم، یا خودم را شوهر تو قرار دادم، یا زن بگوید: تو را شوهر خود قرار دادم یا خود را زن تو قرار دادم عرفاً هیچ تفاوتی در این جهات نیست و تفصیل مذکور دلیل قابل ملاحظه ای ندارد.

از آنجا که قوام عقد به طرفین است، دو نفر لازم دارد و ملاک تشخیص موجب از قابل این است: آن کس که متصدی اصل کار است و نکاح را اعتبار می کند موجب و دیگری که اعتبار او را می پذیرد قابل است، و زوج و زوجه هر دو می توانند موجب یا قابل باشند.

ج) اتیان عقد نکاح به لفظ امر:

اشاره

متن عروه: و الاقوی کفایه الاتیان بلفظ الامر کأن یقول «زوّجنی فلان» فقال «زوّجتکها» و ان کان الاحوط خلافه.

1) توضیح مسئله با بیان یک مثال رایج:

بحث در این است که آیا می شود به امر اکتفا کرد و آثار عقد را مترتب نمود. با اینکه به حسب ظاهر قبولی در کار نیست؟

مرحوم سید مراد از امر را توضیح نداده فقط مثال می زند. مثال متعارفی که علماء برای این مسئله بیان می کنند این است که شخصی به ولی زن به قصد انشاء می گوید: «زوّجنی بنتک» او هم می گوید «زوّجتکها»، یا به خود زن می گوید: «زوّجنی نفسک» او هم می گوید: «زوّجتک نفسی» بدون این که «قبلت» دنبال آن بیاید.

اما به نظر ما مثال دیگری دارد که آقایان عنوان نکرده اند و مثال رایجی است که در عقود و معاملات نیز به کار می برند، و این مثال بهتر است: مرد به قصد انشاء بگوید: تو زن من باش او هم بگوید: بسیار خوب. یا زن بگوید: تو شوهر من باش و مرد بگوید: بسیار خوب. یک امر به همان معنای «کُنْ فیکون» که نسبت به حق تعالی است، منتها «کُنْ» خداوند احتیاج به قبول کسی ندارد، اما این امر اگر بخواهد اثر داشته باشد باید آن طرف هم موافقت خودش را اظهار کند.

همانطور که در فروش مال به قصد انشاء و ایجاد می گویند: این مال، برای من باشد یا برای تو باشد، دیگری هم می گوید: بسیار خوب، و این الفاظ را بایع و مشتری به جای فروختن و قبول کردم می گویند. و این کار رایجی است که در مقام انشاء به کار می برند.

مسئله تزویج نیز همین طور است با گفتن تو زوج من باش، قصد انشاء و ایجاد می کند و این امر یک امر واقعی و در واقع امر به نتیجه است (نه سبب) که به کلمه باش وجود پیدا می کند.

(2) نظر فقهاء در مسئله:

اکثر علماء قائل به جواز هستند، اولین کسی که از امامیه صریحاً به آن فتوی داده شیخ طوسی است که می فرماید: اگر مردی به صیغه امر گفت: زوَجِنِی نَفْسِکِ و بعد زوجه ایجاب نمود کفایت می کند، و دیگر احتیاج به قبول ندارد.

ایشان قبول مرد را قبول متقدم دانسته اند.

قبل از مرحوم شیخ، در میان عامه ابو حنیفه نیز قائل به جواز شده و به روایت سهل ساعدی تمسک کرده است.

شهید ثانی می فرماید: این روایت را عامه و خاصه به طریق صحیح نقل کرده اند.

فرمایش مرحوم شهید نسبت به عامه ممکن است به این معنا باشد که طریق آنها بر مبنای خودشان درست است و روایت بر همین اساس صحیح عند العامه می باشد ولی آنچه در طرق ما می باشد بر خلاف نظر ایشان مرسل است و صاحب مدارک نیز (که نوّه شهید ثانی است و در حیات او به دنیا آمده با او متقارب العصر است) می گوید: چنین روایتی به طریق صحیح نداریم، بلکه به همین مضمون یک روایت صحیح داریم که آن صحیح محمد بن مسلم است.

(3) بررسی روایات مسئله:

اول: روایت سهل ساعدی: **إِنَّ امْرَأَةَ أُمِّ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ، فَقَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَهَبْ لِي نَفْسِي لَكَ وَقَامَتْ قِيَاماً طَوِيلًا، فَقَامَ رَجُلٌ وَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ زَوِّجْنِيهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكَ فِيهَا حَاجَةٌ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: هَلْ عِنْدَكَ مِنْ شَيْءٍ تَصَدَّقُهَا إِيَّاهُ؟ فَقَالَ: مَا عِنْدِي إِلَّا أَزَارِي.** فقال

ص: 3183

رسول الله صلى الله عليه وآله: إن أعطيتها ازارك جلست و لا ازار لك، اجلس التمس و لو خاتماً من حديد، فلم يجد شيئاً. فقال رسول الله صلى الله عليه وآله و هل معك من القرآن شيء؟ قال: نعم، سورة كذا و سورة كذا، السور سمّاها، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: زوّجتك (زوّجتكها) بما معك من القرآن. (1)

در طرق، اصل روایت را ابن ابی جمهور احسائی در کتاب عوالی اللالی آورده و جز او کسی نقل نکرده است، مستدرک نیز از او نقل می کند، روایت مرسل است و از نظر ما قابل استناد نیست ولی شیخ طوسی و دیگران به آن تمسک کرده اند.

عبارت «وهبت نفسی لك» محتمل است متضمّن همان هبه ای باشد که از اختصاصات پیامبر صلی الله علیه و آله است که در قرآن نیز آمده که اگر زنی خود را به پیامبر صلی الله علیه و آله بخشید و آن حضرت قبول فرمود، زوجه او حساب می شود.

و محتمل است «وهبت نفسی لك» به این معنا باشد که من در اختیار شما هستم به هر کس شما بخواهید تزییح نمایید که در این صورت معنای آن با صحیحه محمد بن مسلم (که ابتداءً زن عرض کرد: یک شوهر برای من پیدا کنید) یکی می شود و این معنا وجه جمعی برای دو روایت خواهد بود.

دوم: صحیحه محمد بن مسلم:

محمد بن یعقوب، عن محمد بن یحیی، عن احمد بن محمد بن محمد بن علی بن الحکم عن العلاء بن رزین عن محمد بن مسلم عن ابی جعفر علیه السلام قال: جاءت امرأه الى النبی صلی الله علیه و آله فقالت:

زوّجنی، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: من لهذه؟ فقام رجل فقال: أنا يا رسول الله، زوّجنيها، فقال: ما تعطيها؟ فقال: مالي شيء، قال: لا فأعادت، فأعاد رسول الله صلى الله عليه وآله الكلام، فلم يقم احدٌ غير الرجل، ثم أعادت، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله في المرّة الثالثة: أ تحسن من القرآن شيئاً؟ قال نعم، قال:

قد زوّجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها آية. (2)

ص: 3184

1- (1) روایت سهل ساعدی در مستدرک، ج 15، ص 61، باب 2 از ابواب مهور، ح 2 از کتاب عوالی اللالی آمده است و متن آن با آنچه ذکر شد تفاوت دارد ولی مضمون هر دو یکی است و بعضی مطالب استاد مبتنی بر آن نقل است.

2- (2) وسائل، ج 21، ص 242، باب 2، از ابواب مهور - به نقل از کافی و تهذیب.

ممکن است مفهوم «زوجه‌نی» اعم از این باشد که برای خودتان یا برای دیگری، در نتیجه مفهوم آن با عبارت «وهبت نفسی لک» در روایت سهل ساعدی، یکی می‌شود.

عده‌ای به این روایت استدلال کرده‌اند قبول که یک رکن عقد است، ممکن است با لفظ امر نیز واقع شود، چون در هیچ کدام از نقل‌ها نیست که مرد بعد از قد زوجه‌تکها «قبلت» گفته باشد بلکه همان زوجه‌نیها به منزله قبول است.

گروهی چون علامه و به دنبال ایشان فخر المحققین و شهید اول در استدلال به آن مناقشه نموده‌اند. بررسی روایات را به جلسه آینده موکول می‌کنیم.

«* و السلام*»

ص: 3185

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

در جلسه گذشته این بحث را مطرح کردیم که آیا تقدیم قبول بر ایجاب صحیح است یا خیر؟ و آیا مرد می تواند در عقد نکاح متصدی ایجاب شود و همچنین آیا اتیان عقد نکاح به لفظ امر صحیح است یا نه؟

در این جلسه ابتداء، تتمه بحث روز گذشته را (کفایت انشاء نکاح به صیغه امر) دنبال کرده و مناقشات چهارگانه شهید اول را طرح و اجوبه شهید ثانی به مناقشات مطروحه را نقل و مورد بررسی قرار خواهیم داد. (1)

1 - کفایت انشاء نکاح با «زوّجتکها» در پاسخ «زوّجنی فلانه»

برای کفایت امر «زوّجنی فلانه» به ضمیمه «زوّجتکها» از قدیم به روایت سهل ساعدی استدلال شده است و با این روایت قائل شده اند که می تواند قبول نکاح صیغه امر باشد و همچنین تقدم قبول بر ایجاب در نکاح جایز است. متن روایت را در جلسه گذشته نقل کردیم. مفاد روایت این است که سهل ساعدی به پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله عرض می کند که شما این زن را به من تزویج کنید (زوّجنیها) پیامبر نیز با گفتن «زوّجتک» صیغه عقد را خوانده اند، «زوّجتک» ایجاب و «زوّجنی» که صیغه امر است قبول مقدم است و همین مضمون در روایت صحیحه محمد بن مسلم عن ابی جعفر علیه السلام نیز آمده است.

این استدلالی است که شیخ طوسی رحمه الله و تابعین ایشان کرده اند و شهید اول با

ص: 3186

1- (1) تذکر: اعتذاراً، در جزوه شماره 340 صفحه 6 از سطر اول تا سطر نهم (... به خاطر آن است) اضافی است و باید حذف گردد.

چشم پوشی از اشکال سندی روایت سهل ساعدی دو اشکال دلالی را مطرح می کنند و با فرض تمامیت هر یک از این دو اشکال، استدلال به این روایت بر جواز انشاء قبول عقد به صیغه امر ناتمام خواهد بود.

2 - مناقشات شهید اول رحمه الله به استدلال به روایت:

اشکال اول: با توجه به ولایت مطلقه پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله که از آیه شریفه «الَّتَبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ» (1) استفاده می شود، احتمال می دهیم حضرت این تزویج را از باب ولایتی که داشته اند، انجام داده اند و این جزء اختصاصات حضرت باشد که اگر آن مرد تقاضای ازدواج نیز نکرده بود باز هم حضرت می توانستند آن دو را با یکدیگر تزویج کنند، و در زمینه ثبوت چنین ولایتی نیازی به قبول نیست و اگر درخواست آن مرد هم نبود «زوّجتک» پیامبر به تنهایی برای حصول علقه نکاح کافی بود. بنابراین می توانیم از کفایت صیغه امر در مورد روایت نتیجه بگیریم که صیغه امر مطلقاً می تواند قبول مقدم باشد.

این فرمایش شهید رحمه الله را می توانیم به مورد ولایت پدر بر عقد فرزند نابالغش تنظیر کنیم، اگر دختر یا پسر نابالغی از پدرش تقاضای ازدواج کند، و پدر بر اساس ولایتی که بر فرزند دارد او را تزویج کرد، چنانچه شارع مقدس تزویج پدر را در این مورد صحیح بداند چون تقاضای کودک هیچ نقشی در صحت عقد ندارد.

نمی توانیم نتیجه بگیریم که تقاضا نقش ایجاب یا قبول را ایفا می کند. پس اگر جوان بالغی از پدر دختر تقاضا کرد «زوّجنی بنتک» بگوییم این قبول مقدم است. خلاصه اشکال آن که پیامبر اکرم چون ولایت مطلقه دارند، ممکن است کفایت امر به ضمیمه «زوّجنی» به خاطر ولایت پیامبر باشد و جنبه اختصاصی داشته باشد و حد اکثر به اولیاء دیگر که ولایتشان ثابت است بتوانیم تعمیم بدهیم، اما تعمیم آن به

ص: 3187

اشکال دوم: امام علیه السلام که این قضیه را از پیامبر نقل می کنند اگر در مقام نقل همه خصوصیات قضیه باشند می توان استدلال کرد که قبول متأخری در کار نبوده، پس تقاضای مقدم، قبول به حساب می آید، لیکن احراز این مطلب مشکل است و از ملاحظه روایت به دست می آید که عنایت عمده حضرت به این جهت بوده که عملی مانند تعلیم قرآن نیز می تواند مهریه قرار بگیرد و لازم نیست مهریه عین خارجی باشد و چون در مقام بیان سبب حصول زوجیت نبوده اند شاید مرد بعد از «زوّجتک» پیامبر «قبلت» گفته باشد و حضرت در مقام نقل آن نبوده اند، پس روایت دلالت نمی کند که تقاضای آن مرد قبول مقدم است.

3 - مناقشات دیگری از شهید ثانی به استدلال به روایت:

شهید ثانی پس از نقل آن دو مناقشه، مناقشات دیگری را نیز اضافه می کنند:

اشکال سوم: بین ایجاب و قبول موالات معتبر است و اگر تقاضای آن مرد را قبول مقدم و «زوّجت» را ایجاب مؤخر بدانیم لازم می آید موالات از بین رفته باشد چون بین این دو، گفتگوهایی بین آن مرد و پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله راجع به مهریه شده است، اگر کسی سلام کند، دیگری بعد از پنج دقیقه بگوید «علیکم السلام» این جواب آن سلام شمرده نمی شود و این فصل طویل قرینه می شود که تقاضای مرد قبول مقدم نبوده است و برای این که این ماجرا طبق ضوابط باشد باید بگوییم بعد از ایجاب پیامبر صلی الله علیه و آله آن مرد «قبلت» گفته است. نتیجه آن که: روایت دلالت نمی کند که تقاضای مرد قبول مقدم است.

اشکال چهارم: بین ایجاب و قبول تطابق معتبر است. اگر آن مرد گفته بود یا رسول الله، «زوّجنی بتعلیم القرآن» و پیامبر صلی الله علیه و آله می فرمود «زوّجتک بما معک من القرآن» تطابق حاصل بود، لکن آن مرد اصلاً متوجه نبود که تعلیم قرآن نیز می تواند مهریه قرار گیرد، از این رو گفت من چیزی جز این ازار ندارم. پس برای رعایت بین ایجاب و

قبول باید بگوییم بعد از ایجاب پیامبر صلی الله علیه و آله آن مرد «قبلت» گفته است و در قبلت متأخر ذکر خصوصیات ایجاب لازم نیست.

4 - پاسخ شهید ثانی رحمه الله به مناقشات چهارگانه:

پاسخ اشکال اول:

هر چند برای پیامبر ولایت مطلقه و یک سلسله احکام اختصاصی ثابت است.

لیکن این دلیل نمی شود که ما این قضیه را از اختصاصات پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله بدانیم. زیرا آیه شریفه برای حضرت اثبات ولایت بر اشخاص کرده است نه ولایت بر اسباب، توضیح آن که: اجماعی است که عقد نکاح ایجاب و قبول می خواهد، وقتی برای پدر - مثلاً - اثبات ولایت می شود یعنی لازم نیست خود زوج و زوجه صیغه عقد را بخوانند بلکه پدر نیز می تواند ولایتاً این ایجاب و قبول را جاری کند، پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نیز ولایت دارند، غایه الامر ولایت ایشان مطلق است و مخصوص مورد خاصی نیست و آیه شریفه هم اصل ولایت را اثبات می کند اما دلالت ندارد اگر در صیغه عقد، ایجاب و قبول معتبر باشد. پیامبر صلی الله علیه و آله به خاطر ولایتشان می توانند آن را نقض کنند بلکه آیه دلالت دارد که اختیارش به دست مولی علیه بود، پیامبر از باب ولایت می تواند انجام دهد، همانطوری که اگر مولی علیه می خواست عقد نکاح را اجرا کند می بایست ایجاب و قبول بخواند، پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نیز اگر بخواهند عقد بخوانند باید ایجاب و قبول را اجرا کنند. نتیجه آن که، چون آیه شریفه ولایت بر اسباب را اثبات نمی کند، در ماجرای پیامبر صلی الله علیه و آله، تقاضای مرد جانشین قبول شده است.

ان قلت: مسلّم است که پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله حق تشریح دارند، شاید پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله بر اساس حق تشریحشان در اجرای صیغه عقد، فقط به ایجاب اکتفا کرده باشند، پس روایت دلیل نیست که در مورد اشخاص دیگر هم تقاضای مقدم کفایت از قبول می کند.

قلت: تشریح به معنای جعل قانون کلی است که در حق همگان ثابت است و اگر

پیامبر صلی الله علیه و آله چنین قانونی را تشریح کرده باشند، دیگر از اختصاصات پیامبر نخواهد بود و دیگران نیز می توانند برای قبول به تقاضای مقدم اکتفا کنند و شهید اول نیز ناظر به بحث تشریح نیستند بلکه مسئله ولایت پیامبر صلی الله علیه و آله بر اشخاص را مطرح می کنند و می خواهند این را از اختصاصات پیامبر صلی الله علیه و آله به شمار آورند.

اما این که گفته اند شاید این قضیه جزء احکام اختصاصی پیامبر صلی الله علیه و آله باشد به دو جهت تمام نیست اولاً: احکام اختصاصی پیامبر را در اول بسیاری از کتب فقهی قدماء مطرح کرده اند و تا حدود هفتاد خصیصه ذکر کرده اند و حال آن که انشاء نکاح با تقاضا و ایجاب را از احکام اختصاصی حضرت نشمرده اند و ثانیاً: اگر ما شک کردیم که چیزی جزء احکام اختصاصی پیامبر بوده یا نه؟ طبق قاعده باید بگوییم از احکام اختصاصی نیست زیرا فعل پیامبر صلی الله علیه و آله برای ما حجت است و لکم فی رسول الله اسوه حسنه (1) و اطلاق حجت فعل پیامبر صلی الله علیه و آله دلالت بر ثبوت چنین قاعده ای می کند که احکام مشترک بین پیامبر و امت است مگر خلافش ثابت شود. نتیجه آن که، شهید ثانی می گویند: چون بالاجماع صیغه عقد ایجاب و قبول می خواهد و آیه شریفه برای پیامبر ولایت بر اسباب را اثبات نمی کند و بعداً خواهیم گفت که چون روایت تمام ماجرای عقد نکاح را نقل کرده است و مرد پس از ایجاب پیامبر صلی الله علیه و آله «قبلت» نگفته است، باید بگوییم تقاضای مرد قبول مقدم است. زیرا آن چه در قبول معتبر است این است که با لفظی رضایت مرد به نکاح ابراز شود (مگر در مورد اُخرس)، و این مطلب خلاف اجماع هم نیست، چون جماعتی بر طبق آن فتوا داده اند.

پاسخ اشکال دوم:

اولاً: مرد تقاضاکننده پس از این قضیه، همسر دار شده و در این همسری «زوجتکها» که پیامبر فرموده، حتماً دخیل بوده، ولی آیا «قبلت» صادره از زوج نیز در تحقق نکاح دخیل بوده است؟ مشکوک است و اصل این است که چیز دیگری در

ص: 3190

سببیت نکاح دخیل نباشد.

ثانیاً: در هیچ یک از طرقی که این روایت را نقل می کنند، چه طریق امامیه و چه طریق عامه، نیامده است که بعد از ایجاب پیامبر صلی الله علیه و آله مرد گفت «قبلت». و از اینجا انسان ظن پیدا می کند که غیر از آنچه نقل شده، چیزی نبوده است. ایشان می فرمایند: البته جواب اول کافی است و نیازی به جواب دوم نیست.

پاسخ اشکال سوم:

باب عقد نکاح مثل نماز نیست که بین اجرائش توالی معتبر باشد و یا مثل سلام و جواب آن که توالی در آن معتبر باشد و دلیلی بر اعتبار موالات بین ایجاب و قبول در باب نکاح نداریم. فقط آنچه معتبر است این است که قبول، قبول آن ایجاب محسوب شود، پس فاصله هایی مربوط به خود مسئله نکاح و متعلقات آن و مصالح عقد باشد مانعی ندارد. چنانچه از قضیه عقد امام جواد علیه السلام استفاده می شود. این فاصله ها مضرّ به این که ایجاب و قبول به هم مرتبط باشد نیست. بلکه از کلام علامه در تذکره استفاده می شود که «اگر فاصله به اموری که مربوط به عقد نیست بیفتد نیز مضرّ نیست بلکه معتبر وقوع ایجاب و قبول در مجلس واحد است، هر چند مجلس طولانی باشد». پس مسئله فصل و عدم توالی نیز یک امری که خرق اجماع و خلاف ضوابط مسلم باشد نیست.

پاسخ اشکال چهارم:

از تقاضای آن مرد استفاده می شود که وکالت مطلق داده بود و قدر مسلم این که مهریه تعلیم قرآن قرار گیرد یقیناً در وکالت او داخل است. زیرا تعلیم قرآن یک امری است که مئونه برای شخص ندارد. بله وکالت از قرار دادن مهریه سنگینی که خارج از توان شخص است انصراف دارد. پس توکیل او مطلق است و شامل مهریه های معمول خصوصاً مهریه ای در حدّ تعلیم قرآن می شود. از این رو اشکال عدم تطابق

ص: 3191

آنچه تا حال نقل کردیم فرمایشات شهید اول و شهید ثانی بود.

4 - مناقشه مرحوم آقای حکیم قدس سره در کلام شهید ثانی قدس سره:

مرحوم آقای حکیم در جواب شهید ثانی از اشکال اول مناقشه می کند و می فرماید: اولاً: شما دعوی اتفاق کردید که اولیاء حتماً باید دو صیغه ایجاب و قبول بکار ببرند و اکتفاء به صیغه واحده نمی توانند بکنند و پیامبر صلی الله علیه و آله اولویت بر آنفس دارد نه بر اسباب عقود و ایقاعات، چگونه اعتبار ایجاب و قبول برای اولیاء مورد اتفاق باشد و حال آن که شهید اول، کلام پیامبر - نقل شده در روایت - را قائم مقام ایجاب و قبول می داند و تعدد ایجاب و قبول را لازم نمی داند. البته این نحو مناقشه به نظر می رسد تمام نباشد زیرا مراد شهید ثانی این است که غیر از شهید اول کسی چنین مطلبی نگفته پس شهید اول خرق اجماع کرده است.

سپس مرحوم آقای حکیم مناقشه دومی مطرح می کنند و آن این که، غیر از شهید اول جماعتی در باب عبد و أمه فتوایی داده اند که از آنجا استفاده می شود که اعتبار دو لفظ در باب اولیاء اجماعی نیست و آن مسئله این است که اگر مالکی، عبد و امه ای دارد و بخواهد بین این دو مملوک خود تزویج کند، به مجرد اینکه زوجت یا انکحت را بخواند، گفته اند این عقد صحیح است و قبول دیگری لازم نیست که عبد یا امه یا مولا از طرف آنها «قبلت» بگوید و مقتضای تحقیق هم در آن مسئله همین است. پس دلیلی نداریم که به طور کلی همه جا ایجاب و قبول حتی در مورد اولیاء معتبر است و این امر اجماعی نیست. و بر طبق قاعده اولیه هر کسی که اختیار داشته باشد برای طرفین عقد صیغه نکاح را جاری کند می تواند به صیغه واحده اکتفا کند، خواه مالک زوجین باشد یا ولی یا وکیل آنها. و بهتر بود شهید روایت را به این مطلب حمل می کردند که وکیل از ناحیه دو طرف، ایجابش ما را از قبول بی نیاز می کند. چه

ص: 3192

وکیل پیامبر صلی الله علیه و آله باشند یا غیر پیامبر. و مسئله از اختصاصات پیامبر نیست، عدم احتیاج به قبول طبق قاعده است. (1)

5 - توضیح استاد مد ظلّه و تکمله ایشان بر کلام مرحوم آقای حکیم در مسئله تزویج مالک بین دو مملوک خود

مسئله کفایت ایجاب مولی از قبول در آن مسئله تزویج مالک بین دو مملوک خود، مسئله خلاقی است، صاحب جواهر و گویا محقق کرکی کافی نمی دانند ولی شهید ثانی کافی می داند. بهتر بود مرحوم آقای حکیم این مطلب را اضافه می کردند که خود شهید ثانی از کسانی است که در آن مسئله حکم به کفایت کرده است، چگونه ادعای اجماع بر اعتبار دو لفظ در همه موارد ولایت می کند؟ وجه کفایت این است که علاوه بر لفظ رضایت کسی که رضایت او معتبر است لازم است، حال اگر کسی که اجرای عقد می کند دو نفر باشند، دو لفظ معتبر است، اما اگر کسی که اجرای عقد می کند یک نفر باشد و رضایت خودش معتبر باشد، همان کسی که انشاء عقد می کند رضای به مضمون هم دارد، پس همین لفظ قائم مقام ایجاب و قبول معتبر در عقد می شود و خود شهید ثانی در باب عبد و أمه و تزویج مالک به این مطلب فتوا داده است.

6 - فرمایش صاحب عروه در مسئله تزویج مالک بین عبد و أمه خودش

مرحوم سید در عروه که این مسئله (2) را عنوان می کند و فتوای به کفایت یک لفظ می دهد و دو دلیل ذکر می کند.

دلیل اول اطلاق اخبار است و دلیل دوم اینکه قواعد هم اقتضای کفایت می کند.

زیرا اگر مرد و زن خودشان بخواهند ازدواج کنند و ولایت دیگری در کار نباشد.

ص: 3193

1- (1) مستمسک العروه 374/14.

2- (2) به مسئله 16 از فصل نکاح اماء و عبید [فصل سابق] رجوع سوء نظر مستمسک العروه 344/14.

رضایت هر یک جداگانه معتبر است، چون نه زوج اختیاردار زوجه است و نه زوجه اختیاردار زوج است پس هر یک جداگانه باید به مضمون عقد توافق کنند اما اگر کسی ولایت دارد بر زوج و زوجه یا وکالت از طرف آنها دارد و یا آنکه اجراء کننده عقد خودش اَصیل است و از طرف دیگر هم وکالت دارد، اینجا ایجاب و قبول متعدّد معتبر نیست.

لذا صاحب عروه می فرماید بعید نیست که ما از این مسئله به همه موارد ولایت و وکالت تعدّی کنیم و بگوییم آن مسئله از باب تعدّد نیست بلکه از روی قاعده است.

* البته این که آیا آن روایاتی که سید به آنها تمسک کرده است دلالت دارد یا نه؟ قابل بحث و بررسی است. به نظر ما مناقشه در استدلال به آن هست. مرحوم آقای خوئی می فرماید: واضح الدلاله است، لکن به سایر موارد ولایت و وکالت تعدّی نمی شود کرد، ولی ما دلالتش را واضح نمی دانیم و شبیه داریم. محقق کرکی و صاحب جواهر هم در دلالت آن مناقشه کرده اند. لکن آن بحث فعلاً مرتبط به بحث ما نیست. نقل کلام مرحوم آقای حکیم رحمه الله و ادامه بحث را در جلسه آینده پی می گیریم. ان شاء الله تعالی

«* و السلام*»

ص: 3194

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

در این جلسه، به بررسی این موضوع پرداخته می شود که آیا امر متقدم کفایت از قبول مقدم بر ایجاب می کند یا خیر؟ در این رابطه نظرات مرحوم آقای حکیم و آقای خویی مطرح و مورد نقد و بررسی قرار گرفته و نهایتاً نظر استاد مد ظله بیان خواهد گردید.

الف) کفایت امر متقدم از ذکر قبول بعد از ایجاب:

اشاره

بحث در این رابطه بود که آیا امر متقدم، به منزله قبول مقدم بر ایجاب است یعنی اگر چنانچه مرد بگوید «زَوْجِنِی فُلَانَه» و آنگاه از ناحیه زن تنها ایجاب خوانده شود، عقد نکاح تحقق می پذیرد و نیازی به اینکه پس از ایجاب زن، دوباره مرد «قبلت» بگوید نیست، یا این که امر متقدم کفایت در انشاء قبول از ناحیه مرد نمی کند؟ دلیل کفایت دو روایت سهل ساعدی و محمد بن مسلم بود این دو روایت را مطرح نمودیم و گفتیم که مرحوم شهید ثانی تمامی اشکالاتی را که به روایت شده بود جواب داده اند و لذا ایشان قائل هستند که امر متقدم، خود یکی از مصادیق قبول است و بنابراین احتیاجی به قبول پس از ایجاب نیست.

1) کلام مرحوم آقای حکیم رحمه الله:

مرحوم آقای حکیم نیز با اصل این مطلب که روایت سهل ساعدی و محمد بن مسلم دلالت بر کفایت امر متقدم از قبول پس از ایجاب می نماید، با مرحوم شهید

ثانی موافق هستند و روایت را از اختصاصات پیامبر صلی الله علیه و آله نمی دانند و لیکن کیفیت بیان ایشان با مرحوم شهید ثانی متفاوت است. توضیح این که: یکی از مسائلی که در بحث نکاح عبید و اماء مطرح است و مرحوم سید صاحب عروه نیز آن را در مسئله شماره 16 فصل نکاح «عبید و اماء» ذکر نموده اند این است که اگر مولایی بخواهد آمه خودش را به ازدواج عبدش درآورد همین که بگوید «انکحتک فلانه» کفایت می کند و نیازی که پس از آن از ناحیه خودش یا عبدش «قبلت» بگوید نیست بلکه علقه نکاح مانند ایقاعات با اعتبار و انشاء مولا می شود حاصل گردد. مرحوم سید در ذیل آن مسئله می فرمایند: «بل لا یبعد أن یکون الأمر كذلك فی سائر المقامات مثل الولیّ و الوکیل عن الطرفین» یعنی بعید نیست همانطوری که در مالک قائل شدیم که انشاء او به تنهایی برای حصول علقه زوجیت کفایت می کند در ولیّ و وکیل از هر دو طرف، نیز قائل بشویم که یک اعتبار برای انشاء نکاح کافی است یعنی اگر شخصی هم ولیّ زن و هم ولیّ مرد است و یا وکیل از دو طرف است به صرف اینکه بگوید «زوجتک فلانه» عقد متحقق می شود و نیازی به ایجاب و قبول متعدد نیست.

مرحوم آقای حکیم در آن بحث، با این فرمایش مرحوم صاحب عروه موافقت نموده و قائل شده اند که در ولیّ و وکیل از دو طرف یک ایجاب کافی است (1) لذا ایشان با توجه به آن مبنای خود در بحث عبید و اماء، در محل بحث ما که آیا امر متقدم کفایت از قبول می نماید یا نه؟ می فرمایند این بحث یکی از صغراهای بحث متقدم است که گفتیم وکیل از دو طرف، اگر تنها ایجاب را بخواند کافی است و نیازی به قبول نیست، ایشان می فرمایند حتی در روایت سهل ساعدی و محمد بن مسلم که در آن مرد از حضرت رسول صلی الله علیه و آله تقاضای ازدواج با آن زن را می نماید و می گوید «زوّجنیها یا رسول الله» این درخواست او به منزله توکیل است و در واقع هم مرد و هم زن، پیامبر صلی الله علیه و آله را وکیل در ازدواج نموده اند و طبق قاعده پس از خواندن ایجاب نیازی نیست که خود زوج یا پیامبر صلی الله علیه و آله که وکیل او هستند قبلت بگویند. سپس

ص: 3196

مرحوم آقای حکیم در ادامه می فرمایند: شاید مراد مرحوم سید نیز که در ما نحن فیه می فرماید اقوی کفایت اتیان بلفظ امر است نیز این باشد که با امر به ترویج، مصداق برای توکیل درست می شود و لذا طبق قاعده نیازی به ذکر قبول نیست نه اینکه مراد مرحوم سید و حتی جماعت دیگری از علماء که در این مسئله قائل به جواز و کفایت امر متقدم هستند، این باشد که امر متقدم مصداقی برای قبول است، چرا که این حرفی نامعقول است و امر به ترویج، طلب صدور انشاء از دیگری است و هیچ گاه مصداق برای انشاء قبول نمی باشد. بله این توجیه در عبارت مرحوم محقق صاحب شرایع و قواعد علامه نمی آید زیرا صریح کلام آنها این است که امر متقدم، مصداقی برای قبول متقدم است نه اینکه توکیل باشد»، (پایان کلام مرحوم آقای حکیم).

نکته ای که در همین جا مناسب است آن را تذکر دهیم این است که: مرحوم آقای حکیم همانگونه که فرمودند تمامی کلمات قوم را در این رابطه به استثنای چند مورد - حمل بر مسئله توکیل نموده اند. و لکن اگر به کلمات قوم در این مورد مراجعه شود، می بینیم نوع کسانی که قائل به کفایت یا عدم کفایت امر متقدم شده اند، با فرض این که امر متقدم مصداقی برای انشاء قبول است این بحث را مطرح نموده اند لذا نمی توان کلمات آنها را حمل بر توکیل نمود.

2) اشکالات مرحوم آقای خوبی به کلام مرحوم آقای حکیم:

مرحوم آقای خوبی دو اشکال به کلام مرحوم آقای حکیم دارند، یک اشکال کبری که ایشان اصل آن مبنای آقای حکیم را که در سایر مقامات - غیر از مورد مولا و عبد - نیز ایجاب وکیل یا ولی را برای انشاء عقد کافی می دانند نمی پذیرند و اشکال دیگر صغروی است و می فرمایند امر به ترویج، در نظر عرف توکیل محسوب نمی شود. اما راجع به کبری: ایشان در ذیل همان مسئله 16 فصل نکاح و عیید (1) و اماء: پس از این که در مورد مولا کلام مرحوم سید را می پذیرند و قائل

ص: 3197

می‌شوند که ایجاب مولا- برای انشاء نکاح کافی است و نیازی به انشاء قبول نیست، در مورد وکیل و ولی از دو طرف قائل به عدم کفایت هستند. و می‌فرمایند مسئله مولا با مسئله ولی و وکیل تفاوت دارد. در مورد مولا چون عبد و امه او هیچ اختیاری از خود ندارند و به اصطلاح لا یقدر علی شیء می‌باشند، لذا طرف عقد در آنجا منحصر در خود مولا است و به عبارت دیگر در آن موارد، تحقق عقد نکاح میان عبد و امه، ضمیمه نمودن دو التزام که یکی التزام زن باشد به التزام دیگری که مرد در قبال او می‌دهد، نیست. زیرا رضایت و عدم رضایت عبد و امه در تحقق عقد تأثیری ندارد و لذا چون طرف عقد واحد است و یک التزام واحدی نیز از جانب مولا بیشتر وجود ندارد. بنابراین انشاء مولا کافی است و دلالت روایت نیز بر کفایت واضح است (1) و لیکن بر خلاف سایر مقامات، مثلاً وکیل یا ولی از طرفین که در این موارد طرف عقد در واقع خود مولی علیها و موکلین هستند و در تحقق عقد میان آنها نیازمند دو التزام هستیم و به عبارت دیگر کار ولی یا وکیل غیر از این نیست که همان عملی که وظیفه مولی علیه یا موکل است را انجام داده و قائم مقام آنها شود، عبارت مرحوم آقای خوئی چنین است «.. فالولی انما یلتزم من قبل المولی علیه فی حین انّ السیّد انما یلتزم من قبل نفسه لا من قبل العبد او الامه» حال اگر کسی هم وکیل یا ولی از زن است و هم وکیل یا ولی از ناحیه مرد، او نیز می‌بایست همان عملی را که وظیفه خود آنها است که عبارت از این است که زن ایجاب را بخواند و مرد نیز «قبلت» بگوید، انجام دهد. پس بنابراین در مورد ولی و وکیل ایجاب تنها کفایت از قبول نمی‌کند و بعد از آن باید قبول نیز ذکر شود. و الا استعمال لفظ در اکثر از معنای واحد لازم می‌آید و باید «زوّجت زیداً هنداً» هم در ایجاب استعمال شده باشد و هم در قبول و چنین

ص: 3198

1- (1) استاد مد ظله به نظر ما دلالت روایات بر کفایت انشاء مولا چندان واضح و خالی از مناقشه نیست.

استعمالی مخالف سیره عقلا در مقام استعمال است بلکه بعید نیست که عرف آن را جزء اغلاط محسوب نماید.

و اما در رابطه با صغری: ایشان می فرمایند وقتی کسی از شخصی درخواستی می کند معنای این درخواست این است که عمل خود آن شخص را طلب می نماید نه اینکه آن را وکیل نماید که افعال مربوط به درخواست کننده را نیز انجام دهد.

می فرمایند اگر کسی بگوید «هبنی ما عندک» معنای آن این است که توفلان مالت را به من ببخش. اما اگر تحقق هبۀ او منوط به قبول یا قبض من باشد. این کلام ناظر به آن نیست که تواز جانب من هم «قبلت» بگو یا قبض نما.

یا مثلاً (این مثال را مرحوم آقای خوبی نرده اند) اگر کسی به شخصی بگوید که خانه ات را به من بفروش (بعنی دارک) معنای آن این است که عملی که تحت اختیار تو است که همانا عبارت است از فروختن خانه ات، آن را با گفتن «بعتک» انجام بده اما اینکه از جانب من هم وکیل در «اشتریت» گفتن هستی چنین دلالتی ندارد و الحاصل «ان الظاهر العرفی من الامر لیس الا طلب ما هو فعلها خاصه فلا يعتبر توكيلاً او قبولاً فیما هو فعله».

در مورد مضمون روایت سهل ساعدی هم که به طریق صحیح از محمد بن مسلم هم نقل شده است، می فرمایند: این روایت ناظر به توکیل در امر ازدواج نیست بلکه در توجیه آن یکی از دو وجه را باید بگوییم، وجه اول: یا بگوییم راوی که امام باقر علیه السلام می باشند در صدد بیان جمیع خصوصیات نبوده اند. بلکه جهت عمده ملحوظ در روایت بیان این است که اموری مثل تعلیم قرآن کریم نیز می توان به عنوان مهریه زن قرار داده شود. لذا ممکن است پس از آن که پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله صیغه ازدواج را خواندند آن مرد نیز «قبلت» گفته باشد ولی در روایت نقل نشده باشد.

وجه دوم: اینکه بگوییم این کفایت ایجاب پیامبر صلی الله علیه و آله از قبول از خصوصیات است که برای آن حضرت به مقتضای ولایتی که بر مؤمنین دارند ثابت شده است.

راجع به توجیهاتی که مرحوم آقای خوبی برای روایت کرده اند. چون این توجیهات همان حرف های مرحوم شهید اول است که شهید ثانی رحمه الله از تمامی آنها

جواب داده است و ما، در جلسات قبل جوابهای شهید ثانی را ذکر کردیم لذا در رابطه با این قسمت بحثی نمی‌کنیم و عمده قسمت اول کلام آقای خوئی را بررسی می‌کنیم.

3) نقد کلام مرحوم آقای خوئی توسط استاد مد ظلّه:

همانطوری که ملاحظه شد مرحوم آقای خوئی مطلبی را که مرحوم سید و مرحوم آقای حکیم به آن قائل هستند یعنی کفایت ایجاب از قبول در مورد ولیّ و وکیل را منکر هستند. به نظر ما نکته ای بسیار مهم و اساسی در کلام مرحوم حکیم (و آن طوری که از فتوای مرحوم سید استفاده می‌شود ایشان نیز به این نکته قائل هستند) هست که توجه به آن نکته باعث شده است. که آنها در مورد ولیّ و وکیل نیز قائل به کفایت انشاء واحد شوند. ولیّ مرحوم آقای خوئی از آن نکته بحثی نکرده اند و کأنّ آن را واضح البطلان فرض نموده اند. لذا بر اساس مبنای دیگر اشکالاتی را به کلام مرحوم آقای حکیم ایراد نموده اند. اما آن نکته اساسی عبارت از این است که آیا در تحقق عقد نکاح و یا اصولاً در هر عقدی از عقود ما نیازمند به انشاء ایجاب و انشاء قبول هستیم و به عبارت دیگر مسلم است که در تحقق عقد التزام داشتن طرفین عقد لازم است ولیّ آیا باید دو التزامی باشد که یکی از آنها اصل (ایجاب) و دیگری در طول او و ناظر به التزام اول (قبول) باشد یا این که در تحقق عقد، به چیزی جزء التزام. طرفین به مفاد عقد و قرارداد، نیازی نیست و لو اینکه آن ابراز رضایت طرفینی به صورتی که یکی اصل باشد و دیگری فرع، یکی ایجاب باشد و دیگری قبول، نباشد بلکه همین که دو طرف بگویند به مفاد این معامله راضی هستیم کفایت می‌نماید؟

اگر قائل شدیم که تحقق عقد نیازمند ایجاب و قبول عقدی است، در این صورت واضح است که اگر کسی ولیّ از طرفین عقد شد و یا این که وکیل از دو طرف بود، باید از یک طرف ایجاب کرده و از طرف دیگر قبول نماید. زیرا همانطوری که آقای خوئی رحمه الله نیز فرمودند معنای وکالت و امثال آن این است که شخصی قائم مقام

شخص دیگر در اموری که وظیفه او است بشود و در اینجا فرض این است که خود موّلی علیهما یا موکلین برای تحقق عقد می بایست دو التزام اصلی (ایجاب) و فرعی (قبول) داشته باشند. پس ولیّ یا وکیل آنها نیز باید دو لفظ بگویند و ایجاب او نفی از قبول نمی باشد.

و اما اگر در تحقق عقد مبنای دوم را پذیرفتیم و قائل شدیم که، در تحقق عقد، ایجاب و قبول لزومی ندارد بلکه صرف ابراز التزام طرفین به مفاد عقد کافی است (1) طبق این مبنا اگر شخصی ولیّ یا وکیل طرفین عقد باشد. پس از آن که بر هر یک از طرفین ولایت دارد یا از طرف هر دو طرف وکیل و اختیار دار است می تواند بگوید با اختیاری که نسبت به طرفین دارم، هند را به عقد ازدواج زید در آوردم و این صیغه را ولایتاً یا وکالتاً عن الطرفین جاری کند و دیگر نیازی به انشاء قبول نیست.

پس بنابراین، اصل بحث دائر مدار این دو مبنا است. نه آن گونه که مرحوم آقای خوئی مطرح نموده اند که چون در باب ولیّ و وکیل دو التزام از ناحیه موّلی علیهما یا موکلین وجود دارد لذا ولیّ یا وکیل نمی تواند اکتفاء به لفظ ایجاب فقط نماید. چرا که اگر صرف وجود دو التزام، دلیل بر لزوم ذکر دو لفظ ایجاب و قبول باشد پس در مواردی که دو نفر شریک در یک مال، هر دو به شخصی وکالت در فروش آن مال را می دهند، وکیل هم در مقام فروش باید دو بار «بعث» بگوید چون او وکیل از دو نفری است که هر دو التزام مستقلّی دارند. و حال آنکه بالبداهه دوباره «بعث» گفتن لازم نیست. اتفاقاً در کلام مرحوم آقای حکیم نیز به این مطلب اشاره شده است. ایشان در ذیل همان مسئله 16 فصل نکاح عبید و اماء، پس از آنکه قائل به کفایت ایجاب از قبول در مورد مالک بلکه در سایر موارد دیگر مثل ولیّ و وکیل می شوند در مقام جواب از کسانی که می گویند وکیل و ولیّ چون جانشین موکل و موّلی علیه هستند و

ص: 3201

1- (1) چنانچه این مبنا در بعضی از کلمات فقها نیز بدان اشاره شده است. بعنوان نمونه شهید ثانی در مقام ردّ دلیل کسانی که قائل به عدم جواز تقدیم قبول بر ایجاب هستند چنین استدلال می کنند که قبول چون رضایت به ایجاب است پس باید فرع آن باشد و نمی توان تقدّم بر آن ذکر شود، می فرماید دلیلی مبنی بر این که قبول در باب عقود باید فرع و ناظر به ایجاب باشد وجود ندارد.

هر یک از آنها نیز دارای سلطنت جداگانه ای می باشند پس وکیل و ولی نیز باید دو لفظ بگویند، می فرمایند «اللهم الا ان يقال: هذا اذا كان وليا او وكيلاً على الإيجاب و القبول اما اذا كان وليا او وكيلاً عن الطرفين على ايجاد مضمون العقد و هو جعل الزوجيه بينهما فيقاعه للمضمون المذكور لا ينتظر فيه قبول لانه مورد التسليط من الطرفين»⁽¹⁾

مرحوم آقای حکیم تصریح می کنند که البته اگر طرفین عقد شخصی را برای امر واحدی چون ایجاد علقه نکاح وکیل نکردند بلکه یکی این شخص را برای ایجاب نکاح و دیگری برای قبول نکاح، وکیل کرد، این شخص نمی تواند با صیغه واحد نکاح را جاری کند بلکه باید از طرف یکی انشاء ایجاب و از طرف دیگری انشاء قبول بنماید و اجرای یک صیغه وکالتاً عن الطرفين خلاف مقتضای وکالت او است.

و از همین جا، اشکال صغروی مرحوم آقای خوئی نیز معلوم می شود. این که ایشان فرمودند، امر طلب کاری است که به خصوص طرف مقابل می باشد نه این که توکیل او در انجام فعل که مربوط به امر، که قبلت گفتن است هم باشد و قیاس نمودند محل کلام را به این که شخص بگوید «هبنی ما عندک» که از آن استفاده وکالت در قبول نمی شود، حرفی ناتمام و قیاسی مع الفارق است. زیرا در امثال «هبنی ما عندک» یا «بعنی ما عندک» هبه نمودن یا فروختن فعل واجب و بایع است و کسی که این جملات را می گوید همان فعل مخصوص واهب و بایع را طلب می نماید. بخلاف محل کلام ما که بنا بر مبنای دوم در تحقق عقد که صرف ابراز رضایت طرفین را در ایجاد علقه نکاح کافی می داند، وقتی طرفین از کسی درخواست می نمایند که آنها را به ازدواج یکدیگر درآورد معنایش این است که به او اختیار داده اند و از او خواسته اند که علقه ای را که تحت سلطه هر دوی آنها است بین آن دو نفر ایجاد نماید و او نیز با گفتن یک ایجاب مثل لفظ «زوجتکها» آن علقه را ایجاد می کند و نیازی به «قبلت» گفتن نیست. نه اینکه ایجاب و اعتبار علقه وظیفه زن باشد و مرد وظیفه قبول را داشته باشد.

ص: 3202

4) نظر استاد مد ظله در مورد کفایت امر متقدم از قبول:

به نظر ما نیز در این مسئله حق با مرحوم آقای حکیم است و همان طوری که در مباحث گذشته نیز گفته ایم (1) دلیلی بر اعتبار ایجاب و قبول به عنوان دو انشاء طولی برای تحقق عقد وجود ندارد، لذا اگر هر دو امر واحدی را انشاء کردند عقد محقق می گردد. و در ما نحن فیه وقتی شخص می گوید «زوجه فلانه» یعنی من راضیم که شما برای من علقه نکاح را ایجاد کنی و این همان وکالت است. به بیان دیگر، در باب نکاح می تواند زن و مرد هر دو به یک امر مشترک (نکاح) ملتزم شوند و لازم نیست یکی شوهر بودن را انشاء کند و دیگری زن بودن را، بلکه می توانند هر دو به «همسری» که مفهومی مشترک بین هر دو است ملتزم گردند، بر این مبنا وقتی مرد به زن می گوید «زوجه نفسک» یا به شخص ثالثی می گوید «زوجه فلانه» با این بیان رضایت خود را با انشاء نکاحی که از طرف دیگری صادر می شود ابراز می کند، یعنی مخاطب را وکیل در اجراء نکاح می نماید، در نتیجه، کسی که از طرفین برای عقد نکاح وکالت دارد یا زنی که برای خودش می خواهد عقد بخواند اگر از طرف شوهر برای عقد نکاح وکالت داشته باشد می تواند با صیغه واحد نکاح را انشاء کند.

اما این که اصطلاحاً آن امر متقدم را نامش را قبول متقدم بگذاریم چنانچه مرحوم شهید ثانی این طور می فرمایند و یا اینکه مثل مرحوم آقای حکیم قائل شویم که امر متقدم مصداق قبول نیست بلکه وکالت در اجرای عقد است. به نظر چندان مهم نمی آید و بیشتر به مناقشه لفظی شبیه است. لذا هر کدام که باشد اشکال ندارد (2). «* و السلام*»

ص: 3203

1- (1) رجوع شود به جزوه شماره 339.

2- (2) در پایان بحث مرحوم آقای خویی رحمه الله دو اشکال را مطرح می کنند: الف. در این روایت موالات بین ایجاب و قبول رعایت نشده است ب. تطابق بین ایجاب و قبول رعایت نشده است. جواب این دو اشکال را در جلسه گذشته بیان کردیم.

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

در این جلسه درباره وظیفه اُخْرَس در اجراء صیغه نکاح بحث کرده، ادله ای که برای کفایت اشاره اُخْرَس ذکر شده، همچون اجماع، ضرورت، اطلاق لفظی، اطلاق مقامی را نقد می کنیم، در ادامه به بررسی روایت مسعده بن صدقه می پردازیم که در آن در مورد اُخْرَس آمده است که وظیفه وی در نماز و تشهد و «ما شبه ذلک» با وظیفه شخص عالم فصیح فرق می کند، در مورد این تعبیر خواهیم گفت که دلیلی نداریم که مراد از این تعبیر تمام مواردی است که لفظ معتبر است، چنانچه مرحوم آقای خوئی گفته اند، بلکه ظاهراً مراد مواردی است که ضرورت اقتضاء می کند که از تکلیف اولیه به لفظ رفع ید شده، در باب نماز و تشهد با توجه به عدم مشروعیت توکیل ضرورت در کار است ولی در نکاح، توکیل مشروع است و ضرورتی وجود ندارد.

در پایان با اشاره به بحثی اصولی، در مورد جواز یا عدم جواز اکتفاء به بدل طولی با امکان بدل عرضی، بررسی این بحث را به جلسه آتی موکول می نمایم.

الف) بررسی حکم نکاح اُخْرَس:

اشاره

در نکاح اُخْرَس این بحث مطرح است که انشاء نکاح به چه وسیله ای صورت می گیرد و آیا اشاره وی کافی است یا خیر؟ برای کفایت اشاره به ادله ای چند تمسک شده است.

ص: 3204

1) دلیل اول کفایت اشاره اُخرس (اجماع):

محقق کرکی می فرماید: ... فتکفی الاشارة [للاُخرس] كما تكفى فى التكبير والاذکار و سائر التصرفات القولیه، و كأنه لا خلاف فى ذلك (1)

فاضل اصفهانی نیز می گوید: اشار [الاُخرس] بما يدل على القصد للضرورة و لفحوى ما ورد فى الاطلاق و هو ممّا قطع به الاصحاب و لو وکلا او احدهما کان احوط. (2)

ولی این استدلال ناتمام است، چه، هر چند ما پس از محقق حلی کسی را نیافته ایم که فتوای مخالفی داده باشد، ولی قبل از محقق، غالب فقهای معروف مسئله را عنوان نکرده اند، بلکه برخی از تعابیر ایشان موهم عدم کفایت اشاره است، قبل از محقق، نخستین کسی که این مسئله را مطرح کرده، شیخ طوسی در مبسوط است. ولی فتوا به کفایت اشاره داده، ولی با یک تعبیری که ظاهر آن بر خلاف نظر فقهای متأخر است، وی می گوید: و یکفی فی الاُخرس ان یقبل بالاشاره و الایماء (3).

کأنّ از مفهوم کلام وی استفاده می شود که ایجاب اُخرس نمی تواند با اشاره باشد.

ان قلت: موضوع کلام شیخ اُخرس است که به معنای مرد لال می باشد. مفهوم جمله این است که خرساء نمی تواند ایجاب را با اشاره بخواند و این از باب سالبه به انتفاء موضوع است، چون به عقیده شیخ ایجاب نکاح را منحصرأً زن انجام می دهد.

بنابراین، جمله مفهوم ندارد و شبیه «ان رزقت ولداً فاختنه» می باشد.

قلت: اولاً: اُخرس جنس است و به معنای مطلق لال - چه مرد و چه زن - می باشد همچنان که ما در جای خود بارها گفته ایم که مشتقاتی همچون اُخرس به معنای جنس است، در حدیث «المسلم من سلم المسلمون من یده و لسانه» المسلم به معنای مطلق مسلمان است نه خصوص مرد مسلمان و همین طور در سایر ترکیبات مشابه.

ص: 3205

1- (1) جامع المقاصد، 76:12.

2- (2) کشف اللثام 47:7.

3- (3) مبسوط 4:193 (ینابیع 38:172).

ثانیاً: اگر اُخْرَس به معنای مرد لال هم می باشد، این سؤال پیش می آید که اگر زن لال هم به عقیده شیخ بتواند ایجاب نکاح را با اشاره انجام دهد، چرا حکم آن بیان نشده است؟

ان قلت: شاید ذکر مرد از باب مثال باشد، همانند ذکر رجل در «رجل شک بین الثلاث و الاربع».

قلت: قیاس بحث ما به بحث «رجل شک» قیاس مع الفارق است، در آن مسئله وصف شک اختصاصی به مرد ندارد و ما تنها از «رجل» الغاء خصوصیت عرفی می کنیم. ولی در ما نحن فیه ما باید هم از «اُخْرَس» الغاء خصوصیت کرده، حکم خرساء را از آن به دست آوریم و هم در «یقبل» چنین ادعایی کنیم که قبول از باب مثال است و از آن حکم ایجاب استفاده می گردد که این امر بعید است.

البته اگر شیخ جواز ایجاب را با اشاره ذکر کرده بود، چون ایجاب رکن اصیل تر عقد است و قبول کأنّ فرع و امضاء ایجاب است، از کفایت اشاره در ایجاب بالاولویه العرفیه، کفایت اشاره در قبول استفاده می شد ولی عکس این مطلب درست نیست. بنابراین، نمی توان کفایت اشاره را در ایجاب نکاح زن لال به شیخ طوسی نسبت داد.

افراد دیگری که پس از شیخ این مسئله را عنوان کرده و فتوا به کفایت داده اند عبارتند از: ابن حمزه در وسیله: الاشارة المؤذنه بالایجاب و القبول تقوم مقام اللفظ من الاخرس(1).

قطب الدین کیدری (متوفی اوائل قرن هفتم) در اصباح: الاخرس یقبل النکاح بالایماء(2).

و نیز از کلام ابن زهره (م 585) در غنیه اشاره به این مطلب استفاده می شود: و من شرط ذلك ان یكون بلفظ النکاح او التزویج - او الاستمتاع فی النکاح المؤجل عندنا - مع القدره علی الکلام(3).

ص: 3206

1- (1) وسیله: 292 (ینایع 18: 293).

2- (2) اصباح الشیعه: 410 (ینایع 18: 329).

3- (3) غنیه: 341 (ینایع 18: 273).

از مفهوم این کلام استفاده می‌گردد که برای غیر قادر بر کلام، غیر لفظ - که قهراً اشاره خواهد بود - کافی است.

از معاصران محقق، یحیی بن سعید حلی در جامع آورده: الایماء للاخرس کالناطق من غیره(1).

محقق هم در نافع و شرائع، فتوا به کفایت داده و پس از وی همه فقها چنین فتوایی را پذیرفته اند، اما فقهای قبل از محقق، غالباً مسئله را عنوان نکرده اند، همچون کلینی، صدوق، مفید، مرتضی، أبو الصلاح حلی، ابن براج، ابن ادریس، بلکه عبارات بسیاری از فقهاء موهم عدم کفایت است، چه اشتراط لفظ را در نکاح آورده اند و آن را مقید به صورت قدرت بر لفظ نکرده اند که اشعار دارد که در مورد عاجز بر لفظ هم شرطیت لفظ وجود دارد.

بنابراین، ما نمی‌توانیم اجماعی متصل به زمان معصوم علیه السلام را در مسئله به اثبات برسانیم پس نمی‌توان به اجماع در مسئله استناد کرد.

(2) دلیل دوم کفایت اشاره (نیاز)

علامه در تذکره آورده است: الاخرس ان کان له اشاره معلومه و اشار الی الايجاب و القبول، صح نکاحه، لانه معنی لا یعرف الا من قبله، فصح باشارته کبیعه و طلاقه و لعانه و ان لم یکن له اشاره معلومه، لم یصح منه کما لا یصح غیره من التصرفات القولیه(2).

این مطلب همچون بسیاری از مطالب دیگر تذکره بر گرفته از مغنی ابن قدامه است(3).

فاضل اصفهانی در کشف اللثام 47:7 و صاحب ریاض در ریاض 18:11 برای

ص: 3207

1- (1) الجامع للشرائع: 437 (ینایع 19:557).

2- (2) تذکره 2:582 (چاپ سنگی).

3- (3) مغنی ابن قدامه 7:430 (توضیح بیشتر) در مغنی عبارت بدین گونه است، لانه معنی لا یعرف الا من جهه واحده، ظاهراً عبارت صحیح: الا من جهته باشد چنانچه در شرح کبیر (حاشیه مغنی ص 373) ذکر شده است.

کفایت اشاره به ضرورت استناد جسته اند که گویا این کلام و کلام علامه به یک جا برگشت می کند و محصل آن این است که اگر در نکاح اُخرس ولیّ او بخواهد از وی نیابت کند، ما دلیلی بر مشروعیت چنین نیابتی نداریم، این امر به دیگران ارتباطی ندارد بلکه باید خود اُخرس آن را اجرا کند، بدون انشاء هم که نکاح خودبه خود حاصل نمی شود، پس لا جرم ضرورت اقتضاء می کند که اشاره کافی باشد.

البته این دلیل نیازمند مقدمه ای است که در ریاض با صراحت و در کشف اللثام با اشاره ذکر شده است، چون این سؤال پیش می آید که چه ضرورتی در کار است؟ اُخرس می تواند برای اجرا نکاح به شخص صحیح وکالت دهد و وکیل عقد را با لفظ به طور کامل انجام دهد، در پاسخ این سؤال در ریاض بر استدلال به ضرورت افزوده: «مع اصاله عدم لزوم التوکیل»، در کشف اللثام هم پس از ذکر ادله کفایه اشاره از جمله ضرورت می گیرد: «و لو وکلا او احدهما کان احوط».

کأنه مقتضای ادله ظاهری آن است که لازم نیست وکیل بگیرد، و پس از این که ما با اصل، وجوب توکیل را نفی کردیم، قهراً ضرورت اقتضاء می کند که خود اُخرس با اشاره انشاء نکاح کند.

البته در مورد کلام علامه حلی که در مورد عدم وجوب توکیل توضیحی نداده، ممکن است مستند ایشان دلیلی غیر از اصل باشد، به این بیان که، چون به عقیده مشهور بین فقهاء گذشته در تمام عقود از جمله عقد، توکیل لفظ لازم است، قهراً چه بخواهد نکاح انجام دهد و چه توکیل کند، اصل اولی آن است که با لفظ باشد، لفظ هم که برای اُخرس مقدور نیست، پس باید به اشاره اکتفاء کرد.

کسانی که به اصل تمسک کرده اند، ممکن است در باب عقود جایزه همچون عقد وکالت، لفظ را شرط ندانند، اجراء وکالت با فعل همانند معاطات را صحیح بدانند ولی بگویند دلیلی بر لزوم وکالت در کار نیست، ولی علامه ممکن است وکالت را ذاتاً با انشاء فعلی محقق ندانند، لذا در مسئله نکاح اُخرس به اشاره تنزل می شود.

در مورد این دلیل این ابهام وجود دارد که مراد از اصل در عبارت «مع اصاله عدم لزوم التوكيل» چیست؟ چون معمولاً در معاملات (به معنای اعم) اصاله الفساد حاکم است، چون اثری بر این معاملات انتظار می رود که با استصحاب عدم تحقق اثر (بنا بر مشهور که استصحاب را در شبهات حکمیة جاری می دانند) نتیجه ای مشابه فساد عقد را می گیرند، حال چه اصلی در مقابل این اصاله الفساد قرار دارد که بر آن مقدم است؟

ممکن است مراد از اصل را اصاله الاطلاق بدانیم که اصلی لفظی است، مرحوم آقای حکیم به اطلاقات نکاح برای نفی شرطیت لفظ تمسک کرده اند و گفته اند دلیلی که بر اصل اشتراط لفظ وجود دارد اجماع است که دلیلی لبی است و باید به قدر متیقن آن، که صورت قدرت بر لفظ باشد اکتفاء کرد، لذا در غیر قادر همچون اخرس مقتضای اطلاقات صحت نکاح وی با غیر لفظ مثلاً با اشاره می باشد.

البته اگر مراد از اصل در کلام صاحب ریاض چنین اصلی باشد، این اصل خود دلیل مستقلى است و نیازی به ذکر کردن «ضرورت» قبل از آن نیست، همچنین اگر ما اصل لفظی را انکار کنیم و بگوییم که عقلاء عقود را (چه قولی و چه فعلی) صحیح می دانند و حکم به بطلان برخی عقود نیاز به ردع شارع دارد و در مورد اخرس دلیلی بر ردع شارع از بنای عقلاء نداریم، پس باید اشاره اخرس کافی باشد، بنابراین مبنا هم نیازی به افزودن «ضرورت» نیست.

خلاصه ما وجهی برای کلام ریاض که نیاز به افزودن ضرورت داشته باشد نیافتیم (1).

ص: 3209

1- (1) (توضیح بیشتر) البته مبنایی برخی متأخرین در تفسیر حدیث رفع و شبه آن مطرح ساخته اند که این حدیث احکام وضعیه را هم رفع می کند، لذا با اصاله البراءت می توان شرطیت لفظ را در غیر متیقن نفی کرد، در مورد عاجز بر تکلم، صیغه غیر لفظی همچون اشاره را کافی دانست. اصاله البراءه اگر جاری شود چون در ناحیه سبب است بر استصحاب عدم تحقق اثر که در ناحیه مسبب جاری است مقدم است. ولی معلوم نیست که صاحب

4 بررسی دلیل سوم (اطلاق ادله):

از بحث گذشته دلیل عمده مسئله که تمسک به اطلاق ادله می باشد روشن گردید، ولی این دلیل هم ناتمام به نظر می آید، برای این که ما اطلاق یا عموم لفظی ادله نکاح را انکار کردیم و اطلاق مقامی را در این مسئله قابل استناد نمی بینیم، در مورد اشتراط عربیت، چون در معمول عقود هر قومی با لغت خودشان عقد را جاری می کنند و اگر در باب نکاح، حکم خاصی در کار باشد و باید تمام افراد با زبان عربی صیغه بخوانند، این امر نیاز به بیان و تذکر دارد، لذا اگر بیان نکنند اطلاق مقامی صحّت عقد نکاح با هر زبانی را می رساند، ولی چنین اطلاقی در مورد اُخْرَس در کار نیست، چون اُخْرَس فرد نادری است و معمولاً خودش متصدی چنین امری نمی شود (بلکه نوعاً غیر اُخْرَس هم عقد را به فرد دیگری واگذار می کنند)، لذا سیره عقلایی با مشرعی عامی در کار نیست که اُخْرَس خودش با اشاره برای خود زن اختیار کند، خلاصه در مسائل محل ابتلاء می توان سیره متصل به زمان معصوم را احراز کرده و از عدم وصول ردع، عدم ردع واقعی را نتیجه گرفت (لو کان لبان)، ولی در مسائل نادر همچون نکاح اُخْرَس، اثبات سیره عقلاء بر اکتفاء به اشاره در انشاء نکاح و نیز اثبات عدم ردع شارع مشکل می باشد، اکنون سیره عملی خارجی هم بر این نیست که افراد لال خودشان با اشاره نکاح کنند، بلکه مثلاً به روحانی محل مراجعه می کنند و او عقد لفظی را برای ایشان اجراء می کند.

بنابراین، نه اطلاق لفظی (چنانچه مرحوم آقای حکیم بدان تمسک کرده اند) و نه اطلاق مقامی در مسئله تمام نیست.

5 نقل و توضیح کلام مرحوم آقای خوئی:

مرحوم آقای خوئی اطلاقات و عمومات صحت بیع را ذاتاً تمام می دانند ولی در خصوص نکاح و طلاق، با توجه به روایات خاص، لفظ را معتبر می دانند، لذا در این

جا در موارد شک در اعتبار لفظ، باید به اطلاق دلیل مخصّص (ادله اعتبار لفظ) استناد کرد نه به اطلاق دلیل مطلق یا عام اولی (عمومات یا اطلاقات صحت معاملات به طور کلی)، بنابراین کفایت اشاره برای اخرس نیازمند به دلیل خاص می باشد و قواعد اقتضاء آن را ندارد.

ایشان برای ارائه دلیل خاص به روایت مسعده بن صدقه استناد جسته اند، در این روایت اشاره شده که تکلیف اخرس همچون اعجمی با تکلیف عالم فصیح در صلاه و تشهد و «ما اشبه ذلک» فرق دارد، مرحوم آقای خوئی می فرمایند که واضح است که مراد از «ما اشبه» هر چیزی است که در آن لفظ معتبر باشد، بنابراین صیغه نکاح را شامل می گردد.

برای بررسی این کلام نخست به نقل روایت مسعده و توضیحات سندی و متنی درباره آن پرداخته سپس به نقد استدلال فوق می پردازیم.

(ب) بررسی روایت مسعده بن صدقه:

(1) متن روایت:

در قرب الاسناد (عبد الله بن جعفر حمیری) روایت با این سند وارد شده است:

عن هارون بن مسلم عن مسعده بن صدقه قال سمعت جعفر بن محمد عليهما السلام و سئل عمّا يجوز و عمّا لا يجوز من النيه... و ذلک أنّک قد ترى من المحرم من العجم لا يراد منه ما يراد من العالم الفصيح و كذلك الاخرس في القراءة في الصلاه و التشهد و ما اشبه ذلک، فهذا بمنزله العجم المحرّم لا يراد منه ما يراد من العاقل المتكلم الفصيح، و لو ذهب العالم المتكلم الفصيح حتى يدع ما قد علم انه يلزمه و يعمل به و ينبغى له ان يقوم به حتى يكون ذلک منه بالنبطيه و الفارسيه فحيل بينه و بين ذلک بالادب حتى يعود الى ما قد علمه و عقله، قال: و لو ذهب من لم يكن في مثل حال الاعجمي المحرم ففعل فعال الاعجمي و الاخرس على ما قد وصفنا اذا لم يكن احد فاعلاً لشيء من الخير و لا يعرف الجاهل من العالم. (1)

ص: 3211

1- (1) قرب الاسناد وسائل 6: 7592/150، باب 67 از ابواب القراءة في الصلاه، ح 2، و قطعه ای از آن در ص 7552/136، باب 59 از ابواب قبلی، ح 2، جامع احادیث الشيعه، بحار 70: 207 / ذیل 20، 53/62:85.

2) اشاره به سند این روایت:

هارون بن مسلم در این سند بی اشکال ثقه است ولی در سند مسعده بن صدقه واقع است که توثیق صریحی ندارد، ولی این بحث در رجال مطرح است که آیا وی با مسعده بن زیاد که نجاشی وی را ترجمه کرده با عبارت «ثقه عین» توثیق کرده، یکی است یا خیر؟ از کلمات دانشمندان رجال همچون برقی مؤلف کتاب رجال و شیخ طوسی در رجال و فهرست و نجاشی در رجال استفاده می گردد که ایشان این دو نفر را یکی می دانند، مرحوم آقای بروجردی این دو را یکی دانسته، عنوان کامل وی را مسعده بن صدقه بن زیاد انگاشته اند، این کلام در رساله مستقلی که در این زمینه نوشته شده مورد بحث و بررسی قرار گرفته شده و پس از نقل و بررسی قرائن اتحاد و تعدد این دو عنوان (از راهی غیر از راه مرحوم آقای بروجردی) نتیجه گرفته شده است که قرائن اتحاد قوی تر است و بعید نیست که این دو یکی باشند. (1)

بنابراین، توثیق مسعده بن زیاد در رجال نجاشی، روایات با عنوان مسعده بن صدقه را نیز تصحیح می کند (2)

3) فقه الحدیث:

در حدائق، کلمه «المحرم» را که در سه مورد حدیث همراه عجم و اعجمی وارد شده، اسم مفعول از باب تفعیل گرفته می گوید: قال فی النهایه الاثیریه «فارسل الیّ ناقه محرّمه»، المحرّمه هی الّتی لم ترکب و لم تذللّ»، و فی الصحاح: جلد محرّم ای لم تتم دباغته، و سوط محرّم: لم یلین بعد. و ناقه محرّمه: ای لم تتم ریاضتها بعد... و منه یعلم اطلاق المحرّم فی هذا الخبر علی من لم یمكنه التکلم بالعربیه الفصیحه و الآیتان بالقراءه و الدعاء و العقود و نحوها علی الوجه العربی، لشبهه بالدابه الّتی لم تذللّ و نحوها ممّا ذکر لعدم لین لسانه و تذلیله بالنطق بالعربیه (3).

ص: 3212

1- (1) رساله احسن الفوائد فی احوال المساعد، مجله تراثنا، شماره مسلسل 53-54، ص 180-240.

2- (2) (توضیح بیشتر) البته بر طبق مبانی استاد - مد ظلّه - بر فرض تعدد دو عنوان نیز با توجه به کثرت روایات مسعده بن صدقه به ویژه در کتب مفتی بها چون کافی و فقیه، وثاقت وی ثابت می گردد.

3- (3) حدائق 169:23 و 170 (توضیح بیشتر) البته مطلب ایشان بر گرفته از توضیح بحار 63:85 در مورد حدیث

ولی به نظر می‌رسد که چنین توضیحی برای این واژه صحیح نیست، چه اگر ما محرم را به زبان نسبت می‌دادیم، صحیح بود که به اعتبار عدم آگاهی به زبان عربی بگوییم که زبان رام نشده و سواری نمی‌دهد، ولی در این حدیث این وصف به خود شخص نسبت داده شده است، در اینجا هیچ‌علاقه متعارفی که طبع عرفی آن را بپذیرد وجود ندارد که به اعتبار رام نبودن زبان، به خود شخص اطلاق محرم بودن و رام نشدن و سواری ندادن بشود.

لذا می‌توان «محرم» را اسم فاعل از باب احرام گرفت، در نتیجه روایت اشاره به این معنا دارد که تلبیه غیر قادر بر عربی، با تلبیه قادر بر عربی فرق می‌کند (1) چنانچه در روایت سکونی آمده که: تلبیه الا-خرس و تشهده و قراءته القرآن فی الصلاه تحریک لسانه و اشارته باصبغه (2).

ولی احتمال قوی تر این است که محرم همان اسم مفعول از باب تفعیل باشد، ولی تفسیر آن چیز دیگری باشد، در توضیح این موضوع می‌گوییم که در لسان العرب می‌گوید: اعرابی محرم ای فصیح لم یخالط الحضر، بنابراین به نظر می‌رسد که مراد از «المحرم من العجم»، عجم دست نخورده که با محیطهای عربی مخلوط نشده لذا توانایی تکلم به زبان عربی (یا به لهجه عربی) را ندارد. (3)

ص: 3213

-
- 1- (1) (توضیح بیشتر) بنابراین احتمال «محرم» به معنای مرید احرام می‌باشد نه محرم بالفعل.
- 2- (2) وسائل 6: 7551/136، باب 59 از ابواب القراءه فی الصلاه، ح 1، 12: 16566/381، باب 39 از ابواب الاحرام از کتاب الحج، ح 1 و شبیه آن در جعفریات: 70 و مقنعه: 445.
- 3- (3) (توضیح بیشتر) با توجه به کاربردهای مختلف واژه محرم، به نظر می‌رسد که معنای آن دست نخورده، تازه کار، ناوارد و مفاهیمی مشابه آن باشد، علاوه بر تفسیرهایی که در متن در مورد ناقه محرمه و جلد محرم و سوط محرم از نهاییه ابن اثیر و صحاح نقل شد، در قاموس از جمله در تفسیر المحرم می‌گوید: الجدید من السیاط، در لسان العرب آورده: سوط محرم: جدید لم یلین بعد بنظر می‌رسد که در برخی از اشیاء که با پرورش آنها و کار کردن آنها، نواقص آنها برطرف شده و تکمیل می‌گردند تعبیر «المحرم» به کار گرفته شده به این اعتبار که این ها هنوز از مرتبه کمالی خود ممنوع می‌باشند چه اصل تحریم به معنای منع است چنانچه در لسان العرب و مجمع البحرین اشاره کرده است.

این معنا از قرائت مُحَرَّم (اسم فاعل باب افعال) صحیح تر به نظر می آید. (1)

به هر حال، بر طبق این روایت وظیفه عجم با وظیفه عرب در قرائت نماز و تشهد مختلف دانسته شده، حال آیا مراد این است که عجم می تواند با زبان نبطی یا زبان فارسی قرائت یا تشهد را بخواند، یا مراد این است که می تواند عبارت عربی را با لهجه نبطی یا لهجه فارسی بخواند؟ عبارت حدیث ابهام دارد و مراد از آن چندان واضح نیست.

نکته ای از این حدیث ممکن است استفاده شود و آن این است که اگر به شخص فارسی بگویند که متن فارسی را بخواند، وی حق ندارد آن را به لهجه عربی یا لهجه ترکی بخواند، ولی این امر برای عرب زبان یا ترک زبان جایز است، البته این امر را به صورت احتمال ذکر می کنیم نه امری قطعی.

استدلال به این روایت به کلمه «ما اشبه ذلک» است که آقای خوبی ادعای وضوح کرده اند که مراد تمام اموری است که لفظ در آنها معتبر است لذا نکاح را در بر می گیرد.

4 بررسی استظهار مرحوم آقای خوبی از روایت مسعده:

استظهار ایشان ناتمام است، ما دلیلی نداریم که مراد از «ما اشبه» را معنایی بدانیم که ایشان ذکر کرده اند، بلکه ممکن است مراد معانی دیگر باشد:

معنای اول: مراد از «ما اشبه» مواردی باشد که لفظ خاص معتبر است و مترادف آن به زبان عربی یا زبان دیگر کفایت نکند، در نماز و تشهد، قرائت مرادفات الفاظ به عربی یا ترجمه آن صحیح نیست ولی در باب نکاح مرادفات قطعاً صحیح است.

ص: 3214

1- (1) (توضیح بیشتر) بنا بر احتمال مُحَرَّم خواندن عبارت مناسب بود که محرم عجم با محرم عالم فصیح مقایسه می شد نه با عالم فصیح (بدون لفظ محرم) بنابراین ذکر محرم تنها در مورد عجم احتمال قرائت این کلمه را از باب افعال و به معنای مرید احرام بعید می سازد.

معنای دوم (که اظهر همین معنا است): مراد از «ما اشبه» مواردی باشد که ضرورت اقتضاء می کند که ما از تکلیف اولیه به لفظ دست برداشته به اشاره تنزل کنیم، طبق این معنا هم بین باب نکاح و باب صلوات و تشهد فرق است، در نماز و تشهد آن، مباشرت معتبر است و نیابت مشروع نیست لذا ضرورت دارد که از لفظ کامل دست بکشیم و به لفظ ملحون یا با لهجه خاص یا به اشاره اکتفاء کنیم، ولی در باب نکاح چنین ضرورتی در کار نیست، چون بی اشکال شخص قادر می تواند وکیل بگیرد و در حال اختیار هم وکالت مشروع است.

در تأیید این که روایت ناظر به مطلق مواردی نیست که لفظ معتبر است می گوئیم در این روایت آمده: و کذلک «الاخرس فی القراءه فی الصلاه»، از قید «فی الصلاه» استفاده می گردد که در مطلق قرائت اخرس، نمی توان به اشاره - مثلاً - اکتفا کرد، مثلاً قرائت قرآن اخرس با اشاره صحیح نیست. اگر مراد از ما «اشبهه»، مطلق مواردی بود که لفظ معتبر باشد، این تقیید نادرست بود، حال یا مراد از صلاه خصوص صلاه واجب است که اخرس به خواندن آن تکلیف الزامی دارد لذا ضرورت در کار است، یا نمازهای مستحبی را هم شامل می شود که مکمل واجب و شبیه آن می باشد و مرتبه ضعیفی از ضرورت در مورد آنها در کار است، به هر حال تقیید «فی الصلاه» با معنای مرحوم آقای خوئی ناسازگار است.

باری از این روایت نمی توان استفاده کرد که در مورد نکاح که صیغه لفظی مباشری، بدل عرضی دارد (صیغه لفظی وکالتی) بتوان به بدل طولی صیغه لفظی یعنی اشاره بسنده کرد، بلکه ممکن است انسان با عنایت به بحثی اصولی، در صورت امکان توکیل، در جواز اجراء صیغه با اشاره اشکال کند.

5) اشاره به بحث اصولی عام:

در اینجا بحثی اصولی وجود دارد که آیا در جایی که یک شیء بدل عرضی داشته باشد می توان به بدل طولی آن مراجعه کرد یا این که بدل عرضی متعین

است؟ مثلاً، انسان به طور طبیعی مخیر است که نماز را فرادی یا به جماعت بخواند، حال در طول نماز فرادی، نماز با قرائت به شکل اشاره جعل شده است، آیا برای اخرس و سایر کسانی که نمی توانند قرائت نماز را به شکل صحیح بخوانند لازم است نماز را به جماعت بخوانند، یا نماز فرادی آنها با اشاره یا با قرائت ناقص و ملحون هم صحیح است؟ متأخرین معمولاً جماعت را لازم نمی دانند بلکه احتیاط استحبابی را در آن می دانند، ولی برخی از علماء گذشته جماعت را لازم می دانستند.

ما تقریبی در اینجا ذکر می کنیم که بر طبق آن جایز نباشد که تا بدل عرضی وجود دارد به بدل طولی مراجعه شود، لذا در مثال جماعت، حکم به لزوم جماعت برای قادر به آن بکنیم و در بحث ما نیز تنها در جایی اشاره برای نکاح اخرس کافی می باشد که شخص قادر بر توکیل نباشد.

این تقریب نظیر قیاس مساوات است که در منطق و ریاضی مطرح است:

$$7 + 103$$

$$7 + 43 + 6$$

$$4 + 106$$

در این مثال با توجه به قانون «مساوی المساوی مساوی»، چون هر دو عدد سمت چپ با عدد 10 مساوی هستند، لذا خودشان با هم مساوی خواهند بود.

حال به مثال دیگر توجه نمایید:

$$7 + 103$$

$$109$$

این استدلال بر این پایه است که مساوی عدد بزرگتر هم خود بزرگتر است، در بحث ما نیز ممکن است چنین استدلال کنیم که مساوی با مقدم خود مقدم است، این استدلال را در نماز جماعت پیاده می کنیم:

ص: 3216

- نماز جماعت، با نماز فرادای با قرائت صحیح (از جهت کافی بودن) مساوی است.

نماز فرادا با قرائت صحیح، بر نماز فرادا با قرائت غلط مقدم است.

پس باید نتیجه بگیریم:

نماز جماعت بر نماز فرادا با قرائت غلط مقدم است.

تقریب دیگری برای این گونه استدلال و بررسی آن را در جلسه آینده خواهیم آورد. ان شاء الله

«* و السلام*»

ص: 3217

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

در جلسه گذشته، برای اثبات کفایت اشاره اُخرس در اجراء صیغۀ نکاح ادله ای (همچون اجماع، ضرورت، اطلاق لفظی و مقامی) را طرح و نقد نمودیم.

در این جلسه، ضمن پی گیری بحث جلسه گذشته و طرح تکمله ای نسبت به نحوه اجرای صیغۀ عقد توسط اُخرس، در نهایت کفایت اشاره اُخرس را در عقد نکاح کافی خواهیم دانست.

الف) آیا بر فرض تمکن شخص اُخرس از توکیل، اشاره او در تحقق عقد کفایت می کند؟

اشاره

(ذکر دلیلی بر عدم جواز رجوع به بدل اضطراری و طولی در صورت وجود بدن عرضی، برای واجب):

در جلسه قبل گفته شد که برای اثبات عدم جواز استفاده از «اشاره» در اجرای صیغۀ عقد، توسط شخص اُخرس تا مادامی که تمکن از توکیل وجود دارد، می توان دلیلی که مبتنی بر یک قیاس مساوات به ضمیمه برهان خلف (قیاس استثنائی) است، بدین صورت اقامه نمود: العقد باللفظ مباشره مساو للعقد باللفظ توکیلاً و تسبیحاً (چون به طور مسلّم پذیرفته شده است که شخص قادر بر تکلم، لزومی ندارد که صیغۀ عقد را حتماً خودش بالمباشره اجرا نماید، بلکه وی می تواند برای این کار شخصی را وکیل نماید)

حال اگر قرار باشد که «العقد باللفظ بالتوکیل» نیز مساوی با هم عرض با «العقد بالإشارة» باشد. طبق قیاس مساوات «العقد بالاشارة» باید مساوی و هم عرض با «العقد باللفظ مباشره» باشد و التالی باطل و المقدم مثله

پس حاصل این شد: «العقد باللفظ مباشره مساو للعقد باللفظ توکيلاً» (و هذه المقدمه مسلّمه فقهاً) فان كان «العقد باللفظ توکيلاً مساو للعقد بالاشاره» يلزم ان يكون العقد باللفظ مباشره مساو للعقد بالاشاره» و هو باطل قطعاً فالمقدم باطل أيضاً. پس عقد با اشاره مساوی و عدل عقد مباشری لفظی نیست. بلکه در طول او است، یعنی شخص قادر نمی تواند با تمکّن از تلفظ، اشاره نماید.

به بیانی دیگر:

مقدمه اول: وقتی دو امر در عرض یکدیگر قرار گرفت یعنی از نظر مصالح در یک ردیف هستند.

مقدمه دوم: به حسب استظهار عرف تکالیف طولیه از نظر مصالح نیز در طول یکدیگرند. وقتی می گویند، اگر می توانید یک ختم قرآن کنید و اگر نمی توانید پنج فقیر را اطعام نمایید، عرفاً چنین استظهار می شود که مصلحت ختم قرآن بیشتر است، پس اگر می توانید آن مصلحت را به دست آورید نوبت به مصلحت ضعیف تر نمی رسد، در ما نحن فیه، وقتی شارع می فرماید شما می توانید خودتان با صیغۀ لفظی، انشاء نکاح کنید و می توانید با وکیل گرفتن این کار را انجام دهید، به این معنی است که مصلحت انشاء لفظی مباشری در سطح مصلحت انشاء لفظی بالتوکیل است و وقتی می فرماید در صورت عجز از انشاء لفظی، می توانی به اشاره اکتفا کنی، به حسب تفاهم عرفی چنین فهمیده می شود که مصلحت اشاره از مصلحت انشاء لفظی کمتر است. پس کسی که می تواند با وکیل گرفتن مصلحت انشاء لفظی را به دست آورد، نمی تواند به اشاره اکتفا کند. پس اخرس در صورتی می تواند به اشاره اکتفا کند که نتواند برای انشاء نکاح لفظی، وکیل بگیرد و الا توکیل مقدم است.

نکته قابل تذکر این است که این بیان به عنوان دلیلی عام و کلی برای اثبات عدم جواز انتخاب بدل طولی و اضطراری، در مواردی که تمکّن از بدل عرضی و اختیاری وجود دارد می تواند مطرح شود و اختصاصی به محل بحث ما ندارد.

ب) پاسخ های استاد مد ظله از دلیل فوق:

به نظر ما دلیل فوق تمام نیست.

جواب اول: تمسک به قیاس مساوات برای اثبات عدم جواز رجوع به بدل طولی (اشاره) با تمکّن از بدل عرضی (توکیل) بر فرض صحت، در مواردی ممکن است که اطراف قیاس همه از قبیل احکام تکلیفیّه که دائر مدار مصالح و مفاسد در متعلقاتشان هستند، باشد اما در مواردی که اطراف قیاس مساوات، احکام وضعیه می باشند - چنانچه در ما نحن فیه این چنین است - تمسک به قیاس مساوات و ضمیمه نمودن برهان خلف صحیح نیست.

توضیح مطلب این است که: همانطوری که می دانید قول مشهور بین عدلیه عبارت از این است که احکام تکلیفیّه (اوامر و نواهی) تابع مصالح و مفاسدی است که در متعلقات آنها وجود دارد. و وجوبی بودن یا مستحب بودن، تعیینی بودن یا تخییری بودن احکام، تماماً وابسته و تابع نحوه وجود مصالحی است که در متعلق حکم وجود دارد.

بر خلاف احکام غیر تکلیفی مثل احکام وضعیه که تابع ملاکات و مصالحی در نفس حکم هستند نه در متعلق. وقتی می گوئیم «من أحیا أرضاً میته فیهی له» نفس مالک بودن محیی ذو مصلحت است.

با توجه به این مقدمه، در ما نحن فیه این چنین می گوئیم: اگر دو حکمی که یکی در طول و به عنوان بدل طولی، حکم اول جعل می شود از قبیل احکام تکلیفیّه باشند در این صورت ممکن است کسی بگوید چون مقتضای تفاهم عرفی در مواردی که حکمی در طول حکم دیگری جعل می شود، یعنی وقتی گفته می شود اول وظیفه، فلان عمل است و اگر نتوانستید، عمل فلانی، جایگزین آن می شود و باید آن را انجام دهید، این است که مصلحت حکم دوم کمتر از حکم اولی است، لذا

اگر قرار باشد این حکم طولی با حکمی دیگر که در عرض و به عنوان بدل عرضی حکم اول قرار دارد از نظر مصلحت مساوی باشد، نتیجه آن این می شود که حکم طولی با حکم اولی از نظر مصلحت در یک رتبه قرار گیرند در حالی که این خلاف فرض است.

اما اگر دو حکمی که یکی در طول حکم دیگری جعل می شود، جزء احکام وضعیه باشند که مصلحت در جعل آنها است، در این صورت، مقتضای اینکه قانونی در طول قانون دیگری جعل می شود این نیست که مصلحت حکم دوم از حکم اول کمتر است، چرا که چون حکم ها وضعی هستند، مصلحت در متعلق آنها نیست بلکه در خود آنها است و لذا طولیت از نظر مصلحت در مورد آنها معنا ندارد.

این مطلب یعنی عدم نقصان در مصلحت احکام وضعیه و بطور کلی هر امر غیر تکلیفی که مربوط به مسائل ملاکات و امثال آن نیست، وقتی واضح تر می شود که موارد متعددی چه از نظر عقلی و چه موارد شرعی یا عرفی، وجود دارد که در آنها، چیزی که موضوعاً در طول یک شیء قرار دارد با او از نظر ملاک در یک مرتبه و هم عرض شده اند.

در اینجا نمونه هایی را از هر مورد ذکر می کنیم اما از نظر عقلی: قاعده ای است معروف که «ما مع المتقدم لا یلزم أن یکون متقدماً» بعنوان مثال می گویند؛ اگر حسن و حسین هر دو فرزندان علی باشند و از این نظر در یک رتبه باشند و محمد نیز برادر علی و عموی حسن و حسین و با علی در یک رتبه باشند، حسن و حسین هر چند در رتبه متأخر از علی می باشند ولی این فرزندان نسبت به محمد که هم عرض پدر آنها است، تأخر رتبی ندارند. از نظر شرعی نیز ملاحظه کنید در باب ارث اخوه و جدّ هم هر دو با هم ارث می برند و هیچ کدام تقدّمی بر دیگری ندارند و لیکن همین جدّ با فرزندان اخوه که در طول اخوه هستند و با بودن اخوه آنها ارث نمی برند، نیز در یک رتبه است و با هم ارث می برند. پس جدّ هم با اخوه هم عرض است و هم با

اولاد اخوه که در طول اخوه هستند.

و یا این که: اخوه با جدّ ادنی هم عرض هستند و با پدر جدّ که همان جدّ اعلی است نیز هم عرض و در یک رتبه اند و با هم ارث می برند، با اینکه جدّ اعلی با وجود جدّ ادنی ارث نمی برد.

و اما از نظر عرفی نیز موارد متعددی وجود دارد که آنچه در طول عدل او است هم عرض خود او قرار گرفته است مثلاً: اگر برای معافیت از نظام وظیفه می گویند یا مسئول مرکز مدیریت باید امضا نماید یا اینکه شخص اجازه اجتهاد داشته باشد که در اینجا با وجود رئیس مرکز مدیریت نوبت به امضای معاون او نمی رسد ولی اگر رئیس نبود امضای معاون شورا نیز با اجازه اجتهادی که در عرض امضای رئیس بود، هم عرض می شود و امضای معاون نیز اعتبار می یابد. سرّ همه این موارد این است که خارج از دایره امور تکلیفی و مصالح و مفاسد در متعلقات می باشند، حال در ما نحن فیه نیز می گوئیم: سببیت لفظ و سببیت اشاره برای ایجاد علقه نکاح به دلیل این که جزء احکام وضعیه است و ملاک در نفس جعل همین سببیت است، لذا مانند سایر احکام غیر تکلیفیه اشکالی ندارد که اشاره اخرس (که در طول عقد لفظی مباشری است) در عرض توکیل (که هم عرض عقد لفظی مباشری است) قرار گیرد.

و لذا خلفی که ادّعا می شد به وجود نمی آید.

به بیانی دیگر: وقتی دو موضوع طولی داشته باشیم، هر چند این دو موضوع از نظر تحقق خارجی در طول یکدیگرند ولی لازم نیست که مقدار مصلحت این دو حکم وضعی در مورد خودشان متفاوت باشد. پس برای کسی که می تواند خودش صیغه نکاح را بخواند هر چند با اشاره خواندن مصلحت ندارد لکن لازمه این مطلب این نیست که مصلحتی که در سببیت اشاره اخرس برای حصول علقه نکاح هست کمتر از مصلحت صیغه لفظی شخص مختار باشد، یعنی هر چند قادر و عاجز از نظر موضوعی در طول یکدیگرند لکن لازمه این طولیت موضوعی، این نیست که

حکمی را که برای عاجز جعل می کنند، از مصلحت کمتری برخوردار باشد.

جواب دّوم: این قیاس مساوات در احکام تکلیفیه نیز تمام نیست زیرا اینکه گفته اند «متفاهم عرفی در جایی که مولا امر به انجام عملی نماید و آنگاه در فرض عدم قدرت بر اتیان مأمور به اولی، عمل دیگری را واجب نماید (بدل طولی)، این است که مصلحت موجود در عمل دوم (بدل) کمتر از مصلحت حکم اول است، و لذا در جایی که مکلف قادر به انجام مأمور به اولی است نمی تواند خود را عاجز نماید تا اینکه مشمول امر دوم گردد و بدل طولی بر او واجب شود - نظیر این که گفته اند واجد الماء نمی تواند اختیاراً آب را بریزد تا مشمول امر به تیمم گردد -» تمامی این مطالب بر اساس تناسبات حکم و موضوع است و به طور یک قاعده کلی و عمومی نمی توان این مطلب را پذیرفت، البته در مورد اینکه چرا، شخص قادر نمی تواند خود را عاجز نموده تا مشمول خطاب امر اضطراری (بدل طولی) شود نکته ای وجود دارد که در ادامه به آن اشاره خواهیم نمود اما اصل این مطلب که همیشه مصلحت مأمور به طولی، کمتر از مصلحت موجود در امر اولی نیست، شواهد زیادی دالّ بر آن وجود دارد. و به بیان دیگر، ما دلیلی بر اینکه همیشه مأمور به طولی مصلحتش کمتر از مصلحت مأمور به اولی است، جز تناسبات حکم و موضوع نداریم و در موارد متعددی حتی خود عرف و مقتضای تفاهم عرفی نیز بر این نیست که مصلحت مأمور به طولی کمتر از مصلحت موجود در امر اولی است.

برای نمونه اشاره به روایتی در این زمینه بی مناسبت نیست؛ همانطوری که می دانید در باب حج، صریح آیه قرآن دلالت بر این می کند که اگر کسی که واجد الهدی نبود باید سه روز متوالی در حجّ روزه بگیرد و وقتی به اهل خود مراجعه نمود، هفت روز دیگر را نیز که مجموعاً 10 روز بشود باید روزه بگیرد. پس بنابراین مأمور به اولی هدی است و اگر برای او مقدور نبود صیام واجب است در روایت مورد نظر، امام صادق علیه السلام از شخصی (سفیان ثوری) معنای آیه شریفه قرآن که

می فرماید «تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ» را سؤال می کنند و از وی می پرسند که مراد از «کامله» بودن چیست؟ آن شخص در جواب می گوید مراد این است که جمع میان سه روز روزه واجب در حج و هفت روز پس از مراجعت، ده می شود. امام علیه السلام در پاسخ او می فرماید آیا بر هیچ انسان عاقلی این مطلب مخفی است که جمع بین سه و هفت، ده می شود، تا اینکه نیازمند به وحی باشیم. آنگاه خود حضرت مراد از «کامله» را این طور ذکر می نمایند که یعنی ده روز صیامی، که به عنوان بدل هدی معین شده است، مصلحتی کمتر از مصلحت اصل مبدل ندارد و این طور نیست که نسبت به آن ناقص باشد. متن روایت مذکور چنین است: «قال ابو عبد الله عليه السلام لسفيان الثوري: ما تقول في قول الله عز وجل «فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَ سَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ» اى شىء يعنى بالكامله؟ قال: سبعة و ثلاثة: قال: ويختل ذا على ذى حجى أن سبعة و ثلاثة عشرة؟ قال: فائى شىء هو اصلحك الله؟ قال: أنظر، قال: لا- يعلم لى، فأى شىء هو اصلحك الله؟ قال: الكامل كما لها كمال الأضحيه سواء أتيت بها أو أتيت بالأضحيه تمامها كمال الأضحيه»⁽¹⁾

همانطوری که ملاحظه می شود در این روایت امام علیه السلام مصلحت موجود در بدل را به اندازه مصلحت موجود در مبدل منه دانسته اند و به طور کلی به نظر می رسد که در اموری که در آنها جنبه تعظیم و احترام و خشوع وجود دارد و به عبارت دیگر در امور عبادی که بندگی و کرنش در آنها مطرح است، اگر بدون سوء اختیار شخص در موضوع حکم طولی قرار گیرد آن قاعده که مصلحت حکم طولی (بدل) کمتر از حکم اولی است، تمام نباشد. و در این امور حتی ممکن است مصلحت بدل حتی بیشتر از مصلحت مبدل باشد و تقریبی که به واسطه انجام مأمور، به طولی حاصل شود. بیشتر از تقریبی باشد که از ناحیه اتیان به مأمور به اولی حاصل می شود (خصوصاً با توجه به این که معمولاً اتیان به مأمور به بدلی همراه مشکلات و

ص: 3224

1- (1) الوسائل، کتاب الحج، ج 14، ص 181، ابواب الذبح، ب 46، ح 9.

ناملایماتی برای شخص است. مثل اینکه امر اولی دستور به ایستادن بطور کامل در برابر مولا داده است و در مواردی که مکلف عاجز از قیام به طور کامل است همان نیم خیز شدن او نیز کفایت می کند. در اینجا در نظر عرف، شخص عاجزی که با آن وضعیت خود را به زحمت می اندازد و به صورت نیم خیز انجام وظیفه می کند، مطیع تر و مقرب تر محسوب می گردد) لا اقلّ محتمل است مصلحت مأمور به بدلی و تقریبی که به واسطه آن حاصل می شود کمتر از اتیان به مأمور به اولی نباشد و به عبارت دیگر، اگر چه در سایر احکام شرعیّه قدرت دخیل در ملاک حکم نیست بلکه طبق نظر مشهور قدرت دخیل در تنجز حکم است و یا بنا بر نظر ما، قدرت علاوه بر تنجز، دخیل در صحت خطاب نیز می باشد،⁽¹⁾ و لیکن در مورد اموری که جنبه تعظیم و خضوع دارند (عبادات) متفاهم این است که «قدرت، دخیل در ملاک حکم است و از اینجا جواب این سؤال هم که چرا با این که وضو گرفتن و تیمّم نمودن، جزء امور عبادی هستند، و طبق بیان فوق می بایست مصلحت تیمّم نمودن در عرض مصلحت وضو گرفتن باشد و در نتیجه واجد الماء باید بتواند آب را بریزد و تیمّم نماید، در حالی که گفته اند چنین کاری جایز نیست، روشن می شود. زیرا فرق است میان کسی که از ابتدا عاجز است و قدرت بر اتیان مأمور به اولی ندارد و کسی که در ابتدا قدرت دارد ولی خودش را عاجز می نماید تا مشمول مأمور به قانونی شود، در مورد اول طبق بیاناتی که کردیم و گفتیم که قدرت دخیل در ملاک است.

وظیفه مکلف اتیان به مأمور به ثانوی است و مصلحت موجود در آن نیز کمتر از مأمور به اولی نیست. ولی در مورد دوم چون شرط صحت خطاب به مکلف این است که او از ظرف خطاب تا حین عمل و لو آنما قدرت داشته باشد، لذا امر اولی که همان امر به وضوء است در حق او صحیح است و ملاک دارد و اگر مکلف خود را

ص: 3225

1- (1) توضیح بیشتر این که گفته می شود قدرت دخیل در ملاک نیست یعنی عقلاء با ملاحظه تناسبات حکم و موضوع قدرت را دخیل در ملاک نمی بینند هر چند ثبوتاً ممکن است نسبت به برخی از احکام قدرت دخیل در ملاک باشد.

عاجز نماید در حقیقت امر اول و ملاک آن را بالعصیان ساقط نموده است و بر همین اساس جایز نیست که آب را بریزد و لیکن مع ذلک اگر آب را ریخت وظیفه او تیمّم نمودن است و البته مصلحت تیمّم در حق او کمتر از مصلحت امر به وضوء است.

پس بنابراین، حاصل این قسمت از جواب این شد که ما دلیلی مبنی بر اینکه همه جا مصلحت مأمور به ثانوی کمتر از مأمور به اولی است، نداریم و ممکن است مصلحت آنها مساوی باشد بلکه در باب عبادات و اموری که جنبه تعظیمی و بندگی و کرنش دارند، مصلحت مأمور به ثانوی بیشتر و اتیان به آن نیز بافضیلت تر از اتیان به مأمور به اولی است، لذا در ما نحن فیه (هر چند جنبه عبادی ندارد) نمی توان گفت اگر قرار باشد مصلحت اشاره با مصلحت توکیل یکسان باشد لازم می آید که مصلحت عقد لفظی مباشرتی نیز با اشاره یکسان شود، در حالی که عقد بالإشارة در طول و به عنوان بدل عقد مباشری لفظی است و مصلحت آن کمتر از عقد مباشری است پس نمی تواند با او در یک رتبه و هم عرض باشد.

جواب سوّم: قیاس مساوات که می گوید «المساوی لمساوی الشیء مساوی لذلک الشیء» در مواردی جریان دارد که تساوی در اطراف قیاس، تساوی عقلی و دقّی باشد. یعنی اگر «الف و ب» دقیقاً مساوی باشند و «ب» نیز با «ج» به دقت عقلی مساوی باشد در این صورت بالبداهه «الف» و «ج» نیز با یکدیگر مساوی خواهند بود. و همین طور اگر اطراف قیاس تا بی نهایت نیز ادامه یابد چون تساوی مورد نظر، تساوی دقّی و عقلی است. همه افراد با فرد اوّل نیز مساوی خواهند بود.

و لیکن اگر در قضیه، «الف» مساوی با «ب» است. مراد از تساوی، تساوی غیر عقلی و به نظر عرف باشد و هم چنین تساوی «ب» و «ج» نیز تساوی غیر دقیق و عرفی باشد در این صورت ممکن است که «ج» با «الف» مساوی نباشد (تا چه رسد به اینکه اطراف قیاس زیادتیر نیز باشد) زیرا در تساوی عرفی که برگشت آن به مسامحه ای است که عرف در تفاوت میان دو شیء قائل می شود و بر اساس آن

تسامح، آن دو را با هم مساوی می بیند، مقدار و میزان مسامحه نیز ملحوظ است یعنی این طور نیست که عرف هر مقدار و هر نوع تفاوتی را که میان دو شیء است، مسامحه نموده و آن دو را با هم مساوی ببیند. به عنوان مثال، اگر در نظر عرف مصلحت 20 درجه ای با مصلحت 19 درجه مساوی و یکسان است و سرّ آن این است که در نظر عرف یک درجه مصلحت تفاوت محسوب نمی شود. این باعث نمی شود که ما بگوییم چون در نظر عرف مصلحت 19 درجه نیز با مصلحت 18 درجه مساوی است، پس بنابراین طبق قیاس مساوات مصلحت 20 درجه نیز با مصلحت 18 درجه مساوی است، زیرا در نظر عرف مقدار قابل مسامحه و نادیده گرفتن تفاوت میان دو مصلحت تنها یک درجه است (و یا حد اکثر دو درجه) وقتی تفاوت بیشتر از یک درجه شد، عرف مسامحه ای نمی کند و قائل به مساوات نمی شود.

جواب چهارم: بر فرض این که بپذیریم اشاره اُخرس چون که مأمور به طولی و بدلی است، از نظر مصلحت پایین تر و کمتر از تلفظ نمودن و توکیل است. چون که، این دو هر دو در عرض یکدیگر و مأمور به اولی می باشند، و لکن مع ذلک نمی توان به طور قطعی قائل شد که تا شخص تمکن از توکیل دارد، نوبت به اشاره نمی رسد. و وجه آن عبارت است از مطلبی که نظیر آن را آقایان در بحث جمع بین حکم واقعی و ظاهری و شبهه ابن قبه در تعبد به ظن بیان نموده اند، در آنجا در مقام جواب از این اشکال که چرا در بسیاری از موارد، با اینکه تمکن از تحصیل علم وجود دارد و مکلف می تواند احکام و مصالح موجود در آنها را با علم، تحصیل نماید، ولی شارع مقدس، تحصیل علم را واجب ندانسته است، بلکه اخذ به «اماره» را که دلیلی است ظنی و در آن معرضیت تقویت مصلحت نیز وجود دارد، حتی در این ظرف حجت دانسته است؟ گفته اند، درست است که فی حد نفسه تحصیل احکام و استیفاء ملاکات موجود در آنها، به واسطه علم و یقین در موارد تمکن بهتر و بلکه لازم است

و تعبد به ظن در این موارد، شبهه تقویت مصلحت را به همراه دارد و لکن نکته دیگری در میان است که با توجه به آن نکته شارع مقدس تحصیل علم را حتی با فرض تمکن از آن، واجب ندانسته است و آن نکته عبارت از این است که گاهی در نفس الزام نمودن و عملی را واجب کردن مفسده ای وجود دارد که توجه به آن مفسده موجب می شود که آن عمل واجب و الزامی نباشد، اگر چه مصلحتی که در متعلق حکم در خود آن عمل است در حد لزوم و وجوب باشد. و به عبارت دیگر گاهی شارع مقدس ملاحظه می کند که نفس آزاد بودن و مرخص بودن مکلفین و تسهیل، خود دارای مصلحتی است که اگر شارع بخواهد در این موارد عمل را واجب نماید، اگر چه مصلحت موجود در متعلق، استیفا می شود ولی مصلحتی که در ترخیص و آزادی است از بین می رود؛ و چون یکی از اموری که در نظر مقننین در موقع جعل قانون ملحوظ است، مصالح و مفاسد خود آن تکلیفات است لذا در اینجا نیز شارع مقدس با توجه به مصلحتی که در نفس ترخیص وجود دارد، از مصلحت ملزومه ای که در متعلق تکلیف است و موجب الزام می شود، صرف نظر می کند و حکم ترخیصی جعل می کند، مثلاً در همان باب تعبد به ظن شارع ملاحظه نموده است، چون که اگر بخواهد تحصیل علم را لازم و واجب بداند، مفسده و فشاری بر عهده مکلفین به وجود می آید (که ما مکرراً برای تقریب این مطلب که چگونه الزام و وجوب، موجب فشار و سختی است این مثال را زده ایم که شخص وسواسی نمازهای واجبش را به سختی می خواند ولی نمازهای مستحبی را بسیار راحت انجام می دهد) لذا اخذ به اماره و ظن را حجت و جایز شمرده است. با این توضیح در ما نحن فیه نیز می گوئیم و لو ممکن است مصلحت توکیل برای شخص اخص بیشتر از مصلحتی باشد که در اشاره او است و لیکن شارع مقدس به خاطر وجود مصلحتی در نفس ترخیص و به بیان دیگر به علت وجود مفسده ای در لزوم توکیل، اشاره را نیز کافی دانسته است.

تا به اینجا معلوم شد که دلیلی بر عدم کفایت اشاره اُخرس در ظرف تمکّن او از توکیل وجود ندارد. بلکه به نظر ما دلیل بر کفایت اشاره نیز وجود دارد که در جلسه آینده به آن اشاره خواهیم نمود. ان شاء الله تعالی

«* و السلام*»

ص: 3229

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

بحث در این بود که آیا اخرسی که متمکن از وکیل گرفتن است می تواند خودش با اشاره انشاء نکاح بنماید؟

در جلسه قبل گفتیم دلیلی بر بطلان اشاره اخرس نداریم در این جلسه خواهیم گفت که از روایات باب طلاق استفاده می شود که اگر اخرس بتواند با کتابت انشاء نکاح را جاری کند، انشاء کتابتی مقدم است و الا با اشاره نکاح را انشاء می کند و نیازی به حرکت دادن زبان یا صدا در آوردن نیست. (1)

الف) دلیل عمده در کفایت اشاره اخرس در فرض تمکن از وکیل (روایات باب طلاق):

در جلسه قبل گفتیم که ما نه تنها دلیلی بر عدم کفایت اشاره اخرس نداریم بلکه می توان گفت که حتی دلیل بر کفایت اشاره اخرس در ایجاب و قبول با فرض تمکن او از توکیل نیز داریم و آن دلیل، همان مطلبی است که فقهای همچون صاحب مدارک و صاحب کشف اللثام و دیگران، ذکر نموده اند که وقتی شارع مقدس در باب طلاق، با آن همه سختگیری که شارع در مورد آن دارد (حضور عدلین می خواهد و...) و به طور کلی مذاق شرع بر این است که حتی الامکان طلاق واقع نشود، مع ذلک اشاره اخرس را کافی دانسته و الزامی در توکیل ننموده است. پس به طریق

ص: 3230

1- (1) قسمتی از مباحث این جلسه توضیح بحث جلسه گذشته بود که به جزوه همان درس منتقل شد.

اولی عرف چنین استفاده می کند که در باب نکاح نیز اشاره اُخرس کافی باشد. لذا در روایات باب حج نیز آمده است «تلبیه» اُخرس با اشاره کفایت می کند، با اینکه در آنجا نیابت نیز فی الجمله مشروع است و لیکن الزامی در نایب گرفتن نیست.

و مؤکد و مؤید دلیل فوق این است که در بین عامّه نیز فتوایی مخالف با این مسئله (یعنی: کفایت اشاره اُخرس) وجود ندارد و مطلبی که این گونه بین مسلمین رایج باشد و خلاف آن در روایتی، مطرح نباشد، دلیل بر امضاء آن است.

بنابراین، به نظر می رسد که روی هم رفته همین فتوایی که از زمان مرحوم محقق (م 676) به بعد جزء مسلمات شده است و همه، اشاره اُخرس را کافی دانسته اند، حرفی صحیح و تمام باشد (البته قبل از مرحوم محقق برای ما درست روشن نیست) و اینکه مرحوم شیخ طوسی در مبسوط فرموده است که «قبول» اُخرس با اشاره کفایت می کند، و مشعر به این معنی است که انشاء ایجاب با اشاره صحیح نیست قابل مناقشه است چون اختصاصی به «قبول» ندارد بلکه «ایجاب» او نیز با اشاره کفایت می کند.

ب) عدم لزوم «تحریک لسان» همراه با اشاره:

1) کلام مرحوم آقای خوئی رحمه الله:

ایشان پس از آنکه قائل به کفایت اشاره اُخرس می شوند، می فرمایند: شخص اُخرس علاوه بر اشاره دست، زبانش را نیز تکان بدهد و مجرد اشاره کفایت نمی کند و در ادامه می فرمایند «و من الواضح أن المتعارف عند الأخرس فی مقام بیان مقاصده هو تحریک لسانه مضافاً الی الإشارة باصبعه او یده او غیرهما».

2) مناقشه استاد مد ظلّه نسبت به کلام مرحوم آقای خوئی رحمه الله:

این مطلب را که مرحوم آقای خوئی فرموده اند و تحریک لسان را نیز لازم دانسته اند. از متفردات ایشان و قبل از ایشان هیچ یک از عامه و خاصه نه در باب

طلاق و نه در باب نکاح چنین شرطی را ذکر ننموده اند. بله در «تلبیه» حج و قرائت نماز در روایت هست که اُخْرَسَ زبانش را تکان بدهد ولی در ما نحن فیه دلیلی بر لزوم تحریک لسان وجود ندارد. اما این که ایشان می فرمایند که اُخْرَسَ متعارفاً مقاصدش را با حرکت دادن زبان و اشاره به انگشتانش انجام می دهد، قابل مناقشه است، چون شخص لال برای بیان مقاصدش از راههای مختلف استفاده می کند، گاهی با کتابت و گاهی با حرکت چشم یا سر یا دست، مقصودش را ابراز می کند و چنین نیست که متعارفاً بیان مقاصدش با حرکت زبان همراه باشد. حتی تولید صدا نیز لازم نیست. بعلاوه چنانچه در روایات باب طلاق، که عمده دلیل بر کفایت اشاره بود آمده است، هر وسیله ای که اُخْرَسَ بتواند با آن افهام مقاصدش را بنماید، کفایت می کند مثلاً در روایت سکونی آمده است: «طلاق الاُخْرَسَ، اُنْ یأخذ مقنعتها و یضعها علی رأسها و یعتزلها»⁽¹⁾ که نحوه طلاق دادن اُخْرَسَ به این است که مقنعه زن را به سرش می اندازد و او را می کشد: [و در روایت دیگر این است که اگر بخواهد نکاح کند مقنعه را از سرش بر می دارد] و یا در روایت بزنی که امام علیه السلام پس از آنکه برای طلاق اُخْرَسَ ابتداء امر به کتابت می کنند، می فرمایند: اگر کتابت هم نمی داند «بالذی یعرف به من افعاله مثل ما ذکرته من کراهته و بغضه لها»⁽²⁾.

در این روایات، چنانچه ملاحظه می شود، حرفی از تحریک لسان و امثال آن نیست و تنها هر فعلی که موجب تفهیم مقصود او شود نظیر همان افعالی که به واسطه آن بغض و کراهتش نسبت به زن معلوم می شود، مثل اینکه صورت خود را ناراحت نشان دهد کافی دانسته شده است و همانطوری که گفتیم فقط در مورد قرائت نماز و تلبیه، تحریک لسان نیز علاوه بر اشاره فرموده اند که در آن موارد نیز (خصوصاً در مورد قرائت نماز) شاید تنها مسئله افهام مقصود ملاک نباشد بلکه

ص: 3232

-
- 1- (1) الوسائل، کتاب الطلاق، ابواب مقدماته و مشروطه، ب 19، ج 3.
 - 2- (2) الوسائل، کتاب الطلاق، ابواب مقدماته و مشروطه، ب 19، ج 1.

تحریک لسان نیز موضوعیت داشته (1) و لو اینکه صدایی نیز از دهان او شنیده نشود.

پس حاصل این است که در ما نحن فیه دلیل بر اعتبار تحریک لسان نداریم. و این مطلب هم که اُخرس متعارفاً همراه با اشاره زبانش را نیز تکان می دهد. چنانچه در روایات طلاق دیدیم خلاف آن ذکر شده است.

ج) تقدم کتابت بر اشاره:

در پایان این بحث تذکر این نکته نیز لازم است که آنچه از روایات باب طلاق که عمده دلیل برای کفایت اشاره در اُخرس بود استفاده می شود این است که در جایی که اُخرس قادر به کتابت باشد و بتواند مقصودش را با نوشتن تفهیم نماید، کتابت مقدم بر اشاره او است. در روایت بزنی که به قسمتی از آن هم اشاره نمودیم چنین آمده است:

«انه سأل ابا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل تكون عنده المرأة يصمت ولا يتكلم قال: أخرج هو؟ قلت: نعم، و يعلم منه بغض لامراته و كراهه لها، أيجوز ان يطلق عنه وليه؟ قال: لا و لكن يكتب و يشهد على ذلك قلت: فانه لا يكتب و لا يسمع كيف يطلقها؟ قال: بالذی يعرف به من افعاله مثل ما ذكرت من كراهته و بغضه لها»

در این روایت صریحاً کتابت مقدم بر اشاره ذکر شده است و لذا در باب نکاح نیز باید قائل شویم که تا مادامی که اُخرس قادر به کتابت است. نوبت به اشاره او نمی رسد. و الله العالم.

«* و السلام*»

ص: 3233

1- (1) استاد مد ظلّه به طور اجمال اشاره نموده اند که شواهدی بر این مطلب هست.

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

در این جلسه، چند فرع را بررسی می کنیم. ابتدا مسئله کفایت کتابت در عقد نکاح را متعرض می شویم، سپس عدم لزوم تطابق بین ایجاب و قبول را اختیار کرده، آنگاه مسئله کفایت «نعم» پس از استفهام را بررسی می کنیم. سپس به بحث لحن در صیغه پرداخته و بعد از آن درباره اعتبار قصد انشاء سخن می گوئیم. آنگاه با بیان این که تنها عقود متعارف مورد امضاء شارع است، در کفایت آگاهی اجمالی به معنای صیغه اشکال می کنیم، سپس به مسئله اشتراط موالات بین ایجاب و قبول می پردازیم و بالاخره با اذعان به اینکه موضوع ادله نفوذ عقود، شامل عقود غیر شرعی و مخالف عرف نمی شود، ادعای انصراف آنها را از عقود غیر معمولی مخدوش خواهیم دانست.

1) عدم کفایت کتابت در عقد نکاح:

متن عروه مسئله 3 «لا یکفی فی الایجاب و القبول الکتابه»

به حسب فتاوی فقهاء امامیه مسلّم و مورد اتفاق است که ایجاب و قبول کتبی کفایت نمی کند. البته اطلاق عدم کفایت در کلام سید رحمه الله شامل قادر بر تکلم و غیر قادر هر دو می شود، ولی به نظر می رسد مطلب چنین نباشد، زیرا در مورد اخرس که گفتیم توکیل بر او متعین نیست، مطمئناً دلالت کتابت او اگر قوی تر از دلالت اشاره بر انشاء نکاح نباشد، لااقل کمتر از آن نیست و به طور طبیعی راه و رسم عقلا این است که آن را مقدم می دانند و به حسب روایات هم، چون در باب طلاق، کتابت اخرس را

ص: 3234

کافی بلکه آن را بر اشاره اش مقدم دانسته اند. پس محتوای روایات باب طلاق و جریان سیره عقلاء و تقریر شارع مقدس دلیل کفایت کتابت برای اخیس است.

و عدم کفایت کتابت مختص شخص قادر بر تکلم است. بدیهی است کتابت هم مانند صیغه لفظی ایجاب و قبول، باید با توجه به قرائن و مقام، دال بر انشاء عقد باشد نه اینکه اخباری باشد و حکایت از واقع شدن امری بکند یا انشائی بودن آن مشکوک باشد.

(2) عدم لزوم تطابق بین الفاظ ایجاب و قبول:

متن عروه مسئله 4: «لا يجب التطابق بين الايجاب و القبول في الفاظ المتعلقة فلو قال:

(انكحتك فلانه) فقال: (قبلت التزويج) او بالعكس كفي و كذا لو قال: (على المهر المعلوم) فقال الآخر: (على الصداق المعلوم) و هكذا في سائر المتعلقة».

آنچه که در ایجاب و قبول باید مراعات شود تنها این است که استعمال لفظی که برای انشاء نکاح به کار می رود از نظر عرف مستنکر نباشد. عرف اینگونه اختلاف و عدم اتحاد در الفاظ ایجاب و قبول را مستنکر نمی داند، لذا اگر الفاظ قبول با ایجاب تطابق نکند اشکالی ندارد. مرحوم سید أبو الحسن اصفهانی و بعضی دیگر همچون مرحوم آقای نائینی در این مسئله احتیاط می کنند و لکن وجهی برای احتیاط به نظر نمی رسد، جز اینکه بگوییم آنچه مورد امضاء شارع قرار گرفته، صیغ متعارف و معمولی است و اگر الفاظ قبول با ایجاب تطابق نکند خارج از متعارف است و با شبهه عدم کفایت، حکم به فساد عقد می شود.

ولی به نظر ما همین که الفاظی باشد که مقصود متعاقدين را برساند و استعمال آن عرفاً مستنکر نباشد کافی است، یعنی اگر طوری باشد که عرف این الفاظ را قالب معنای ازدواج نداند و بگوید این چه جور انشائی است! به حسب اجماع و تسلّم فقهاء کافی نیست و اگر چنین نباشد یعنی وقتی که شخص لفظ را در انشاء نکاح استعمال می کند عرف آن را می پذیرد و از مجازات مستنکره نمی داند، همین مقدار

از نظر عرف و سیره عقلاء کافی است و اطلاق مقامی ادله آمره به نکاح اقتضا می کند که شارع مقدس نیز آن را امضاء کرده باشد و لازم نیست که این استعمال از نظر عرفی رائج و متعارف هم باشد. به بیان دیگر، عقلاء در انشاء عقود فقط این مقدار را معتبر می دانند که دال بر عقد (لفظ باشد یا غیر لفظ) بیانگر مقصود طرفین عقد باشد و مجاز مستنکر نیز نباشد (یعنی مورد اعتراض عرف قرار نگیرد که این چه جور بیان بیان کردنی است) و چون این سیره (به استثناء اعتبار لفظ در عقد نکاح) مورد ردع شارع مقدس قرار نگرفته، از آن تقریر شارع استفاده می شود، و در روش عقلاء فرقی نیست که انشاء عقد رائج و متعارف نیز باشد یا خیر، نتیجه آن که در انشاء عقود مستنکر بودن الفاظ مانع است و متعارف بودن استعمال آنها شرط نیست بلکه همین مقدار که خلاف روش عقلاء و عرف نباشد کافی است و در ما نحن فیه روشن است که اگر موجب «زوجت» و قابل «قبلت النکاح» بگوید، عرف آن را مستنکر نمی داند. پس تطابق لازم نیست و فتوای سید رحمه الله به نظر تمام می آید.

3) آیا «نعم» بعد از استفهام از عقد، کفایت از ایجاب می کند؟

متن عروه مسئله 5: «یکفی علی الاقوی فی الایجاب لفظ (نعم) بعد الاستفهام كما اذا قال:

(زوجتني فلانه بكذا؟) فقال: (نعم) فقال الاول: (قبلت) لكن الاحوط عدم الاكتفاء».

مرحوم سید می فرماید: اگر کسی از موجب پرسد آیا فلان زن را به ازدواج من درآوردی و او در مقام انشاء (نه در مقام اخبار) بگوید «نعم» به عنوان ایجاب پذیرفته می شود و با گفتن «قبلت» توسط سائل، رکن دوم عقد نیز منعقد می شود ولی احتیاط مستحب عدم اکتفاء به آن است.

بسیاری از فقهای معروف از متأخرین در حاشیه بر عروه احتیاط کرده اند، مرحوم آقای خوبی و مرحوم آقای حکیم در مستمسک و صاحب ریاض و برخی دیگر، آن را صحیح نمی دانند، و وجه عدم صحت آن این است که از مجازات مستنکره است زیرا «نعم» کلمه ایجاب خیری است و هرگاه پس از استفهام از وقوع امری قرار گیرد

جمله ای خبری مطابق سؤال در تقدیر خواهد بود. وقتی پرسد آیا خودت را به ازدواج من در آورده ای و او بگوید آری، به معنای این است که «آری خود را به ازدواج تو در آورده ام» حال اگر کسی بخواهد این کلمه را که پس از استفهام کلمه ای خبری در مقام انشاء به کار ببرد، عرف آن را مجاز مستنکر می داند.

ولی به نظر ما این گونه استعمالات، مستنکر نیست. همان گونه که گاهی استفهام از ماضی، سؤال از وقوع امری است، گاهی نیز در مقام درخواست و کنایه از طلب انشاء می باشد. وقتی می پرسد آیا خودت را به ازدواج من در آوردی؟ کنایه از این است که خودت را به ازدواج من در آور، در این صورت اگر او در مقام انشاء بگوید «نعم» جمله محذوف همانا انشاء ترویج است نه اخبار از آن، مثل این که در مقام طلب انشاء می پرسد. آیا بالاخره این کتاب را به من بخشیدی؟ که کنایه از این است که آیا آن را به من می بخشی یا نه؟ نه این که سؤال از وقوع بخشش در زمان گذشته بکند. و چون این گونه تعبیرات مستنکر نیست بلکه رائج و متعارف است، ایجاب با آن صحیح می باشد. البته احوط استحبابی عدم اکتفا به آن است.

4) حکم لحن و غلط در صیغه عقد:

متن عروه مسئله 6: «اذا لحن فی الصیغه فان کان مغیراً للمعنی لم یکف و ان لم یکن مغیراً فلا بأس به اذا کان فی المتعلقات و ان کان فی نفس اللفظین - کأن یقول: (جوڑتک) بدل (زوڑتک) فالاحوط عدم الاکتفاء به و کذا اللحن فی الاعراب».

مرحوم سید می فرماید: اگر صیغه عقد نکاح را با الفاظ ملحون و مغلوط به طوری که معنا و مفاد عرفی را تغییر دهد ادا کنند آن عقد صحیح نیست و اگر موجب تغییر در معنی نشود، در صورتی که آن غلط در متعلقات صیغه (مانند مفعول به و جار و مجرور) باشد اشکالی ندارد، اما اگر غلطی که مغیر معنی نیست در خود لفظ ایجاب و قبول بود مثل این که به جای «زوڑتک» بگوید «جوڑتک» احوط عدم اکتفاء به آن است، و همین تفصیل در مورد غلط اعرابی نیز جاری است.

مرحوم آقای بروجردی رحمه الله گفته اند: این مثالی که مرحوم سید رحمه الله برای لفظی که مغیّر معنا نیست زده اند درست نیست. اگر کسی به جای انکحت (با حاء) بگوید:

انکھت (با هاء) معنای تزویج را و لو با لفظ ملحون ادا کرده، اما اگر جوّز تک به جای زوجتک گفت، معنا کاملاً تغییر پیدا کرده است زیرا همان گونه که مرحوم آقای بروجردی فرموده اند، «جوّز» باب تفعیل از «جاز المکان ای قطعہ» و به معنای عبور کردن است و این کلمه خود دارای معنای مستقلی است که ممکن است در محاورات عرفی آن را به کار برند. مثلاً اگر کسی نابینائی یا زمین گیری را از محلی عبور داد می گوید: جوّزتک. پس این مثال برای موردی است که مغیّر معنا باشد.

میزان صحت و بطلان در الفاظ ملحون همان مطلبی است که مورد اتفاق فقها واقع شده و مطابق احتیاط هم هست که هرگاه عرف استعمال لفظی را در عقد مستنکر ببیند، هر چند مراد مُجری معلوم باشد، ولی اجراء عقد با آن صحیح نیست. خواه مغیّر معنا باشد یا نه و اگر مستنکر نبود اشکالی ندارد. پس اگر طرفین که از قصد یکدیگر آگاهی دارند الفاظی را به کار برند که معمولاً برای عقد ازدواج به کار نمی رود ولی آنها با اقامه قرینه آن را به کار برند و عرف آن را مستنکر نشمارد، وجهی برای عدم صحت آن نیست، خواه در خود ایجاب و قبول باشد یا در متعلقات آن.

همچنین اگر غلط، مغیّر نبوده ولی در محیطی ادا شود که عرف آن را مستنکر بداند و ایراد بگیرد که «این چه انشاء عقدی است که اجرا می کنی» اکتفاء به آن بر اساس تسالم فقها صحیح نیست و لو اینکه آن غلط در متعلقات باشد. بنابراین، اگر عرب زبانی انشاء خود را با الفاظ عربی شکسته که امروزه در بین آنها متداول است اجراء کند یا مثلاً ترک زبانی که معمولاً با لهجه خاص خود «کاف» را شبیه «چ» تلفظ می کنند، به جای انکحت بگوید انچحت یا فارس زبان انکھت بگوید، چون عرف آن را از انشاءات مستنکر نمی داند، همه آنها صحیح است خواه این غلط از نظر لغت موجب تغییر معنا گردد یا نه، و یا در خود ایجاب و قبول باشد یا در متعلقات آن.

5) اعتبار قصد انشاء در عقد:

متن عروه مسئله 7: «يشترط قصد الانشاء في اجراء الصيغه»

قصد انشاء در عقد بلا اشكال معتبر است و كلامی در آن نیست. چون عنوان ازدواج بدون قصد ايجاد آن تحقق پیدا نمی کند. ولی باید به این نکته نیز توجه داشت که این شرط، عرفی است نه عقلی. به این معنا که اگر مجری عقد جملاتی به کار برد که اصلاً معنای آن را نمی داند تا چه رسد که قصد انشاء کند، چنانچه شارع مقدس یا عقلاء آن را صحیح بدانند، و یا حتی اگر در مواردی زوجیت را بدون قصد انشاء و بدون صیغه، محقق بدانند، ثبوتاً اشكال عقلی به وجود نمی آید. همان گونه که برای تفرقه و جدایی بین زن و شوهر نیز در بعضی موارد، نکاح بدون قصد انشاء و بدون صیغه لفظی منسوخ می شود. پس اشكال در مقام اثبات است که چون شارع مقدس و عقلاء در باب عقد نکاح، عنوان زوجیت و اینکه زن و مرد همسر یکدیگر شوند را بدون انشاء همراه با قصد تنفیذ نمی کنند، لذا قصد انشاء بر اساس این اعتبار عرفی و شرعی معتبر است نه اینکه اشكال عقلی داشته باشد.

6) آیا دانستن معانی کلمات صیغه معتبر است؟

متن عروه مسئله 8: «لا يشترط في المجري للصيغه ان يكون عارفاً بمعنى الصيغه تفصيلاً بان يكون مميزاً للفعل و الفاعل و المفعول بل يكفي علمه اجمالاً بان معنى هذه الصيغه انشاء النكاح و التزويج لكن الاحوط العلم التفصيلي»

مرحوم سید می فرمایند: لازم نیست مجری عقد معنای صیغه و اینکه کدام کلمه فعل و کدام فاعل و مفعول است را به تفصیل بداند بلکه همین که اجمالاً بداند با این جمله عقد نکاح حاصل می شود کافی است.

ولی با توجه به اینکه فقها نوعاً می گویند ادله امضائیه منحصرأ عقود عرفی را شامل می شود، آگاهی نداشتن از معنای صیغه مشکل آفرین است، زیرا عرب زبانها که همه معنای صیغه را می دانند، غیر عرب زبانها هم نوعاً اجراء صیغه را به اهل

علم و افراد آشنا به معنای این گونه کلمات واگذار می کنند، و اجرای صیغه توسط کسی که معنای کلمات را نمی داند خلاف روش عرف و عقلاء است و روش عقلاء چنین است که کسانی که معنای صیغه را نمی فهمند خودشان صیغه نکاح نمی خوانند و برای انشاء نکاح به دیگری وکالت می دهند. بنابراین احوط ترک اجرای عقد است توسط کسی که به معنای کلمات صیغه آشنا نیست. (1)

(7) اشتراط موالات بین ایجاب و قبول:

متن عروه مسئله 8: «یشترط الموالاه بین الایجاب و القبول و تکفی العرفیه منها فلا یضر الفصل فی الجملة بحیث یصدق معه ان هذا قبول لذلک الایجاب کما لا یضر الفصل بمتعلقات العقد من القیود و الشروط و غیرها و ان کثرت».

مرحوم سید موالات عرفی را بین ایجاب و قبول شرط دانسته، فصل مختصر را مضر نمی دانند. همان گونه که در متعلقات خود ایجاب یا قبول نیز موالات عرفی معتبر است.

البته میزان در اعتبار موالات در متعلقات ایجاب یا قبول به تنهایی با موالات بین ایجاب و قبول مختلف است. هر کدام از ایجاب یا قبول به تنهایی کلام واحدی است لذا متکلم باید کلماتش را پشت سر هم بیاورد چون اگر مثلاً بخشی از جمله را امروز و قیود آن را روزهای دیگر ذکر کند عرفاً وی را به همان کلام اول اخذ می کنند و آن قیود را از متعلقات کلام اول وی تلقی نمی کنند. پس میزان موالات در کلمات کلام واحد، اتصال عرفی است.

ص: 3240

1- (1) توضیح: فرمایش استاد - مد ظلّه - بر این اساس است که مراد مرحوم سید همان گونه که از ذیل کلامشان استفاده می شود، کفایت آشنائی اجمالی مُجری به مجموع ترکیب جمله عقد باشد و اینکه اجمالاً بدانند این جمله برای تحقق ازدواج به کار می رود. هر چند معنای کلمات را جدا جدا ندانند. اما اگر مرادشان عدم لزوم آشنائی با اصطلاحات اهل ادب و تمیز دادن اینکه به کدام کلمه فاعل و به کدام یک فعل گفته می شود، باشد چنانکه بعضی این گونه برداشت کرده اند، این مقدار آشنائی به طور مسلّم معتبر نبوده و مناقشه استاد - مد ظلّه - نیز به آن ناظر نمی باشد.

ولی نمی توان بر اساس همین میزان اتصال را بین ایجاب و قبول که در کلام جداگانه و توسط دو نفر القاء می شود، معتبر دانست. البته بین ایجاب و قبول هم موالات به گونه ای که عرفاً بگویند «این کلام، قبول آن ایجاب است» باید مراعات شود⁽¹⁾ ولی این موالات علی نحو اتصال زمانی نیست و به حسب موارد فرق می کند که انشاء لفظی باشد یا با کتابت لذا اگر مثلاً موجب ایجاب خود را (در موردی که مانند اخرس اجرای عقد نکاح با کتابت را جایز بدانیم، و یا در عقود دیگر که تلفظ معتبر نیست) کتباً برای طرف مقابل بفرستد و پس از چندین روز آن نامه به دست او برسد و او آن را قبول کرده، پای قرار داد را امضا کند، و یا اینکه قابل پس از ایجاب موجب مدتی تأمل کند و در اطراف آن عقد فکر کند، سپس آن را بپذیرد، به نظر ما این عقدها صحیح است هر چند اتصال زمانی مراعات نشده، زیرا در این گونه موارد موالات عرفی مناسب خود متحقق بوده است. پس در هر موردی آن مقدار از موالات که مطابق روش عقلاء و عرف است باید مراعات شود و بیش از آن تأخیر نیندازند اما اتصال زمانی به نحوی که بین کلمات کلام واحد باید رعایت شود، معتبر نیست.⁽²⁾

8) عدم انصراف ادله عقود به عقود متعارفه:

مرحوم آقای خوئی در مسئله اشتراط تنجیز در عقود (مسئله 11) می فرماید:

اطلاقات و عمومات ادله تنفیذ عقود از عقود غیر متعارف انصراف دارد و شامل آنها نمی شود (... و دعوی انصراف ادله العقود الی المتعارف)⁽³⁾ مرحوم آقای حکیم نیز این مطلب را پذیرفته، در مسئله عدم صحت عقد سکران (مسئله 13) به آن تصریح

ص: 3241

1- (1) البته روشن است که باید سایر شرائط صحت صیغه عقد نیز تا زمان قبول محفوظ باشد و یکی از شرایط صحت عقد آن است که موجب قبل از قبول از ایجاب خود منصرف نگردد.

2- (2) استاد مد ظلّه: در بعضی موارد عرف فاصله زمانی چندین قرن را هم مضر نمی داند مثلاً در روایات تلبیّه حجاج را اجابت خداوند که توسط حضرت ابراهیم علیه السلام ابلاغ شد شمرده اند با اینکه بین اعلام آن حضرت و تلبیّه حجاج چند هزار سال فاصله شده است.

3- (3) مبانی العروه الوثقی، ج 2، ص 182.

می کند (... فالعمده فی عدم صحه عقد السكران و النائم و نحوهما و ایقاعهما، خروجہ عن منصرف ادله النفوذ و الصحه لعدم الاعتداد به عند العرف...) (1)

9) نقد استاد - مد ظله :-

اولاً: خود مرحوم آقای خوئی در مسئله شرائط عوضین بر خلاف این مبنا مشی کرده، می فرمایند: مالیت در عوضین شرط نیست بلکه ملکیت آن برای صحت عقد کفایت می کند لذا اگر عقدی را بر شیئی که مملوک است ولی مالیت عرفی ندارد منعقد کردند (مانند فروش سوسک یا پوسته تخمه) آن عقد صحیح است و می فرمایند آنچه که در روایات باطل شمرده شده عقد سفیه است نه عقد سفهایی، لذا اطلاعات و عمومات ادله نفوذ عقود آن را شامل می شود.

در حالی که فروش این گونه اشیاء بلا اشکال متعارف نیست. پس اگر ایشان آن ادله را از عقود غیر متعارف منصرف می دانند باید این گونه بیع ها را صحیح ندانند.

ثانیاً: ادله عقود از عقودی که عند العقلاء یا عند الشارع جایز و مشروع نباشد منصرف است.

توضیح آن که: ادله ای که به عنوان ادله تنفیذ عقود شمرده شده، مانند «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ يَا الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» اصلاً اطلاقی که هر عقد و قراردادی را شامل شود ندارد. زیرا این ادله تأسیسی نیستند بلکه بر همان بناء عقلاء مبنی بر لزوم پایبند بودن به قراردادها تأکید می کنند، بدیهی است عقلاء پایبند بودن به هر قراردادی و لو اینکه خارج از ضوابط عرفی باشد را لازم نمی دانند. ادله شرعیه هم مکلف را به وفا کردن به «ما هو المشروع» ملزم می کند نه هر عقدی را. پس موضوع این ادله خصوص عقد مشروع لدی العرف است و اما اگر عقدی غیر مشروع و یا بر خلاف روش عقلاء و ضوابط عرفیه نبود ولی در بین مردم هم متداول و متعارف نبود مانند فروش یک کیلو گندم به ده هزار تومان، و طرفین به هر جهت بر آن توافق کردند، ادله

ص: 3242

مذکور شامل آن می شود و این موارد هر چند در عرف رائج نیست لکن اگر کسی به جهتی اقدام به چنین معامله ای نماید از نظر عرفی نافذ است و می گویند نباید خلاف قرارداد عمل کنند.

پس موضوع ادله تنفیذ عقود اصلاً شامل عقود غیر شرعی یا عقدی که عرف آن را خلاف ضوابط می داند نمی شود، از آن طرف انصراف آنها از عقدی که مخالف ضوابط شرع و عرف نیست ولی متعارف و معمولی هم نمی باشد. نیز صحیح نیست.

«* و السلام*»

ص: 3243

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

در این جلسه، ابتدا مسئله 10 را که در مورد اتحاد مجلس ایجاب و قبول است.

توضیح داده و کلام مرحوم سید را که اتحاد مجلس به خودی خود شرط نیست صحیح می دانیم. سپس وارد مسئله 11 می شویم که مربوط به اشتراط تنجیز در عقد است. در اینجا صور مختلف تعلیق را با توجه به حالی یا استقبالی بودن معلق علیه و مشکوک یا قطعی بودن آن و نیز با توجه به شرط متأخر بودن یا شرط مقارن بودن و شرط صحت بودن معلق علیه و شرط صحت نبودن آن مطرح کرده و اشاره می کنیم که شرط صحت هم، گاه شرطیت معلق علیه در صحت عقلائی است و گاه شرعی.

به هر حال، بررسی حکم صورت های مختلف را آغاز می کنیم.

الف) اشتراط یا عدم اشتراط اتحاد مجلس ایجاب و قبول:

1) متن عروه:

مسئله 10 - ذکر بعضهم انه یشرط اتحاد مجلس الایجاب و القبول، فلو كان القابل غائباً عن المجلس فقال الموجب: «زوّجت فلاناً فلانه» و بعد بلوغ الخبر اليه قال: «قبلت» لم یصحّ. و فيه انه لا دلیل علی اعتباره من حیث هو و عدم الصحّه فی الفرض المذكور اتّما هو من جهة الفصل الطویل او عدم صدق المعاهده و المعاهده لعدم التخاطب و الا فلو فرض صدق المعاهده و عدم الفصل مع تعدّد المجلس صحّ كما اذا خاطبه و هو فی مکان آخر لکنّه یسمع صوته و یقول: «قبلت» بلا فصلٍ مضرّ فانه ینصدق علیه المعاهده»

ص: 3244

علامه حلی رحمه الله در تذکره فرموده است: یکی از شرایط صحت عقد نکاح، اتحاد مجلس ایجاب و قبول است. لذا در صورتی که یک طرف ایجاب را بگوید و طرف دیگر غایب باشد و پس از آنکه خبر را به او رسانند، قبول کند، این عقد صحیح نیست.

مرحوم سید می فرماید: در مثال که ایشان مطرح کرده حق با ایشان است، اما وجه عدم صحت عقد، تعدد مجلس ایجاب و قبول نیست، آن طور که ایشان می خواهد بفرماید، بلکه وجه آن فصل طویل بین ایجاب و قبول و فوات موالات است و یا می توان گفت وجه بطلان این است که در صحت عقد، معتبر است که معاهده و معاهده صدق کند و در زمانی که مخاطبه در کار نیست، معاهده و معاهده صدق نمی کند، و الا اگر فرضی را تصویر کنیم که از نظر فصل طویل و عدم مخاطبه مشکلی در کار نباشد، تعدد مجلس فی حد نفسه مضرّ نیست. مثل اینکه هر یک از طرفین عقد در خانه خودش نشسته باشند ولی به سبب نزدیک بودن اتاقها صدای یکدیگر را می شنوند و فصل طویل بین ایجاب و قبول هم در کار نباشد. پس اتحاد مجلس عقد ضرورتی ندارد. (1)

ب) اشتراط تنجیز در عقد نکاح:

1) متن عروه:

مسئله 11: «و یشرط فیہ التنجیز کما فی سایر العقود فلو علّقه علی شرط او مجیء زمان بطل. نعم لو علّقه علی امرٍ محقق معلوم کأن یقول «ان کان هذا یوم الجمعة زوجتک فلانه» مع علمه بانّه یوم الجمعة صحّ و اما مع عدم علمه فمشکل»

ص: 3245

1- (1) در حدود بیست و چند سال پیش، یکی از رفقا که در حادثه تصادف همسر و چند تا از اولادش را از دست داده بود در نیمه شب اول ماه رمضان به این جانب تلفن زد و به من وکالت داد که خواهر آن زن متوفی را به عقد ایشان درآوریم. سپس با همدیگر ایجاب و قبول را از پشت تلفن و با وجود مسافت زیاد خواندیم.

2) توضیح عبارت مرحوم سید رحمه الله:

از اطلاق عبارت عروه استفاده می شود که اگر عقد معلق شده باشد بر شرطی که در آینده حاصل می شود، باطل خواهد بود، خواه به نحو شرط مقارن باشد یا شرط متأخر و خواه آن شرط در آینده قطعی الحصول باشد یا مشکوک الحصول. معنای شرط مقارن این است که همزمان با حصول شرط در مستقبل زوجیت حاصل گردد و معنای شرط متأخر این است که زوجیت از زمان عقد حاصل شود اما به شرط حصول آن امر استقبالی در ظرف خودش.

شرط استقبالی مشکوک الحصول مثل این است که بگوید: «اگر مسافر من صحیح و سالم برگشت» و شرط استقبالی قطعی الحصول مثل اینکه بگوید: «اگر روز جمعه آمد» اما شق دیگر مسئله این است که عقد معلق شده باشد بر شرط حالی نه شرط استقبالی. در این حالت مرحوم سید می فرماید: اگر آن امر حالی محقق و معلوم باشد تعلیق مضر نیست، اما اگر مشکوک باشد، حکم به صحّت عقد مشکل است.

مثلاً در فرضی که شخص بخواهد در یکی از ساعات استحباب عقد نکاح، عقد را بخواند ولی نسبت به آن ساعت شک دارد، لذا می گوید: «اگر الآن فلان ساعت باشد تزویج کردم تو را» مرحوم سید می فرماید: صحّت چنین عقدی محلّ اشکال است.

3) صور مسئله طبق بیان شیخ انصاری رحمه الله:

گاهی معلق علیه قطعی الحصول است و گاهی مشکوک الحصول و هر یک از این دو، یا حالی است و یا استقبالی، شرط استقبالی هم گاهی به نحو شرط مقارن لحاظ می شود و گاهی به نحو شرط متأخر. همچنین شرطی که عقد بر او معلق شده گاهی از اموری است که صحّت عقد متوقف بر اوست، مثلاً می گوید: «اگر تویی شوهر باشی با تو ازدواج کردم» و معلوم است که بی شوهر بودن زن، شرط صحّت نکاح است. نظیر اینکه در باب بیع بگوید «ان کان هذا لی فقد بعتهک ایاه» و معلوم است که ملکیت مبیع شرط صحت بیع است. گاهی هم معلق علیه در صحت عقد دخیل

نیست مثلاً می گوید: «اگر الآن روز جمعه فلان ساعت باشد با تو ازدواج کردم»، در مورد قسم قبلی که تعلیق بر شرط صحت عقد کرده باشد، لازم است تفکیکی صورت بگیرد که ذکر نشده است چون این قسم خودش دو حالت دارد. گاهی شرط صحت، عقلایی است یعنی جزء تأسیسات شارع نیست و عقلاء آن را شرط می دانند مثل بی شوهر بودن زن در مثال سابق که عند العقلاء شرط صحت نکاح است یا ملکیت مبیع که عند العقلاء شرط صحت بیع است و گاهی شرطیت فقط جنبه شرعی دارد. مثلاً در حال احرام نبودن، شرط صحت نکاح است شرعاً یا در عده نبودن زن شرط صحت نکاح است شرعاً و همچنین خواهر زن نبودن و غیره.

4) بررسی حکم هر یک از صور مسئله:

صورت اولی: معلق علیه امر حالی قطعی الحصول باشد یعنی طرفین بدانند در همین زمان کنونی حاصل است. در این صورت ظاهراً مسلم است و خلافی در کار نیست که عقد صحیح است و فرقی نمی کند که معلق علیه شرط صحت عقد باشد یا نباشد.

صورت ثانیه: معلق علیه، امر متأخر یا زمان متأخر باشد به نحو شرط مقارن (یعنی: منشأ، تحقق نکاح در همان زمان متأخر باشد) مثل اینکه بگوید: «اگر فلان حادثه در یک ماه بعد واقع شود، تو زن من باش» هر چند وقوع حادثه قطعی باشد یا بگوید: «یک ماه دیگر تو زن من باش» از کلمات علما در مجموع استفاده می شود که این صورت باطل است و دعوی اتفاق بر بطلان عقد شده است. این حکم اختصاص به باب نکاح هم ندارد و در سایر عقود مثل بیع، هبه و حتی عقود اذنی مثل وکالت هم از عامه و خاصه نقل شده که قائل به بطلان هستند. مثلاً در باب وکالت اگر بگوید: «تو فردا وکیل من باش» این باطل است، اما اگر وکالت فعلی را انشاء کند و متعلق وکالت استقبالی باشد، صحیح خواهد بود. یا در باب وقف صحیح نیست که بگوید: «این مال، یک ماه دیگر موقوفه باشد». بله، فقط در موارد خاصی مثل وصیت، تدبیر و مسابقه صحیح است که امر اعتباری را در زمان مستقبل

اعتبار کند مثل این که می گوید: «بعد از فوت من، تو مالک فلان چیز باش» یا به عبد خود می گوید: «تو بعد از وفات من آزاد هستی» یا می گوید: «هر کس در مسابقه برنده شود، مالک فلان چیز باشد» اما در مثل بیع و نکاح و وکالت، بطلان عقد جزء مسلمات است.

صورت ثلاثه: معلق علیه امر استقبالی و مشکوک الحصول باشد و به نحو شرط متأخر لحاظ شده باشد یعنی حصول شرط در زمان متأخر، کاشف از این باشد که منشأ از ابتدا حاصل شده است مثل اینکه بگوید: «اگر پسر من ماه بعد صحیح و سالم برگردد، تو از همین الآن مالک این شیء باشی». از کلمات علماء استفاده می شود که بطلان عقد در این صورت نیز جزء مسلمات است.

صورت رابعه: معلق علیه امر استقبالی قطعی الحصول باشد و به نحو شرط متأخر لحاظ شده باشد. مثل اینکه بگوید: «اگر فردا روز جمعه باشد تو از الآن زن من باش» در فرضی که هر دو می دانند فردا روز جمعه است. این صورت محل بحث و تردید واقع شده است. ظاهر عبارت مرحوم سید این است که تعلق بر امر استقبالی مطلقاً موجب بطلان است، ولی آقای خوئی رحمه الله این صورت را صحیح دانسته است.

صورت خامسه: معلق علیه امر حالی مشکوک الحصول است که در عین حال، شرط صحّت عقد نیز می باشد مثل «ان کان هذا لی فقد بعثک ایّاه» مرحوم شیخ انصاری می فرماید: ظاهر کلمات فقها بطلان عقد در این صورت است چون گفته اند شرط صحّت عقد این است که شخص نسبت به وقوع منشأ جازم باشد و این شرط در اینجا مفقود است. ایشان فقط شیخ طوسی رحمه الله را به عنوان مخالف این حکم ذکر کرده و البته می فرماید: از بعض کلمات شهید اول رحمه الله هم می توان این مطلب را استفاده کرد. اما چنانچه معلق علیه شرط صحّت نباشد به نظر ایشان اجماعاً باطل است.

درباره کلمات علماء در این زمینه به ویژه کلام شهید اول پس از این سخن خواهیم گفت.

عبارت مکاسب این طور است: «و ما كان منها مشكوك الحصول و ليس صحه العقد معلقه عليه في الواقع كقدوم الحاج فهو المتيقن من معقد اتقاقهم و ما كان صحه العقد معلقه عليه كالامثله المتقدمه فظاهر اطلاق كلامهم يشمله الا ان الشيخ في المبسوط حكى في مسأله ان كان لي فقد بعته قولاً من بعض الناس بالصحه و ان الشرط لا يضره مستدلاً بأنه لم يشترط الا ما يقتضيه اطلاق العقد لانه انما يصح البيع لهذه الجاربه من الموكّل اذا كان اذن له في الشراء فاذا اقتضاه الاطلاق لم يضر اظهاره و شرطه كما لو شرط في البيع تسليم الثمن او تسليم المثلث او ما اشبه ذلك انتهى و هذا الكلام و ان حكاه عن بعض الناس الا ان الظاهر ارتضاؤه له الخ» (1)

توضیح عبارت: در مورد شرط مشکوک الحصول که قسمت عقد بر آن متوقف نیست مثال قدوم حاج مربوط به شرط استقبالی است و همین طور که ایشان فرموده متیقن از معقد اجماع است. اما اگر حالی باشد و صحت عقد متوقف بر آن نباشد مثل مثالی که قبلاً گذشت که «اگر الآن فلان ساعت از روز جمعه باشد تورا تزویج کردم» در این صورت، اجماع مورد ادعای شیخ رحمه الله تمام نیست.

اما در مورد شرطهایی که صحت عقد بر آنها متوقف است ایشان تعبیر می کند «کالامثله المتقدمه» و مثالهایی که ایشان قبلاً مطرح کرده مربوط به شرایط عقلایی صحت عقد است و مثالی برای شرط شرعی ذکر نکرده اند. ایشان در مورد حکم این صورت می فرماید: اطلاق کلام علما اقتضای بطلان عقد در این صورت را دارد اما شیخ طوسی رحمه الله از بعض اهل سنت نقل کرده که در مسئله «ان كان لي فقد بعته» قائل به صحت شده اند و استدلال آن بعض را بیان کرده بدون اینکه در آن مناقشه کند و این ظهور یا اشعار دارد در اینکه خود شیخ طوسی رحمه الله هم نظر او را پذیرفته است. دلیلی که شیخ طوسی رحمه الله از آن بعض الناس نقل کرده این است که چنین شرطی بود و نبودش یکسان است. چون اطلاق عقد همین شرط را اقتضا می کند و اگر اثباتاً هم این شرط را اظهار نکند ثبوتاً عقد به آن مشروط است زیرا مسئله «ان كان لي فقد بعته»

ص: 3249

عبارت از این است که کسی ادعا می کند مثلاً جاریه ای را برای شخص خریداری کرده و آن شخص می گوید من چنین وکالتی نداده ام. اما وکیل ادعایی اصرار می کند که این جاریه متعلق به شماست. در این حالت بحث واقع شده که اگر آن شخص بگوید: «ان کان لی فقد بعته» یعنی چنانچه این جاریه مال من است به همان قیمت که خریده ای به تو می فروشم، این چه حکمی دارد. مستدل می خواهد بگوید حتی اگر تعلیقی در کار نباشد اطلاق عقد اقتضا می کند مفاد شرط را، زیرا این بیع، زمانی صحیح است که شراء قبلی صحیح باشد و این شخص به سبب آن شراء، مالک جاریه شده باشد. پس چه مانعی دارد که همان شرط ثبوتی را در مقام اثبات اظهار کند؟ همانطوری که مانعی ندارد که لوازم و آثار عقد را در خود عقد شرط کند. مثل اینکه بگوید: «من این چیز را به تو می فروشم به شرط اینکه ثمن را به من تسلیم کنی»

ادامه بحث را به جلسه آینده موکول می کنیم.

«* و السلام*»

ص: 3250

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خلاصه درس این جلسه:

در این جلسه درباره اشتراط تنجیز در صیغه نکاح بحث می کنیم. نخست به بررسی مسئله از جهت عقلی پرداخته و می گوئیم بطلان تعلیق انشاء و صحت تعلیق متعلق منشأ، مسلم است، در مورد تعلیق منشأ که محل بحث می باشد به نظر ما از جهت عقلی مشکلی نیست، هیچ مانعی ندارد که قضیه تعلیقیه انشاء شود و نیز لازم نیست ظرف انشاء با ظرف منشأ یکی باشد، در ادامه به بررسی مسئله از جهت تحقق اجماع پرداخته، صورتهای مختلف مسئله را مطرح ساخته، دلیل مرحوم آقای خوئی درباره بطلان تعلیق را ذکر می کنیم که تعلیق را عرفاً مستنکر دانسته اند و در پاسخ این دلیل می گوئیم که اولاً، تعلیق در عرف عام استنکاری ندارد و اگر بر فرض تعلیق مورد تقبیح عقلاء باشد به معنای بطلان آن در نزد عقلاء نیست همچون عقد سفهایی که به عقیده مرحوم آقای خوئی، صحیح می باشد. امضاء شرع هم تمام عقود صحیح عقلایی را شامل می گردد.

الف) بررسی حکم تعلیق در عقد نکاح از جنبه عقلی:

اشاره

مسئله تعلیق در عقود دو گونه بحث دارد، یک بحث از جنبه عقلی و یک بحث از جنبه نقلی و تبعی.

از جهت عقلی مسئله، باید دانست که تعلیق در سه مورد مطرح است: 1 - تعلیق انشاء 2 - تعلیق منشأ 3 - تعلیق متعلق منشأ. تعلیق انشاء مسلماً باطل است. تعلیق متعلق منشأ، مسلماً صحیح است و بحث در تعلیق منشأ است که آیا صحیح است یا خیر؟

ص: 3251

1) محال بودن تعلیق انشاء:

انشاء از مقوله فرض است، وقتی ما فرض می‌کنیم که رجل شجاع اسد است در اینجا در فرض ما هیچ گونه تعلیقی راه ندارد، نمی‌شود گفت که من در صورتی فرض کرده‌ام و در صورتی فرض نکرده‌ام، وقتی کسی ملکیت را انشاء می‌کند، نمی‌توان گفت که انشاء وی هنوز صورت نگرفته و به تحقق شرطی متوقف است، انشاء همچون علم و تصور می‌باشد، وقتی شخصی به مطلب علم دارد و امری را تصور می‌کند نمی‌توان گفت که علم و تصور وی فعلی نیست و تقدیری است، در یک صورت علم وی نیست و در صورت دیگر علم وی وجود دارد.

آری انسان می‌تواند خبر دهد که اگر زید آمد من انشاء خواهم کرد، ولی سخن ما در جمله انشایی است که با نفس تکلم، انشاء تحقق پیدا می‌کند.

2) امکان تعلیق منشأ:

اشاره

تعلیق منشأ که در امکان آن نزاع است، به نظر ما ممکن است و هیچ اشکال عقلی ندارد به عنوان مقدمه به مفاد قضایای شرطیه توجه شود، وقتی گفته می‌شود: ان کانت الشمس طالعه فالنهار موجود، وقتی انسان علم به مفاد این جمله پیدا می‌کند، علم ما فعلی است و تعلیق ندارد ولی معلوم ما معلق است، یعنی ما به وجود نهار بر فرض طلوع شمس علم داریم (1) نه به وجود بالفعل نهار.

اشکالی در باب استصحاب کلی قسم ثانی و پاسخ آن

در باب استصحاب کلی قسم ثانی، تعبیری در کلمات قوم وجود دارد که علی تقدیر، علم به بقاء داریم و علی تقدیر، علم به ارتفاع، یعنی اگر کلی در ضمن فرد

ص: 3252

1- (1) (توضیح بیشتر) در قضایای شرطیه اختلافی به مناطقه و ادباء نسبت داده اند که آیا مفاد قضیه، حکم به ملازمه بین شرط و جزاء است یا حکم به جزاء بر فرض تحقق شرط؟ این اختلاف (صرف نظر از صحت نسبت) ربطی به کلام استاد - مد ظلّه - ندارد، زیرا به هر حال در مورد قضایای شرطیه ما اگر جزاء را بر فرض شرط تصور کنیم، می‌بینیم که بدان یقین داریم، مفاد قضایای لفظی هر چه می‌خواهد باشد، باری علم به ملازمه یا علم به جزاء بر فرض شرط، با علم به جزاء فعلی تفاوت دارد و استاد در بحث بر این نکته تکیه دارد.

طویل موجود شده باشد، علم به بقاء کلی داریم، و اگر در ضمن فرد قصیر موجود شده باشد، علم به ارتفاع کلی داریم، در اینجا این اشکال از قدیم در ذهن ما بود که ما چون می دانیم که یا کلی در ضمن فرد طویل موجود شده یا در ضمن فرد قصیر، قهراً اجمالاً می دانیم که یکی از دو جزاء (علم به بقاء یا علم به ارتفاع) فعلی است، بنابراین موضوع استصحاب که شک است محقق نیست و نباید استصحاب جاری باشد.

در پاسخ این سؤال می گوئیم در اینجا بین تعلیق علم و تعلیق معلوم خلط شده است، در جمله «اگر کلی در ضمن فرد طویل موجود باشد، من علم به بقاء کلی دارم»، اگر ما علم را در ناحیه جزاء قرار دهیم یعنی علم را معلق بگیریم، این جمله نادرست است، زیرا ملازمه ای بین وجود واقعی کلی در ضمن فرد طویل با علم من به بقاء نیست، بلکه ملازمه بین علم من به وجود کلی در ضمن فرد طویل با علم من به بقاء می باشد، بنابراین اگر بخواهیم با فرض اخذ علم در ناحیه جزاء، جمله فوق را تصحیح کنیم باید علم را در ناحیه شرط هم اخذ کنیم، درباره جمله دوم هم باید بگوئیم: اگر من علم داشته باشم که کلی در ضمن فرد قصیر موجود است، علم به ارتفاع کلی دارم، در اینجا هر دو جمله صادق است، ولی هیچ یک از دو شرط (علم به تحقق کلی در ضمن فرد طویل و علم به تحقق کلی در ضمن فرد قصیر) متحقق نیست قهراً هیچ یک از دو جزاء فعلی نیست، پس نمی توان گفت که اجمالاً می دانیم که یقین به بقاء یا یقین به ارتفاع وجود دارد.

آری، دو جمله مورد بحث را می توان به گونه دیگری تفسیر کرد که نیازی به اخذ علم در شرط نباشد و آن در جایی است که ما علم را در جزاء دو جمله قرار نمی دهیم بلکه چنین می گوئیم که من علم دارم که بر فرض تحقق کلی در ضمن فرد طویل، کلی باقی است، و نیز علم دارم که بر فرض تحقق کلی در ضمن فرد قصیر، کلی مرتفع است. در اینجا ما دو علم داریم که متعلق هر دو تعلیقی است، علم به قضیه تعلیقیه تا با آن علم به تحقق معلق علیه، همراه نباشد، علم به قضیه فعلیه را نتیجه نمی دهد، در قیاسهای منطقی علم به قضیه شرطیه برای اثبات تحقق تالی

کافی نیست، بلکه باید علم به تحقق مقدم هم ضمیمه شود، ما در مثال فوق نسبت به هیچ یک از دو شرط (تحقق کلی در ضمن فرد طویل، و تحقق کلی در ضمن فرد قصیر)، علم به تحقق آن نداریم، قهراً اصولاً علم به تحقق جزاء نداریم و نمی توان گفت که یکی از دو یقین (یقین به بقاء و یقین به ارتفاع) فی الجمله موجود است.

خلاصه این که تعلیق علم را نباید با تعلیق معلوم خلط کرد.

حال در بحث انشاء تعلیقی، تعلیق نفس انشاء و فرض محال است. ولی مفروض ما می تواند امری معلّق باشد و می توان ظرف مفروض را متأخر از ظرف فرض قرار داد، به این مثال توجه کنید: ما اگر رجل شجاع را اسد فرض کنیم، گاه زید در حال حاضر صفت شجاعت را داراست بنابراین «اسدیت زید در همین الآن» را، فرض می کنیم، ولی گاه زید اکنون فاقد این شرط است ولی در آینده واجد آن می گردد، ما در اینجا «اسدیت زید در آینده» را فرض می کنیم، در هر دو صورت فرض ما فعلی است ولی در یکی اسدیت بالفعل زید مفروض است و در دیگری اسدیت آینده زید.

فرض همچون علم می باشد، در علم می تواند متعلق علم یک قضیه تعلیقیه باشد و علم می تواند به شیء آینده تعلّق بگیرد، مثلاً همه مسلمانان به معاد باور دارند که امری استقبالی است. به تعبیر برخی از علماء «معلوم بالعرض» می تواند امری استقبالی باشد، ما اکنون نمی خواهیم در مورد صحت و سقم این تعبیر بحث کنیم و درباره تعیین معلوم بالذات و معلوم بالعرض سخن بگوییم،⁽¹⁾ به هر حال امکان تغایر ظرف معلوم (یعنی شیء خارجی) و ظرف علم بدیهی است.

در باب انشاء هم که از مقوله فرض است، هیچ مانعی ندارد که انشاء و فرض فعلی باشد ولی ظرف منشأ و مفروض آینده باشد.

ص: 3254

1- (1) (توضیح بیشتر) بحث از تعیین معلوم بالذات و معلوم بالعرض تا حدودی لفظی بوده و به کیفیت تفسیر کلمه «علم» وابسته است، اگر مراد از «علم»: حضور صوره الشیء عند النفس باشد، متعلق واقعی این وصف شیء خارجی است و صورت ذهنی اصلاً به این وصف متّصف نمی شود. اگر مراد از علم، نفس کیف نفسانی باشد، این کیف به صورت ذهنی تعلّق می گیرد و تعلّق آن به خارج، بالعرض است.

3) تذکر یک نکته:

در مبحث تعلیق منشأ، دو بحث در لابلای کلمات علماء مطرح است.

بحث اول: یا منشأ می تواند قضیه شرطیه باشد یا حتماً باید قضیه فعلیه باشد.

بحث دوم: آیا ظرف تحقق منشأ می تواند غیر از ظرف تحقق انشاء باشد؟ (1) ما در هر دو بحث می گوئیم که مانعی ندارد که منشأ قضیه شرطیه باشد و نیز اشکالی ندارد که منشأ متأخر از انشاء باشد، همچنان که علم به قضیه شرطیه و نیز علم به معلوم متأخر امکان دارد و خارجاً هم واقع شده است.

4) وقوع تعلیق در شرعیات:

تعلیق منشأ و تأخر منشأ از انشاء، هم در باب اوامر واقع می گردد که همان واجبات مشروطه (که شرط آن در آینده تحقق می یابد) می باشد و هم در باب عقود و ایقاعات مانند باب سبق و رمایه که در آن ملکیت برای کسی که جلو بیفتد انشاء شده است (بنابراین ملکیت مشروط به جلو افتادن است و در آینده هم تحقق می یابد)، و باب تدبیر که در آن حرّیت بعد از وفات اعتبار می گردد و باب وصیت که ملکیت بعد الموت انشاء شده است و باب جعاله (: من ردّ عبدی فله کذا) که در آن ملکیت جُعَل برای عامل مشروط به تحقق شرط عمل اعتبار گردیده است، در تمام این موارد انشاء فعلی است و تعلیقی در آن نیست ولی منشأ معلق یا متأخر است (یعنی خود منشأ نه متعلق المنشأ) (2)

ص: 3255

1- (1) (توضیح بیشتر) این دو بحث از هم مستقل است، ممکن است منشأ قضیه شرطیه باشد ولی ظرف منشأ همان ظرف انشاء باشد، مثلاً این جمله که اگر زید بیاید، تو از همین الآن مطلقه باشی، از طرف دیگر ممکن است منشأ قضیه فعلیه باشد. ولی ظرف آن غیر از ظرف انشاء باشد، مثلاً شخص ملکیت فعلیه متأخر یا متقدّم را انشاء کند، در اجازه عقد فضولی، بنا بر برخی از اقوال مالک با اجازه خود، ملکیت از حین عقد را انشاء می کند، در اجازه مالک تعلیقی در کار نیست ولی ظرف منشأ غیر از ظرف انشاء است.

2- (2) (توضیح بیشتر) گاه منشأ خود متعلق دارد همچون ملکیت که به شیء مملوک تعلق می گیرد گاه تأخر زمانی در مملوک فرض می گردد نه در ملکیت، همچون باب اجاره که در آن مستأجر منفعت یک ساله را همین الآن مالک می گردد، در اینجا منشأ یعنی ملکیت منفعت همچون انشاء بالفعل تحقق می یابد، ولی ظرف متعلق المنشأ (منفعت) امر استقبالی است.

خلاصه تعلیق منشأ و تأخر آن از انشاء اشکالی عقلی ندارد، خارجاً هم وقوع دارد و «ادلّ دلیل علی امکان شیء وقوعه».

تعلیق متعلق المنشأ هم که جایز است بلا خلاف، مثل این که شما الآن زید را وکیل در فروش خانه در فردا می کنید، وکالت هم از همین الآن فرض شده ولی موکّلاً فیه، «فروش خانه در فردا» می باشد، تعلیق متعلق المنشأ در اینجا شبیه واجب معلق است که در آن وجوب فعلی است ولی واجب استقبالی.

5) بررسی اشکالی از مرحوم سید رحمه الله:

مرحوم شیخ در مورد تعلیق منشأ در مکاسب می فرماید: لا ریب فی أنّه امر متصور واقع فی العرف و الشرع کثیراً فی الاوامر و المعاملات من العقود و الايقاعات(1)

مرحوم سید اشکال کرده اند که شیخ انصاری که در باب واجب مشروط در اصول، تقیید نفس وجوب را نادرست می داند، چطور در اینجا تعلیق در منشأ را در باب اوامر تصویر کرده است.(2)

ولی این اشکال به شیخ وارد نیست زیرا شیخ در جایی که انشاء وجوب با صیغه افعال و مانند آن که معانی حرفیه دارند صورت گرفته باشد، تقیید نفس وجوب را

ص: 3256

1- (1) مکاسب، چاپ شهیدی، ص 100، س 14.

2- (2) حاشیه مکاسب، ص 91.

نادرست می‌داند، مثل «أَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ»، ولی اگر وجوب با اسم باشد و از ماده استفاده شده باشد نه هیئت، همچون «كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ»، «فرض علیکم الحج»، «نأمرکم بكذا»، در اینجا شیخ هم جواز تعلیق را قبول دارد، پس بین دو کلام شیخ تهاافت نیست. (1)

ب) بررسی مسئله تعلیق از جهت تبعی:

اشاره

بسیاری از علماء، بطلان تعلیق را مستند به اجماع دانسته اند، مرحوم آقای خوئی چند صورت از مسئله را مسلم انگاشته اند که تعلیق اشکالی ندارد.

1) کلام مرحوم آقای خوئی:

تعلیق در دو صورت اشکال ندارد، صورت اول: معلق امری فعلی باشد نه استقبالی و معلق علیه هم قطعی الحصول باشد خواه در حال یا در آینده، مثلاً اگر بگوید: چنانچه امروز سه شنبه باشد، تو زن من باش - و فرض هم این است که هر دو می‌دانند که امروز سه شنبه است - یا چنانچه فردا چهارشنبه باشد، تو از امروز زن

ص: 3257

1- (1) (توضیح بیشتر) البته مرحوم شیخ در باب اوامر علاوه بر اشکال اثباتی استحاله تقیید هیئت، اشکالی ثبوتی هم در مورد واجب مشروط دارند که اراده که روح حکم است باید از همان وقت انشاء فعلی باشد و تعلیق در نفس اراده متصور نیست، این اشکال با بحث شیخ در مکاسب منافات ندارد، چه تعلیق وجوب به عنوان یک امر اعتباری به عقیده شیخ اشکال ندارد ولی شیخ این امر اعتباری را موضوع حکم عقل به لزوم امثال ندارد بلکه اراده مولی را تمام الموضوع می‌داند، بحث امکان تعلیق امر اعتباری بحثی است و بحث این که موضوع حکم عقل به تجزیه و تعدیر و لزوم و عدم لزوم امثال چیست بحثی دیگر است. گفتنی است که مرحوم سید اشکال را چنین تقریب کرده اند که اگر ما انشاء ملکیت معلقه را تصویر کردیم، باید انشاء واجب مشروط را هم تصویر کنیم و تفکیک بین این دو وجهی ندارد، اشکال این تقریب آن است که ملازمه ای بین این دو مبحث نیست، اشکال ثبوتی شیخ در خصوص طلب می‌باشد و نظیر آن در مطلق احکام تکلیفیه جاری است ولی این اشکال به احکام وضعیه همچون ملکیت سرایت نمی‌کند، اشکال اثباتی شیخ در باب واجب مشروط، هر چند اختصاص به احکام تکلیفیه ندارد ولی تنها در جایی که انشاء با صیغه صورت گرفته است جاری است. لذا استاد - مد ظله - کلام مرحوم سید را با تقریب دقیقتری مطرح ساخته اند که بر عبارت «فی الاوامر» در کلام شیخ در مکاسب تکیه شده است.

من باش، در اینجا چهارشنبه بودن که به نحو شرط متأخر لحاظ شده قطعی است، در این صورت اشکالی نیست که تعلیق و عدم تعلیق حکم واحدی دارند.

صورت دوم: در جایی که معلق علیه امری است که صحت معلق (همچون نکاح و طلاق یا دیگر امور اعتباری) بر آن متوقف است مانند ان کان هذا مالی فقد بعته، در اینجا هم تعلیق اشکالی ندارد، هر چند تحقق معلق علیه قطعی نباشد، در این صورت هم فرقی نیست که توقف صحت معلق بر معلق علیه، توقف عقلایی باشد همچون مثال قبل، یا توقف شرعی باشد همچون: «ان لم تکنی فی الاحرام - او فی العده - فقد زوجتک» محل بحث غیر از این دو صورت است.

2) بررسی کلام مرحوم آقای خویی رحمه الله:

در دو صورت بالا که صحت تعلیق مسلم دانسته اند، کاملاً محل خلاف می باشد، شیخ طوسی در جاهای مختلف مبسوط در باب طلاق بر بطلان تعلیق تأکید کرده است (1) که اطلاق آن جایی را هم که معلق علیه قطعی باشد شامل می گردد، در جایی از مبسوط هم تصریح کرده که تعلیق بر امری که صحت طلاق بر آن متوقف است باطل می باشد. اذ قال انت طالق الآن او فی هذا الحین او فی هذه الساعه ان کان الطلاق يقع علیک للسنه، نظرت، فان کان الحال زمان السنه وقع الطلاق، و یقوی فی نفسی انه لا یقع لانه معلق بشرط (2).

بنابراین باید در این دو صورت هم بحث کنیم که آیا معقد اجماع و سایر ادله بطلان این دو صورت را شامل می شود یا خیر؟

3) سایر صور مسئله در کلام مرحوم آقای خویی و حکم آنها:

صورت سوم: جایی است که معلق علیه مقطوع الحصول است، لکن معلق که همان منشأ و معتبر است امری استقبالی، مانند: اگر چنین باشد (که قطعاً هم محقق

ص: 3258

1- (1) مبسوط 5:5، 6، 7 و...

2- (2) مبسوط 5:12 ینابیع 39:151.

است) تو از فردا زوجه من باش

صورت چهارم: جایی است که معلق علیه مشکوک الحصول است ولی منشأ و معتبر حالی است مثل این که بگوید: اگر چنین باشد (که تحقق آن مشکوک است) تو از الآن زوجه من باش(1)

مرحوم آقای خوئی این دو صورت را مورد بحث و نزاع دانسته اند، ایشان یکی از ادله بطلان عقد معلق را در این صورت استنکار عرف می داند و می فرماید: ادله نفوذ عقد منصرف به متعارف است و از عقودی که عرفاً مستنکر است انصراف دارد، و در این موارد تعلیق در نزد عرف مستنکر است.

4 بررسی کلام مرحوم آقای خوئی رحمه الله:

در اینجا در دو مرحله باید بحث کرد، مرحله اول: آیا تعلیق در این موارد عرفاً مستنکر است (بحث صغروی). مرحله دوم: آیا عقدی که عرفاً مستنکر است باطل می باشد (بحث کبروی).

در مورد بحث صغروی گفتنی است که مرحوم آقای خوئی به سیره متشرعه استدلال نکرده اند بلکه به سیره عقلاییه و عرف عام تمسک کرده اند و تعلیق را در نزد عقلاء به طور کلی مستنکر دانسته اند، ولی به نظر می رسد که این مطلب صحیح نیست، اگر گفته شود: چنانچه تو در امتحان قبول شوی، زن من باش(2)، یا چنانچه

ص: 3259

1- (1) (توضیح بیشتر)، هر یک از معلق و معلق علیه می تواند حالی یا استقبالی باشد، مثلاً ملکیت که معلق است ممکن است از الآن باشد و ممکن است از چند روز دیگر اعتبار شود، در هر دو صورت معلق علیه می تواند حالی باشد یا استقبالی مثل این که اگر امروز پنجشنبه باشد و یا اگر فردا جمعه باشد ملکیت این مال برای تو باشد.

2- (2) اسماعیل پاشا خدیو مصر به دختری که گویا از منسوبین او بوده وعده می دهد که اگر در امتحان معارف خوب از عهده امتحان برآید، او را به یکی از پسرهای خود عقد کند، از قضا از امتحان هم خوب درآمد، خود اسماعیل پاشا حاضر در امتحان وی بود از او پرسید: از قرآن تا کجا خوانده ای؟ گفت: تا آیه و اذکر فی الكتاب اسماعیل انّه کان صادق الوعد، اسماعیل پاشا ملتفت شد که با خواندن این آیه اشاره به وعده وی می کنید او نیز به وعده اش وفا نمود (الكلام یجر الکلام، ج 2، ص 132) حال اگر جمله فوق به این شکل بود: چنانچه از عهده امتحان برآیی، تو زن فلان پسر من باشی آیا عرفاً چنین تعلیقی مستنکر است؟ به نظر نمی رسد.

من معتاد شوم تو مطلقه باشی. در اینجا هر چند معلّق علیه مشکوک باشد چنین تعلیقی را عرف مستنکر نمی داند.

در مورد بحث کبروی هم گفتنی است که مراد از استنکار عرف چیست؟ اگر مراد این است که عرف عقود معلّق را باطل می دانند می توان استدلال ایشان را از جهت کبروی پذیرفت زیرا بر فرض سیره عقلاییه بر بطلان عقد معلّق، عمومات و اطلاقات صحت عقود نمی تواند رادع از سیره عقلاییه بر بطلان باشد، چنانچه در جای خودش بحث شده است (1)، سیره ای را که در نزد عقلاء معمول است به خاطر قوّت ارتکاز آن در اذهان عرف نمی توان با عمومات و اطلاقات ردع کرد بلکه باید دلیل خاصّ و نص بر ردع آن آورده شود، ولی از جهت صغروی قطعاً عرف تعلیق را باطل نمی داند، در برخی از عقود همچون وصیت، تدبیر، سبق و رمایه، به عقیده تمام فقهاء شیعه و سنی تعلیق صحیح است چنانچه گذشت، در عقود دیگر همچون عقد طلاق و عتاق، شیخ طوسی و سید مرتضی بطلان تعلیق را از متفردات امامیه قرار داده، و فتوای تمام اهل سنت را بر صحت طلاق و عتق معلّق می دانند، حال اگر از فتوای اهل تسنن هم صرف نظر کنیم بی شک سیره عمومی عقلاء بر بطلان تعلیق نیست.

بنابراین، اگر استنکار عرفی در کار باشد به این معناست که عرف تعلیق را ناشایست دانسته و آن را تقبیح می کنند، عقود غیر متعارف مورد تقبیح عرف قرار دارد، ولی این معنا از استنکار عرف، سبب انصراف اطلاقات و عمومات و در نتیجه بطلان عقد نمی شود، از این رو خود مرحوم آقای خوئی در جاهای دیگر چنین مشی نکرده اند، در مورد عقد سفهایی، علماء معمولاً حکم به بطلان می کنند مانند این که چیزی که مالیت ندارد مانند یک پر کاه را به مبلغ گزاف بفروشد، ولی مرحوم

ص: 3260

1- (1) به بحث حجیت ظواهر و حجیت خبر واحد مراجعه شود که در آن این مطلب مطرح شده که آیات ناهیه از ظن نمی تواند از بناء عقلاء در این موارد ردع کند.

آقای خوئی می فرماید: بیع سفیه باطل است نه بیع سفهایی، البته بیع سفهایی متعارف نیست ولی عقلاء آن را باطل نمی دانند و شارع مقدس هم معاملاتی را که عقلاء صحیح می دانند خواه متعارف باشد، و خواه غیر متعارف و مورد تقبیح عقلاء، صحیح دانسته است، بسیاری از انشاء طلاقها در نظر عرف مذموم است و عقلاء آن را تقبیح می کنند، با این حال حکم به صحّت آن می کنند، همچنین بسیاری از معاملات مورد مذمت عقلاء است ولی عقلاء آن را باطل نمی دانند، شارع هم صحّت معاملاتی صحیح در نزد عقلاء را به طور کلی امضاء کرده است.

5) استدلال به روایات برای بطلان تعلیق:

مرحوم آقای خوئی بر بطلان تعلیق به روایات تمسک کرده اند، اصل استدلال از مرحوم صاحب جواهر است که در بحث از بطلان تعلیق در عقود و ایقاعات مختلف بدان اشاره کرده ولی روایات را ذکر نکرده اند، ملخص استدلال این است که ما در نصوص در باب عقود و ایقاعات می بینیم که به مجرد تحقق ایجاب و قبول (با اجتماع سایر شرایط) اثر عقد را بار کرده است، بنابراین در نظر شرع تنها عقد و ایقاعی صحیح است که در ترتب اثر عقد حالت منتظره ای نباشد، در حالی که در عقد یا ایقاع معلق حالت منتظره وجود دارد.

تفصیل این استدلال و بررسی آن را در جلسه بعد دنبال می کنیم. ان شاء الله

«* و السلام*»

ص: 3261

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس این جلسه:

در این جلسه، ابتدا استدلال صاحب جواهر و آقای خوبی رحمه الله به دلیل لفظی بر اعتبار تنجیز را بررسی می کنیم و سپس ادعای اجماع در مسئله را مورد بحث قرار خواهیم داد.

الف) تمسک به دلیل لفظی در مسئله:

1) استدلال صاحب جواهر رحمه الله بر مبطلت تعلیق در عقود به روایات:

صاحب جواهر رحمه الله برای اثبات اشتراط تنجیز در عقود می فرماید (1) از ادله شرعی فهمیده می شود که با گفتن ایجاب و قبول، اثر شرعی عقد بلافاصله مترتب می شود و حالت منتظره ای در کار نیست. ایشان می فرماید: این دلیل است بر اینکه فقط عقودی شرعاً صحیح اند که منجز باشند چون در عقود معلقه حالت منتظره وجود دارد و تا معلق علیه حاصل نشود، اثر مترتب نمی شود و این بر خلاف مقتضای ادله مزبور است. البته صاحب جواهر رحمه الله اشاره ای به نفس این ادله نکرده و توضیح نداده که کدام آیه یا روایت چنین دلالتی دارد.

ص: 3262

1- (1) (توضیح بیشتر): ایشان در کتاب الطلاق در شرح عبارت محقق «یشترط فی الصیغه تجرّدها عن [التعلیق علی] الشرط [المحتمل وقوعه، نحو إن جاء زید] و [علی] الصفه [المعلوم حصولها نحو اذا طلعت الشمس] فی قول مشهور [بل] لم أقف علی مخالفٍ متّاً» می نویسد: [للاجماع] و منافاته لقاعده عدم تأخر المعلول عن علته اذ السبب الشرعی کالسبب العقلی بالنسبه الی ذلك إلا ما خرج بالدلیل بل هو فی الحقیقه من الشرائط المخالفه للکتاب و السنه و المحلله حراماً، ضروره أنه بعد ظهور الأدله فی ترتب الأثر علی السبب الذی هو الصیغه فاشترط تأخره الی حصول المعلق علیه شرع جدید أو اشتراط لأمر لا یرجع مثله الی المشتراط و انما یرجع به الی الشارع فلا وجه حیثیذ لدعوی اقتضاء الاطلاقات و عموم المؤمنون الصحه...» جواهر الکلام، ج 32، ص 78.

2) تأیید استدلال صاحب جواهر رحمه الله توسط آقای خویی رحمه الله:

مرحوم آقای خویی رحمه الله در تأیید صاحب جواهر رحمه الله اشاره ای به روایات کرده است که بعضی از آنها مربوط به باب نکاح نیست. آنکه مربوط به باب نکاح است، همان روایت ابان بن تغلب است که قبلاً هم خوانده شد:

«قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: تقول: أترّوجكِ متعاً على كتاب الله و سنّه نبیّه صلی الله علیه و آله لا وارثه و لا موروثه كذا و كذا يوماً و ان شئت كذا و كذا سنه بكذا و كذا درهماً و تسمی من الأجر ما تراضیتما علیه قليلاً كان او كثيراً، فاذا قالت: نعم فقد رضيت فهي امرأتك و انت أولى الناس بها»

پس این روایت دلالت دارد بر اینکه با گفتن ایجاب و قبول مطلب تمام می شود و حالت منتظره ای باقی نمی ماند و این فقط با تنجیز در عقد سازگار است، لذا کاشف از بطلان عقود معلقه است.

3) پاسخ استاد مد ظله به استدلال آقای خویی رحمه الله:

در کلام آقای خویی رحمه الله مناقشاتی وجود دارد.

اولاً: در سند این روایت که ایشان از آن به صحیحه تعبیر کرده، ابراهیم بن فضل وجود دارد که در هیچ کتاب رجالی توثیق نشده است و حتی طبق مبانی خاص آقای خویی هم نمی توان وثاقتش را اثبات کرد و لذا ایشان در معجم الرجال اصلاً سخنی از وثاقت او به میان نیاورده است.

ثانیاً: متعارف عقد نکاح، عقود منجزه است و روایت متعرض فرد متعارف شده و تعرض فرد متعارف دلالت بر انحصار نمی کند.

ثالثاً: در خود روایت قرآنی است که دلالت روایت بر مفهوم را از کار می اندازد چون با توجه به این که مسئله فروض مختلف دارد ظاهراً این روایت در مقام بیان تمام فروض نیست، بلکه چون ازدواج متعه مسئله تازه ای بوده حضرت خواسته اند از باب مثال، یک فرد روشن از فروض متعارف را مطرح کنند نه اینکه بخواهند سایر فروض را نفی کنند. مثلاً این که در مورد اجرت تعبیر به درهم کرده اند یا در مورد

مدّت تعبیر به یوم یا سنه کرده اند یا اشتراط را مطرح کرده اند این ها همه از باب مثال است و هیچ کدام در عقد معتبر نیست. همان طور که خود آقایان هم فرموده اند و اینکه روایت متعرض فرض تعلیق نشده از همین باب است چون تعلیق نکاح متعه خلاف متعارف است و افراد معمولاً برای این که بالفعل استمتاع ببرند اقدام به این نکاح می کنند نه این که آن را بر تحقق امر دیگری معلق کنند. لذا نمی توان بطلان عقد معلق را از این روایت نتیجه گرفت.

رابعاً: خود سؤال ابان بن تغلب همین نکته را تقویت می کند که روایت ناظر به همه فروض نیست. وقتی می پرسد: «کیف اقول لها اذا خلوت بها» منظورش خصوص آن فرض است که شخص قصد استفاده بالفعل دارد. و با زن خلوت کرده و صرفاً می خواهد صیغه عقد را بخواند تا استمتاع جایز شود و حضرت هم بر طبق سؤال او جواب داده اند. و اصلاً ناظر به فرض تعلیق عقد نیستند.

خامساً: همان طور که قبلاً گفتیم بر فرض تمامیت این استدلال نمی توان از مورد روایت که عقد متعه است به عقد دائم تعدی کرد، چون در عقد متعه خصوصیات معتبر شده که در عقد دائم معتبر نیست، مثلاً تعیین مهر و قصد انقطاع از جمله تضحیقاتی هستند که در متعه لحاظ شده اما در عقد دائم، قصد دوام معتبر نیست، همان طور که عدم تعیین مهر باعث بطلان عقد نمی شود. بنابراین، دلیل مذکور اخصّ از مدّعا است و اگر تعلیق در عقد متعه موجب بطلان عقد باشد نمی توان نتیجه گرفت که در عقد دائم هم موجب بطلان است. بنابراین، نمی توان اعتبار تنجیز در عقد نکاح را با ادله لفظیه اثبات کرد.

(ب) تمسک به اجماع در مسئله:

(1) بیان صاحب کشف اللثام رحمه الله:

صاحب کشف اللثام رحمه الله اعتبار تنجیز را اتفاقی دانسته است. و می فرماید: «لا عقد مع التعلیق»⁽¹⁾ سپس اضافه می کند: حتی در مواردی که معلق علیه قطعی الحصول

ص: 3264

است و خود شخص هم واقعاً قصد تعلیق ندارد. در اینجا هم تعلیق مبطل عقد است مثل «ان كان اليوم يوم الجمعة فقد زوّجتك» در صورتی که قصدش صرفاً تأکید است نه تعلیق، یعنی همان طور که چهارشنبه بودن امروز قطعی است، جزای قضیه شرطیه هم قطعی است، قطعیت انشاء را بیان می کند نه این که تعلیق باشد و بخواهد، ثبوت عند الثبوت و عدم عند العدم را بفهماند و لذا چهارشنبه بودن یا نبودن هیچ دخالتی در حکم ندارد و حقیقتاً تعلیقی در کار نیست، در عین حال، ایشان در این فرض نیز قائل به بطلان است و وجه بطلان را این می دانند که علماً در صحّت عقد شرط می کنند که باید از الفاظ صریح استفاده شود و از الفاظ غیر صریح و کنایی اجتناب شود و تعلیق عقد بر این که امروز جمعه باشد صریح در تأکید نیست و با تعلیق هم می سازد و با تعلیق عقد محقق نمی شود هر چند مراد شخص تأکید باشد نه تعلیق. خلاصه آن که در عقود علاوه بر این که تنجیز معتبر است یعنی اگر اعتبار عقد معلق بر امری باشد، عقد محقق نمی شود باید الفاظی که با آن الفاظ عقد انشاء می گردد نیز صراحت در تنجیز داشته باشند.

(2) بیان صاحب جواهر رحمه الله:

صاحب جواهر رحمه الله هم به تبع کشف اللثام ادّعی اتفاق بر اعتبار تنجیز می کند و معمولاً خود ایشان مستقیماً به فتاوی مراجعه نمی کنند. ایشان فقط در حدّ دو سه سطر به مسئله اشاره کرده و در ضمن یک اشکالی به صاحب کشف اللثام وارد می کند که البته مراد ایشان واضح نیست. در مورد این ادّعی کشف اللثام که تعلیق بر امر قطعی الحصول حتی در صورتی که قصد تعلیق نداشته باشد موجب بطلان عقد است، صاحب جواهر رحمه الله اشکال می کند که ما قطع داریم به صحّت در فرض مزبور عبارت صاحب جواهر رحمه الله این طور است:

«و فيه ما لا يخفى من القطع بالصحة لو قال: «ان كان يوم الجمعة فقد زوّجتك» على فرض عدم ارادة التعليق منه»⁽¹⁾

ص: 3265

مراد ایشان واضح نیست که آیا از جهت صغروی می خواهند اشکال کنند و بفرمایند این جمله صریح است در تأکید و حکم الفاظ کنایی را ندارد یا اینکه از حیث کبروی می خواهند اشکال کنند و بگویند صراحت معتبر نیست و با الفاظ غیر صریح هم می توان عقد را واقع کرد.

3) بررسی ادعای اجماع توسط استاد مدّ ظلّه:

همانطور که اشاره شد صاحب جواهر رحمه الله ادعای اتفاق بر اعتبار تنجیز کرده است و این را از کشف اللثام اخذ کرده است. با توجه به این که عمده دلیل این مسئله اجماع است ما به اقوال علما مراجعه کردیم تا صحت و سقم این ادعا مشخص شود. نتیجهٔ تتبع ما این بود که قبل از یحیی بن سعید، حلّی در کتاب «الجامع» کسی را پیدا نکردیم که در باب نکاح مسئله اعتبار تنجیز را مطرح کرده و فتوای صریحی داده باشد. البته در ابواب طلاق و عتق از قدیم این مسئله عنوان شده، اما در باب نکاح اولین کسی که متعرض شده یحیی بن سعید در الجامع است که این کتاب را در حدود سال 654 ه. تألیف کرده است.⁽¹⁾

بعد از ایشان علامه حلّی رحمه الله (م 726) در سه کتاب قواعد، تحریر و تذکره این مسئله را عنوان کرده است. شهید اول رحمه الله (ش 786) هم در قواعد بیانی دارد که عبارت ایشان را خواهیم خواند. بعد از ایشان کسی متعرض نشده تا می رسیم به محقق کرکی رحمه الله (م 940) که در جامع المقاصد می فرماید: قطعاً تنجیز معتبر است اما ادعای اجماع نمی کند. بعد از ایشان هم کسی فتوی به اعتبار تنجیز نداده تا زمان کاشف اللثام (م 1137)، بلکه احتمالاً مرحوم فیض (م 1091) در این مسئله مخالف است چون ایشان در مفاتیح در باب نکاح متعه می گوید: مقتضای اصل این است که لازم نباشد متعلّق عقد از همان زمان عقد حاصل شود، و البته توضیح نمی دهند که

ص: 3266

1- (1) ایشان در یک جایی از کتاب به حادثه آتش سوزی حرم نبوی در سال 654 که ایشان مشغول تألیف کتاب بوده اشاره کرده است.

مراد از اصل عمومات است یا چیز دیگر. ضمناً به یک روایتی که از جهات متعدد ضعیف السند است استناد کرده اند. ظاهراً ایشان می خواهند حکم اینجا را مثل باب اجاره بدانند چون در روایات متعه آمده «هنّ مستأجرات» و آقایان هم قبول دارند که شخص می تواند در عقد اجاره که تملیک منافع است ظرف تملیک منافع را زمان آینده قرار دهد یعنی مثلاً تملیک پس از یک ماه صورت بگیرد (اما این که تملیک فعلی باشد و انتفاع پس از یک ماه باشد این مسلماً جایز است)

البته مرحوم فیض در نکاح دائم در مورد اعتبار تنجیز نفیاً و اثباتاً نظر نداده است، ولی از اینکه در نکاح متعه تصریح کرده که فعلیت ترتب اثر معتبر نیست می توان احتمال داد که کلاً تنجیز را در نکاح معتبر نمی دانند.

بعد از مرحوم فیض، می رسیم به کاشف اللثام که ادعای اتفاق کرده و صاحب جواهر رحمه الله هم که از ایشان تبعیت کرده است. صاحب انوار الفقاهه و شیخ انصاری رحمه الله نیز به تبع صاحب جواهر رحمه الله تنجیز را معتبر دانسته اند.

4) کلام علامه حلی رحمه الله:

علامه رحمه الله در تذکره می فرماید: از آنجا که در عقود جزم معتبر است و تعلیق با جزم نمی سازد، لذا عقود معلقه باطل می باشند. ایشان مثالهایی را مطرح می کند که در بسیاری از آنها معلق علیه شرط صحّت عقد است مثلاً همان جمله «ان کانت انثی فزوجتکها» یا این مثال که «اگر در حال احرام نباشی تو را تزویج کردم» یا «اگر در عدّه نباشی تو را تزویج کردم». بنابراین، مرحوم علامه می فرماید: حتی اگر معلق علیه حالی بوده و شرط صحّت عقد هم باشد، چنانچه مشکوک الحصول باشد عقد باطل است حتی اگر در واقع آن شرط موجود باشد و تعبیر «عندنا» به کار برده که از آن استفاده می شود مسئله را اجماعی عند النخاصه می داند و در بین عامه ابو حنیفه تعلیق را مضر نمی داند و شافعی دو قول دارد و اصحّ قولین نزد او بطلان عقد معلق است. اما اگر قطعی الحصول باشد ایشان از بعض شافعیه نقل می کند که حکم به صحّت کرده اند از باب این که واقعاً تحقیق است هر چند در صورت تعلیق است و سپس می فرماید: «عندنا» حق همین است. (1)

ص: 3267

1- (1) (توضیح بیشتر): مثالهایی که علامه در تذکره برای تعلیق می زند و تمام آن ها را باطل می داند اقسام مختلفی است: 1 - [شرط استقبالی قطعی]: اذا جاء رأس الشهر فقد زوجتک 2 - [شرط استقبالی احتمالی]: ان قدم

5) بررسی کلام علامه رحمه الله:

به نظر می‌رسد ادعای اجماع در کلام علامه رحمه الله صحیح نباشد و این استنباط شخصی ایشان است، چون همان طور که قبلاً گفتیم قبل از یحیی بن سعید که از مشایخ علامه رحمه الله بوده هیچ کس این مسئله را عنوان نکرده و غیر از ابن جنید و دو سه نفر دیگر که کتابهایشان در دست ما نیست، حتی آنهایی که علامه معمولاً از آنها نقل می‌کند متعرض این حکم نشده‌اند و شاید مرحوم علامه از باب طلاق و بعضی ابواب دیگر که در آنها تنجیز معتبر است این مطلب را استیناس کرده است. و یا این که چون در عقود رضایت معتبر است و رضایت هم به نظر اینها جزم بوده، لذا این طور استنباط کرده‌اند که علماء جزم را معتبر می‌دانند نه این که به کلمات علماء مراجعه کرده باشند و احتمال هم هست که بعضی از تعابیر مثل همان تعبیر وارد شده در روایت ابان بن تغلب که در کلمات قوم هم وارد شده است، منشأ شده باشد که بگویند از این کلمات استفاده می‌شود که باید عقد طوری باشد که بعد از تحقق ایجاب و قبول اثر بر آن مترتب شود پس نباید معلق باشد و از این جهت اعتبار تنجیز را مطلقاً به علماء نسبت داده‌اند.

6) بررسی کلام شهید اول رحمه الله:

شهید اول رحمه الله در قاعده 238 از کتاب قواعد بیانی دارند که با توضیحاتی آن را نقل می‌کنیم:

ص: 3268

«لا- يجوز تعليق انعقاد العقود على شرط، سواء كان مترقباً قطعاً معلوم الوقت» مثل این که بگوید: اگر فردا پنجشنبه باشد تو را تزویج کردم» با فرض این که معلق علیه استقبالی و قطعی الحصول و معلوم الوقت است. «- و هو المعبر عنه بالصفه - او غير معلوم الوقت» مثلاً بگوید: اگر مورث من وفات کرد آن امه ای که ملک من است به تو تزویج کردم. «او کان غیر مقطوع الترتیب» یعنی قطع نداریم که وجود پیدا خواهد کرد.

«اذا لم يعلم المتعاقدان وجوده» ضابطه اش این است که متعاقدان عقد را معلق کنند بر امری که وجود فعلی آن را یقین نداشته باشند که در این صورت حکم به بطلان عقد می شود. «مثل ان كان وكيلی قد اشتراه فقد بعته بكذا» در صورتی که نمی داند وکیلش آن را خریده یا نه، بگوید: اگر خریده باشد به تو فروختم آن را. «او ان كان ابی قد مات، فقد زوجتك أمته، أو إن كانت موگلتی قد انقضت عدتها فقد زوجتكها» زنی در عدّه، کسی را توکیل کرده که برایش شوهر پیدا کند و الآن وکیل نمی داند که عدّه زن منقضی شده تا ازدواج کند یا نه؟ با توجه به این که توکیل در عدّه اشکال ندارد اما عقد در عدّه اشکال دارد. «او ان كان احدٌ من نسائك الأربع مات فقد زوجتك ابنتی» در همه این موارد که ایشان حکم به بطلان کرده، عقد بر چیزی تعلیق شده که شرط صحت آن است و معلوم التحقق هم نیست.

«أما لو علما الوجود» اگر برای هر دو معلوم الوجود است «فإنّ العقد صحیح و لا شرط و ان كان بصوره التعليق» یعنی هر چند صورت عقد تعلیقی است ولی واقعه تعلیقی نیست و تحقیق لا- تعلیق «و لا- نظر الی کونهما ینکرانه أو احدهما اذا كان معلوماً کانکار الموگل الاذن فی شراء شیء معین او بثمان معین» یعنی حتی اگر یک طرف منکر است و مثلاً می گوید: تو را وکیل نکرده بودم که فلان شیء را بخری یا به فلان ثمن بخری، لکن در واقع می داند که وکیل کرده است، چنانچه بگوید «اگر تو را در خرید این جنس که خریده ای وکیل کرده باشم آن را به تو فروختم» این تعلیق مضر نیست و نیز اگر هر دو طرف منکرند ولی در واقع می دانند که وکالت در کار بوده و هر دو به این مطلب معتقدند و هم منکر و طرف مقابل می دانند که دانسته انکار می کند، در این صورت تعلیق مضر نیست و عقد هر چند به صورت جمله شرطیه اجرا شده، صحیح است چون می داند شرطش حاصل است، مثلاً بگوید: اگر من تو را وکیل

کرده ام و این ملک من است، آن را به تو فروختم، یا در وکالت در نکاح بگوید: اگر این زن من باشد او را طلاق دادم. «و لو قال بعثک بمائه ان شئت فهذا تعلیق بما هو من قضایاه، اذ لو لم یسأل لم یشر» در این مثال نیز بیع بر مشیت معلّق شده که لازمه عقد است چون بدون مشیت هیچ عقدی حاصل نمی شود. «و وجه المنع النظر الی صوره التعلیق» احتمالاً منشأ این تعبیر کلمات عامه باشد.

شیخ رحمه الله در باب وکالت نقل می کند که در موارد تعلیق بر امر قطعی الحصول، بین عامه دو نظر هست: بعضی صورت تعلیق را معیار قرار داده اند و بر اساس آن حکم به بطلان کرده اند و بعضی هم واقع امر را معیار قرار داده اند و چون تعلیق صوری است و در واقع، تعلیقی در کار نیست حکم به صحت کرده اند. خود شهید رحمه الله قول دوم (صحت) را می پذیرد و احتمالاً با این جمله به دلیل قول اول یعنی دلیل منع مانعین مثل شیخ و بعض عامه اشاره می کند که صورت تعلیق را معیار دانسته اند.

بنابراین، شهید اول رحمه الله تعلیق بر امر فعلی معلوم الحصول را صحیح می دانند و این مطلب از عبارتهای دیگر قواعد نیز قابل استفاده است.

«* و السلام*»

ص: 3270

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

بحث در اعتبار تنجیز در عقد نکاح بود، شیخ انصاری رحمه الله برای اعتبار تنجیز به دو بیان، ادعای اجماع می کنند: 1 - اعتبار تنجیز در باب وکالت اجماعی است، پس به طریق اولی در نکاح نیز معتبر است 2 - اعتبار تنجیز در نکاح اجماعی است. در این جلسه ضمن بررسی این اجماع به این بحث می رسیم که در باب وکالت گفته اند: اگر اصل وکالت معلق باشد، بالا جماع باطل است و اگر موکل فیه معلق باشد چنین اجماعی در کار نیست، برخی از فقهاء می گویند فرقی معنوی بین این دو قسم نیست و تفاوت این دو قسم در صحت و بطلان تعبّدی است، در مقابل مرحوم صاحب جواهر می فرمایند احکام این دو قسم وکالت متفاوت است. در ادامه این جلسه به بررسی تفاوت‌های این دو نحو وکالت می پردازیم. ان شاء الله تعالی.

الف) ذکر دو دلیل بر اعتبار تنجیز در عقد نکاح:

بحث در رابطه با اشتراط «تنجیز» در عقد نکاح بود. مرحوم شیخ انصاری در کتاب مکاسب در بحث اشتراط «تنجیز» در «بیع» به دو دلیل برای اعتبار «تنجیز» و بطلان «تعلیق» ذکر کرده و هر دو دلیل را نیز قبول نموده است و از آنجا که آن دو دلیل اختصاصی به باب بیع ندارد و در محل بحث ما که باب نکاح است نیز می تواند مطرح شود لذا ما نیز آن دو دلیل را در ما نحن فیه ذکر می نماییم.

دلیل اول: فقهاء اجماع دارند که تعلیق در وکالت مبطل است و تنجیز شرط است.

و وقتی که چنین فتوایی از علماء در باب وکالت که از عقود جایزه و اذنیه است وجود دارد پس به طریق اولی در مورد عقود لازمه و معاوضیه مثل بیع و مانند آن، «تنجیز» شرط است.

دلیل دوم: عبارت از ادّعی اجماعی است که در مورد خصوص باب بیع و باب نکاح بر اشتراط تنجیز و بطلان تعلیق، در کلمات بسیاری از بزرگان و فقهاء مطرح شده است.

(ب) نظر استاد مد ظله نسبت به دو دلیل فوق:

(1) عدم تحقق اجماع بر بطلان تعلیق در باب وکالت:

در مورد این که آیا در باب «وکالت» اشتراط تنجیز اجماعی است یا نه؟ به نظر ما، پس از فحوصی که در کتب و کلمات فقهاء داشته ایم چنین اجماعی وجود ندارد. اگر چه در کلمات برخی از متأخرین و فقهای پس از مرحوم علامه، عدّه ای از فقها دعوی اجماع نموده اند. مثلاً فخر المحققین در شرح ارشاد (و یا به تعبیر بسیاری، حاشیه الارشاد که خطی است و من با واسطه نقل می کنم) می فرماید: «انّ تعلیق الوکاله علی الشرط، لا یصحّ عند الامامیه».

فقیه بزرگی مثل مرحوم محقق کرکی در جامع المقاصد نیز، تعبیرش این است که «عند جمیع فقهاء» تعلیق در وکالت باطل است و همچون مرحوم علامه در «تذکره» و مرحوم شهید ثانی در «مسالک» می گویند «عند علمائنا» در وکالت تنجیز شرط است. ولی همان طوری که گفتیم آنچه پس از فحوص به دست می آید این است که چنین اجماعی در مسئله وکالت وجود ندارد. ما قبل از مرحوم محقق حلّی (م 676) تنها به دو کتاب برخوردیم که آنها این مسئله را عنوان نموده اند ولی هیچ کدام دعوی اتفاق بر بطلان تعلیق یا اشتراط تنجیز ننموده اند، یکی «مبسوط» شیخ طوسی (م 460) و دیگری [سرائر] مرحوم ابن ادریس (م 598) است، مرحوم ابن

ادریس با این که در بسیاری از موارد به طور قاطع مطالب را تعبیر می کند ولی در این مسئله ادعای اتفاق یا اجماع ننموده است. حتی ظاهر کلام مرحوم شیخ طوسی در مبسوط نیز این است که در مسئله اجماعی نیست چون مرحوم شیخ در مقام استدلال برای این که تعلیق در وکالت باطل است می فرمایند که دلیلی بر جواز تعلیق در وکالت وجود ندارد و کآن ما طبق اصل قائل به بطلان تعلیق می شویم. از این نحوه استدلال ما می فهمیم که بطلان تعلیق به نظر ایشان اجماعی نیست چرا که اگر بطلان تعلیق اجماعی بود، مرحوم شیخ نمی بایست در مقام استدلال می فرمود که ما دلیلی بر جواز تعلیق نداریم، بلکه باید می فرمود ما دلیل بر بطلان آن داریم و بالجمله از این که مرحوم شیخ در مقام استدلال تعبیر به عدم وجود دلیل بر جواز تعلیق می نمایند معلوم می شود که بطلان تعلیق در وکالت اجماعی نیست و الا خود اجماع دلیل بر عدم جواز است. بنابراین در بین قداما که قطعاً اجماعی وجود ندارد.

در بین متأخرین نیز فقهایی چون مرحوم فیض کاشانی در «مفاتیح» تعبیرش این است که «علی المشهور» در باب وکالت تعلیق باطل است، از این تعبیر پیدا است که فیض رحمه الله در این مسئله تأمل دارد. مرحوم محقق اردبیلی و محقق سبزواری تمایل به عدم اشتراط تنجیز پیدا نموده اند، سبزواری در کفایه می گوید: «منع تعلیق به دلیل واضحی مستند نیست، و نقل شده که مذهب اصحاب بر بطلان است، صاحب حدائق نیز می فرماید «بعید نیست که تنجیز شرط نباشد» خلاصه این که در میان متأخرین نیز بطلان تعلیق اجماعی نیست و در آن، قول مخالف وجود دارد.

اما در مورد ادعای اجماعی که امثال مرحوم فخر المحققین و... ننموده اند. این مطلب را ما مکرراً برخورد کرده ایم که در یک مسئله کسی ادعای اجماع می کند و بعد بقیه افراد بر اساس حسن ظنی که به او دارند بدون این که خود تحصیل اجماع نموده باشند، آنها نیز دعوای اجماع می کنند. در بسیاری از موارد دعوای اجماعها برگشت به محقق کرکی می شود و ایشان نیز خیلی تابع فخر المحققین است و فخر

نیز تابع پدرش مرحوم علامه است. اینها در برخی از مسائلی که قبلاً در کلمات اصحاب اصلاً معنون نبوده است ادعای اجماع کرده اند، و سرّ آن نیز همان طوری که بارها گفته ایم این است که گاهی اتفاق اصحاب و فقها بر یک دسته از قواعد کلی و کبریات باعث شده است که افرادی خود این کبریات را در مواردی تطبیق نمایند و از آن نتیجه بگیرند که فلان فرع فقهی مثلاً نیز اجماعی و مورد اتفاق است با اینکه اجماع و اتفاق در مورد کبری است. به عنوان مثال مرحوم ابن زهره در غنیه در مسائلی که خود تصریح نموده است که مخالفی در آن وجود دارد، دعوی اتفاق و اجماع نموده است و فرموده مخالفت این افراد مضرّ نیست و جهتش این است که اعتقاد و شهادت آن افراد به کبریات و قواعد عامّه خود، شهادت اجمالی آنها به نتایج و فروعات آن کبریات می دانسته اند و لو اینکه خودشان تفصیلاً و روی اشتباه بر خلاف آن را شهادت داده باشند. و یا مرحوم شیخ طوسی در جائی از کتاب خلاف می فرمایند: در این مسئله روایات متعددی وجود دارد و معارضی نیز برای آنها نیست. «فدلّ علی اجماعهم علی ذلک» این ادعای اجماع به خاطر این است که از نظر کبری این مسئله بین علما مسلّم است که هرکجا در مسئله، اخبار بدون معارض وجود داشت، حکم مسئله همان مفاد روایات است.

(2) عدم اولویت داشتن عقود معارضی نسبت به باب وکالت:

خلاصه مطلب این که اولاً: به نظر ما در مسئله تعلیق در «وکالت» که به طریق اولی از آن خواسته اند برای بطلان تعلیق در عقود معاوضی استفاده نمایند. اجماعی وجود ندارد، بلکه عمومات و بنای عقلاء و امثال آن، اقتضاء می کند که در باب وکالت تعلیق جایز باشد. و ثانیاً: بر فرض این که بپذیریم در باب وکالت چنین اجماعی هست و لکن نمی توان در مورد سایر عقود معاوضی نیز به حکم اولویت قائل شویم که تعلیق باطل است. زیرا در باب وکالت قرینه ای وجود دارد که حکم به بطلان تعلیق، تنها مخصوص به باب وکالت است و نمی توان از باب وکالت به سایر

ابواب تعدی نمود. و آن قرینه عبارت از این است که علماء در دو صورتی از وکالت که از نظر عرف هیچ تفاوتی با یکدیگر ندارند، فقط در یک قسم آن حکم به بطلان نموده اند و این خود قرینه بر این است که حکم به بطلان حکمی است تعدی و بر خلاف قواعد عامه، آن هم مخصوص یک صورت از اقسام وکالت، لذا نمی توان به ابواب دیگر تعدی نمود اما توضیح مطلب اینکه:

در باب وکالت مطلبی را آقایان مسلم می دانند و آن عبارت از این است که شخصی که دیگری را برای انجام کاری در زمان آینده وکیل می کند مثلاً او را وکیل می کند که ماه آینده خانه او را بفروشد، اگر الآن و در همین زمان او را وکیل نماید برای فروش خانه اش در ماه بعد، به این معنا که علاوه بر انشاء وکالت که فعلی است خود منشأ وکالت وکیل نیز فعلی باشد ولی موکل فیه و متعلق وکالت ماه آینده باشد در این صورت وکالت او صحیح است و اما اگر معنای این جمله که می گوید «تو وکیل هستی که ماه آینده خانه مرا بفروشی» این باشد که ظرف منشأ (وکالت) نیز در همان ماه آینده باشد و فقط انشاء وکالت فعلی باشد، در این فرض گفته اند که وکالت او باطل است بالاجماع. حال بحث این است که اساساً چه فرقی بین این دو نحوه از وکالت وجود دارد و چه ثمراتی بر این دو نحوه مترتب است. بعضی مانند مرحوم شهید ثانی در «مسالک» و به تبع او صاحب حدائق فرموده اند که در حقیقت از نظر معنا و محتوا بین دو طریقه فوق تفاوتی نیست و معنای اینکه شخص می گوید «تو وکیل هستی که در ماه آینده خانه مرا بفروشی» این است که تا قبل از ماه آینده مالک راضی به فروختن خانه اش نیست. حال چه بگوئیم که معنای جمله فوق این است که تو فعلاً وکیل هستی که ماه آینده خانه را بفروشی که در این صورت منشأ که همان وکالت است فعلی می باشد ولی ظرف اعمال وکالت و به عبارت دیگر ظرف موکل فیه استقبالی است. و یا این که معنای جمله فوق این باشد که ظرف تحقق وکالت نیز همانند موکل فیه همان ماه آینده است. در هر صورت معنای یکی است. و

لکن از آنجا که دو امری که از لحاظ معنا و مفهوم با یکدیگر تفاوتی ندارند، چه بسا ممکن است که از نظر قوانین شرعی و امور مترتب بر آنها از جمله صحت و فساد بین آنها تفاوت گذاشته می شود، در ما نحن فیه نیز با این که تفاوتی بین دو نحوه وکالت نیست ولی شرع بر اساس قانون خودش میان آنها تفاوت گذاشته است. به عنوان مثال شما ملاحظه می کنید که در باب عقد بیع گفته اند غرر موجب بطلان بیع است یعنی اگر در معامله ای مقدار یکی از ثمن یا مثنی مجهول باشد آن معامله غرری و باطل است ولی اگر این معاوضه را در قالب صلح انجام بدهند یعنی این که دو نفر با یکدیگر توافق نمایند و مبادله را انجام دهند، گفته اند که غرر اشکالی ندارد و مبطل صلح نیست. با این که روح و حقیقت بیع و صلح در این موارد با یکدیگر تفاوتی ندارد، و معنای هر دوی آنها عبارت است از تبدیل به عوض (مبادله مالی به مال دیگری با رضایت) منتهی عقد صلح به حمل اولی صلح و سازش است ولی عقد بیع به حمل شایع سازش و صلح است وگرنه دیگر تفاوتی با هم ندارند، ولیکن مع ذلک شارع مقدس میان آنها از جهت وجود غرر تفاوت قائل شده است. «انما یحرّم و یحلّل الکلام» معنایش این است که گاهی یک لفظ خاص موجب حلّیت یک نحو قراردادی می شود و لفظ دیگر چنین اثری ندارد. مثلاً در باب نکاح آنهایی که عربیت در صیغه را معتبر می دانند - چنانچه مشهور خیلی قوی به آن قائل هستند - می گویند اگر کسی با لفظ عربی نکاح را انشاء نماید زوجیت محقق می شود ولی اگر بخواهد با لفظ غیر عربی همان مفاد را انشاء نماید زوجیت اعتبار نمی گردد. حاصل این که در مسئله وکالت نیز عدّه ای مانند شهید ثانی گفته اند که هر چند بین این دو نحوه وکالت از حیث معنا و مفهوم تفاوتی نیست ولیکن اجماع داریم که آن نحوه از وکالت که زمان آینده، هم ظرف تحقق وکالت و هم ظرف موکّل فیه باشد باطل است. پس شارع مقدس آن را صحیح ندانسته است. و حق هم با همین افراد است.

ولی اگر فقط موکل فیه استقبالی باشد اجماعی بر بطلان وکالت نداریم. طبق

عمومات حکم به صحت می‌کنیم هر چند از نظر معنا بین این دو نحوه تفاوتی نیست. پس اگر در یک قسم آن تعبداً حکم به بطلان نمودیم معلوم می‌شود که عنایت خاصی در این قسم از وکالت موجب شده که حکم به بطلان تعلیق نماییم و لذا نمی‌توان به سایر ابواب تعدی نمود.

ج) بیان وجوه تفاوتی که میان دو نحوه از وکالت ممکن است گذاشته شود:

1) فرق اول، کلام صاحب جواهر رحمه الله:

صاحب جواهر رحمه الله⁽¹⁾ این بیان را نپسندیده‌اند و گفته‌اند که اختلاف این دو نحو وکالت (تعلیق وکالت و تعلیق موکل فیه) لفظی نیست بلکه هم از نظر معنی و هم از نظر احکام مترتبه با یکدیگر متفاوتند و لذا قانون شرع تعلیق وکالت را باطل و تعلیق موکل فیه را صحیح دانسته است و ایشان می‌فرمایند یکی از مواردی که تفاوت این دو نحو وکالت ظاهر می‌شود صورتی است که وکیل ادعا کند که مال مورد وکالت قبل از رسیدن زمان موکل فیه تلف شده است. در صورتی که تحقق وکالت فعلی باشد و تعلیق تنها در موکل فیه باشد، حرف او مسموع است و چون ید او ید امانی است طبعاً ضامن هم نیست و اما اگر ظرف تحقق وکالت نیز همان زمان موکل فیه باشد در این صورت ادعای وکیل در مورد تلف مال مسموع نیست و باید تلف مال را اثبات کند، مرحوم صاحب جواهر پس از ذکر این ثمره برای فرق بیان دو نحوه وکالت به ثمرات دیگری نیز تحت عنوان «و غیرها» اشاره نموده‌اند که یکی از آن‌ها می‌تواند مسئله ضمان مال تلف شده باشد که طبق بیانی که ایشان داشتند در موردی که یقیناً مال به طور غیر عمد تلف شده است. در صورت اول از وکالت، چون هنگام تلف مال، ید وکیل ید امانی بوده است لذا او ضامن نیست ولی در صورت دوم که

ص: 3277

1- (1) جواهر الکلام، ج 27، ص 352.

تعليق در خود وکالت است، مال نزد يد غير امينه تلف شده است و بنا بر اين وکيل ضامن است.

(2) نظر استاد مد ظله نسبت به کلام مرحوم صاحب جواهر رحمه الله:

و ليکن به نظر ما اين تفاوتی که مرحوم صاحب جواهر بين دو نحوه وکالت گذاشته اند، تمام نيست و مسئله فعليّت وکالت ربطی به قبول دعوی تلف يا ضامن نبودن وکيل ندارد بلکه معيار در قبول دعوی تلف و عدم ضمان در صورت ضمان اين است که موکّل مال خود را در اختيار وکيل قرار داده باشد و لو اين که فعلاً او را وکيل نکرده باشد و به بيان ديگر حتی در فرضی که تحقق وکالت فعلي است و تعليق تنها نسبت به موکّل فيه است نیز اگر موکّل مال خود را در اختيار وکيل قرار ندهد و وکيل بدون اجازه او مال را بر دارد و اتفاقاً مال در نزد او تلف شود، يد وکيل غير امينه است و او ضامن می باشد. مثلاً اگر موکّل بگويد «تو الآن وکيل من هستی که در ماه آینده اين کتاب را بفروشی ولی در عين حال کتاب را در اختيار وکيل قرار ندهد و وکيل بدون اجازه او کتاب را برداشته و نزد او تلف شود، در اين صورت و لو تحقق وکالت فعلي است ولی مع ذلک يد وکيل غير امينه است و در فرضی که وکالت استقبالی هم باشد اگر موکّل خودش مال را در اختيار شخصي که بعداً وکيل خواهد شد بگذارد يد او يد امانی خواهد بود لذا اگر ادعای تلف کند مسموع است و در صورت تلف ضامن هم نيست. بنا بر اين، اين ثمره صحيح نيست.

(3) تفاوت دوم:

ثمره ديگری که در مقام فرق بين دو نحوه از وکالت ممکن است ذکر شود، اين است که بگوئيم در صورتی که تحقق وکالت فعلي باشد اگر موکّل از وکالت دادن خود منصرف شود و بخواهد وکيل را عزل نمايد، می تواند بدون هيچ محذوری وکيل را عزل نمايد و اما در صورتی که خود وکالت نیز غير فعلي و معلق است. عزل

وکیل صحیح نیست چون از قبیل اسقاط ما لم یجب خواهد شد که تنها در موارد خاصی مثل ضامن جریره و یا رفع مسئولیت نمودن طبیب از عواقب طبابتش و مانند آن بالا جماع صحیح دانسته شده است.

4) نظر استاد مد ظله:

ولی حق این است که این ثمره هم، ثمره درستی نیست و نمی تواند موجب تفاوت بین دو قسم وکالت شود: زیرا یکی از شرائط باب وکالت این است که شخصی که دیگری را برای انجام عملی وکیل می نماید و لو این که ظرف تحقق وکالت او متأخر هم باشد. نباید از انشاء وکالتش منصرف شود. نظیر باب وصیت که اگر شخصی دیگری را وصی خود قرار داد و لو این که ظرف تحقق وصیت بعد از موت او می باشد ولی اگر خود موصی قبل از زمان تحقق وصیت از انشاء وصیت خود صرف نظر کرد، آن وصیت اعتباری ندارد. پس بنابراین در آنجایی که خود وکالت نیز تعلیقی است اگر موکل، وکیل را عزل نمود، وکالت او باطل است چون از وکالت منصرف شده است و از این جهت فرقی با صورتی که وکالت فعلی است ندارد.

5) تفاوت سوم:

ثمره دیگری که ممکن است در مقام فرق ذکر شود. تفاوتی است که عدّه ای در وجوب مقدمات، بین واجب معلّق و واجب مشروط قائل شده اند. همان طوری که که می دانید مرحوم صاحب فصول واجبات را از حیثی تقسیم به واجب معلّق و واجب مشروط نموده است. ایشان معتقد است واجب معلّق واجبی است که در آن وجوب فعلی است ولی واجب استقبالی است و واجب مشروط عبارت است از واجبی که هم وجوب و هم واجب در آن استقبالی است. ایشان می فرماید در واجب معلّق اگر حصول واجب در زمان خاص نیازمند مقدماتی باشد، چون که وجوب در

آن فعلی است تحصیل مقدمات از همان ابتداء بر مکلف واجب است به خلاف واجب مشروط که اگر تحقق واجب نیازمند مقدماتی باشد، چون که وجوب فعلیتی ندارد، تحصیل مقدمات او قبل از زمان واجب لازم نیست.

حال بنا بر نظریه مرحوم صاحب فصول ممکن است در ما نحن فیه نیز کسی چنین فرقی میان دو نحوه از وکالت قائل شود. به این بیان که در صورتی که وکالت فعلی باشد و تنها تعلیق در ناحیه موکل فیه باشد. در این صورت مثل واجب معلق اگر حصول موکل فیه در زمان خاص نیاز به این دارد که قبلاً مقدماتی را تهیه کند یا در این مال تصرف کند، تهیه مقدمات و تصرف در این مال جایز می شود چون فرض این است که وکالت فعلی است اما اگر وکالت نیز تعلیقی باشد همانند واجب مشروط نمی تواند در این مال تصرف کند یا مقدماتش را تهیه کند.

به نظر ما این تفاوت نیز بین دو قسم از وکالت تمام نیست چرا که اساساً تفاوتی که مرحوم صاحب فصول بین واجب معلق و مشروط قائل شده است تمام نیست.

در جلسه آینده در این رابطه توضیح بیشتری خواهیم داد. ان شاء الله تعالی.

«* و السلام*»

ص: 3280

بسمه تعالی

هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

آیا کسانی که می دانند و کسانی که نمی دانند یکسانند؟

سوره زمر / 9

آدرس دفتر مرکزی:

اصفهان - خیابان عبدالرزاق - بازارچه حاج محمد جعفر آباده ای - کوچه شهید محمد حسن توکلی - پلاک 129/34 - طبقه اول

وب سایت: www.ghbook.ir

ایمیل: Info@ghbook.ir

تلفن دفتر مرکزی: 03134490125

دفتر تهران: 021 - 88318722

بازرگانی و فروش: 09132000109

امور کاربران: 09132000109



مرکز تحقیقات رایانگی

اصفهان

گامی

WWW



برای داشتن کتابخانه های تخصصی
دیگر به سایت این مرکز به نشانی

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

مراجعه و برای سفارش با ما تماس بگیرید.

۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹

