



مرکز تحقیقات اسلامی

اصفهان

گامی



عمران
علیهما السلام

www. **Ghaemiyeh** .com
www. **Ghaemiyeh** .org
www. **Ghaemiyeh** .net
www. **Ghaemiyeh** .ir

سلسلہ مباحث خارج فقہ
آیت اللہ العظمیٰ مکارم شیرازی مدظلہ



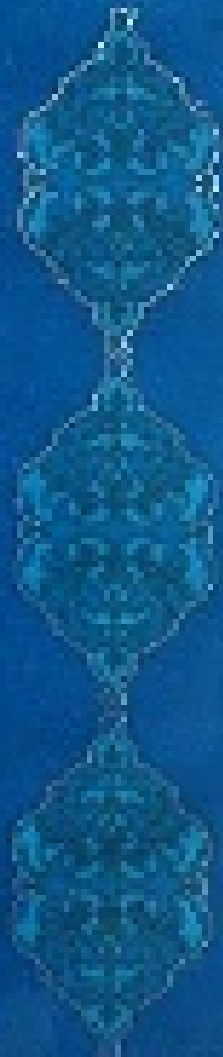
سال تحصیلی
۸۰ - ۷۹

کتاب النکاح



ترجمہ و تالیف

محمد رفیع تاملوی - مسعود مکارم



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

کتاب النکاح: سلسله مباحث خارج فقه آیه الله العظمی مکارم شیرازی (مدظله)

نویسنده:

ناصر مکارم شیرازی

ناشر چاپی:

مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام

ناشر دیجیتالی:

مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

فهرست

۵	فهرست
۳۶	کتاب النکاح: سلسله مباحث خارج فقه آیه‌الله العظمی مکارم شیرازی (مدظله) جلد ۲
۳۶	مشخصات کتاب
۳۶	فهرست
۳۸	مقدمه
۳۹	[فصل فی اولیاء العقد]
۳۹	۱ مسأله ۱ (ولایة الاب و الجد علی الصغیر و الصغیره)
۳۹	اشاره
۳۹	مقدمه:
۳۹	فروع:
۳۹	اشاره
۴۰	فرع اول: «ولایت اب و جد بر صغیر و صغیره»
۴۰	اشاره
۴۰	ادلّه:
۴۰	اشاره
۴۰	دلیل اول: روایات
۴۱	دلیل دوم: آیه ۲۳۷ سوره بقره
۴۱	دلیل سوم: بناء عقلا و سیره متشرّعه
۴۱	فرع دوم: «ولایت اب و جد بر مجنون»
۴۱	اشاره
۴۱	دلیل اول: استصحاب
۴۱	اشاره
۴۱	اشکال:

- ۴۱ اشاره
- ۴۲ ۱- تبدل موضوع:
- ۴۲ ۲- شبهه حکمیه:
- ۴۲ دلیل دوّم: آیه ۶ سورة نساء
- ۴۳ دلیل سوم: سیره عقلا
- ۴۳ فرع سوّم: «عدم ولایت مادر و جد مادری بر صغیر و صغیره»
- ۴۳ اشاره
- ۴۳ اقوال:
- ۴۳ روایات:
- ۴۳ روایات معارض:
- ۴۳ اشاره
- ۴۴ اشکالات روایت:
- ۴۴ اشاره
- ۴۴ احتمال اوّل:
- ۴۴ احتمال دوّم:
- ۴۴ فرع چهارم: «عدم ولایت عم، اخ، خال بر صغیر و صغیره»
- ۴۴ اقوال:
- ۴۵ دلیل: روایات
- ۴۶ روایات معارض:
- ۴۶ اشاره
- ۴۶ توجیهات روایات معارض:
- ۴۶ [مسأله ۲: ليس للأب و الجد للأب و لایة علی البالغ الرشید و لا علی البالغة الرشيدة إذا كانت ثیبة]
- ۴۶ اشاره
- ۴۷ عنوان مسأله: آیا پدر بر دختر باکره ولایت دارد؟

- ۴۷ اقوال:
- ۴۸ اقوال عامه:
- ۴۸ اشاره
- ۴۸ شافعیّه:
- ۴۸ ابو حنیفه:
- ۴۸ مالک:
- ۴۸ داوود:
- ۴۹ بررسی اقوال:
- ۴۹ ادله قول اول (استقلال باکره رشیده):
- ۴۹ دلیل اول: اصل
- ۴۹ دلیل دوم: آیات
- ۵۰ ۸ ادامه مسئله ۲
- ۵۰ دلیل سوم: احادیث
- ۵۰ اشاره
- ۵۱ روایات معارض:
- ۵۳ دلیل قول دوم: (باکره رشیده هیچ اختیاری از خودش ندارد)
- ۵۳ اشاره
- ۵۳ روایات:
- ۵۵ ادله قول سوم (قول به شرکت هم اذن باکره رشیده و هم اذن ولی شرط است).
- ۵۵ دلیل اول: اصالة الاحتیاط
- ۵۵ دلیل دوم: روایت
- ۵۵ جمع‌بندی اقوال ثلاثه:
- ۵۵ اشاره
- ۵۶ البته در اینجا گروه چهارمی از احادیث معتبر و صحیح وجود دارد که احدی به آن فتوی نداده است جز آقای حکیم در مستمسک،

- در اینجا دو طریقه جمع دیگر هم گفته شده است ۵۶
- اشاره ۵۶
- ۱- جمع دلالی مرحوم آیه الله حکیم در مستمسک ۵۶
- ۲- جمع مرحوم شهید ثانی در مسالک ۵۷
- بقی هنا امور: ۵۷
- الامر الاول: عنوان ثانوی ۵۷
- اشاره ۵۷
- مشاکل استقلال باکره در متعه: ۵۸
- مشاکل استقلال باکره در نکاح دائم: ۶۰
- الامر الثانی: تفصیل بین نکاح دائم و متعه ۶۱
- الامر الثالث: با فرض شرط اذن ولی در نکاح بالغه رشیده باکره، در مسأله دو استثناء وجود دارد: ۶۲
- استثناء اول: جائی که بالغه باکره رشیده کفوی برای خودش انتخاب کند ۶۲
- اشاره ۶۲
- ادله: ۶۲
- ۱- اجماع: ۶۲
- ۲- آیه «فَلَا تَعْضَلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» «... ۵» ۶۳
- ۳- قاعده عسر و حرج: ۶۳
- دو دلیل دیگر: ۶۴
- اشاره ۶۴
- ۱- مصلحت مولی علیه: ۶۴
- ۲- خیانت در حق مولی علیه: ۶۴
- فرع: «لو اختارت البنت شخصاً و الولی آخر و کل منهما کفو» ۶۴
- استثناء دوم: جائی است که ولی غایب است و نمی‌توان با او تماس گرفت ۶۵
- الامر الرابع: در تحریر از این امر بحثی نشده است ولی در کتب دیگر بحث شده است و آن حکم ثبیه است که «لا یحتاج الی اذن الولی». ۶۵

۶۵ اشاره

۶۶ ۱- حکمی: از نظر حکم مسأله تقریباً مسلم است،

۶۶ اشاره

۶۶ دلیل: روایات

۶۶ اشاره

۶۶ طایفه اول: یتیب مطلقاً اذن نمی‌خواهد

۶۷ طایفه دوم: اگر یتیب کفو اختیار کند، اذن ولی نمی‌خواهد

۶۷ اشاره

۶۷ جمع بین روایات دو طایفه:

۶۸ طایفه سوم: روایات معارضه

۶۹ ۲- موضوعی:

۶۹ اشاره

۶۹ اقوال:

۶۹ اشاره

۶۹ احتمالات در مفهوم یتیب:

۶۹ کلمات علمای شیعه:

۷۰ کلمات اهل سنت:

۷۰ ادله:

۷۰ ۱- قول لغوی:

۷۱ ۲- مفهوم عرفی:

۷۱ اشاره

۷۱ روایات:

۷۳ بقی هنا شیء:

۷۳ [مسأله ۳ (استقلال ولایة الاب و الجد)]

۷۳ اشاره
۷۴ فروع مسأله:
۷۴ اشاره
۷۴ فرع اول: آیا ولایت اب و جد مستقل است
۷۴ اشاره
۷۴ اقوال:
۷۴ اشاره
۷۴ قول اول: الاستقلال
۷۴ اشاره
۷۵ ادله قول مشهور (استقلال)
۷۵ اشاره
۷۵ دلیل اول: استصحاب
۷۶ دلیل دوم: روایات
۷۷ دلیل پنجم: قیاس اولویت
۷۷ قول دوم: اشتراط ولایة الجد بحیاء الأب:
۷۷ اشاره
۷۷ دلیل: روایت
۷۸ قول سوم: ولایت الجد مشروط بممات الاب.
۷۸ فرع دوم (از مسئله سوم تحریر):
۷۸ اشاره
۷۸ ۱- یکی از دو عقد مقدم بر دیگری باشد:
۷۹ ۲- اگر هر دو با هم (جد و اب) عقد کنند:
۸۰ جمع‌بندی:
۸۰ اشاره

- حل مسأله: ۸۱
- فرع سوم (از مسئله سوم تحریر): ۸۱
- اشاره ۸۱
- صورت اول مجهولی التاريخ: ۸۲
- صورت دوم معلوم احدهما: ۸۴
- مسأله ۴ (شرایط صحه تزویج الاب و الجد) ۸۵
- اشاره ۸۵
- عنوان مسأله: ۸۶
- صور مسأله: ۸۶
- اشاره ۸۶
- ۱- مع المفسده: ۸۶
- ۲- مع عدم المفسده: ۸۶
- دلایل اعتبار عدم المفسده: ۸۶
- ۱- اصل: ۸۶
- ۲- اجماع: ۸۷
- ۳- عمومات لا ضرر: ۸۷
- ۴- انصراف: ۸۷
- دلیل اعتبار مصلحت: آیه: «وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» * «۲» * ۸۷
- اشاره ۸۷
- سه اشکال در مورد آیه مطرح است که باید به آن توجه شود: ۸۸
- اشکال اول: ما در مورد اب و جد صحبت می‌کنیم و حال آن که یتیم کسی است که پدر از دست داده است ۸۸
- اشکال دوم: آیه می‌گوید: «بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» * یعنی احسن (اصلاح) را شرط می‌کند و نمی‌گوید حسن، ۸۸
- اشکال سوم: سلمنا که آیه مصلحت را در اموال شرط کند، در نکاح به چه دلیل شرط است؟ ۸۹
- بقی هنا امران: ۹۰

- الامر الاول: در زمان ما مصلحتی در عقد صغیر و صغیره نیست و حکم ولایت عوض نشده؛ ۹۰
- الامر الثانی: اگر اب و جد رعایت مصلحت نکردند یا رعایت عدم المفسده نکردند (طبق قول مشهور) آیا این عقد باطل است یا فضولی است؟ ۹۰
- مسئله ۵: إذا وقع العقد من الأب أو الجد عن الصغير أو الصغيرة مع مراعاة ما يجب مراعاته] ۹۱
- اشاره ۹۱
- عنوان مسأله: ۹۱
- اقوال مسأله: ۹۱
- ادله: ۹۲
- ۱- اصل: ۹۲
- ۲- روایات: ۹۲
- اشاره ۹۲
- روایات معارض: ۹۲
- جمع بین روایات: ۹۳
- ۱- جمع شیخ طوسی: ۹۳
- ۲- جمع مرحوم آقای خوئی: ۹۳
- ادله عدم الخيار: ۹۴
- ۱- اصل: ۹۴
- ۲- روایات: ۹۴
- اشاره ۹۴
- طایفه اول: عقد ولی بر صغیر صحیح است ولی طلاقش صحیح نیست، صبی نیز مانند صبیّه حق فسخ ندارد. ۹۴
- طایفه دوم: نقطه مقابل روایات قبل است و می‌گوید صبی خیار دارد ۹۶
- مسئله ۶: لو زوج الولی الصغیره بدون مهر المثل] ۹۸
- اشاره ۹۸
- عنوان مسأله: ۹۸
- اقوال: ۹۹

- محل بحث: ۹۹
- دلیلنا: هم عقد باطل است و هم مهر، به دو دلیل: ۱۰۰
- دلیل اول: وحدت مطلوب ۱۰۰
- دلیل دوم: قاعده لا ضرر ۱۰۰
- [مسأله ۷ نکاح السفیه المبدّر] ۱۰۱
- اشاره ۱۰۱
- عنوان مسأله: ۱۰۱
- فروع مسأله: ۱۰۱
- اشاره ۱۰۱
- توضیح فرع اول: [سفیه مبدّر بدون اذن ولی نمی‌تواند عقد بخواند]. ۱۰۱
- اشاره ۱۰۲
- ادله: ۱۰۲
- اشاره ۱۰۲
- قاعده: ۱۰۲
- اشاره ۱۰۲
- شرط اول: ولی باید زوجه و مقدار مهر را تعیین کند. ۱۰۲
- شرط دوم: انحصار جواز ازدواج سفیه به ضرورت ۱۰۳
- توضیح فرع دوم: (اگر بدون اذن ولی ازدواج کرد فضولی است) ۱۰۳
- اشاره ۱۰۳
- نکته مهم: ۱۰۳
- روایات: ۱۰۴
- بحث موضوعی: ۱۰۵
- اشاره ۱۰۵
- سفیه و سفیهه چه کسی است؟ ۱۰۶

- ۱۰۶ اشاره
- ۱۰۷ مختار ما: در اینجا سه نکته باید مورد توجه قرار گیرد:
- ۱۰۷ نکته اول: مسئله اعتبار عدم سفاهت قبل از اسلام و قبل از اینکه حکم شرعی باشد در عرف عقلا بوده است،
- ۱۰۸ نکته دوم: جای تردید نیست که اعتبار عدالت لازم نیست،
- ۱۰۸ نکته سوم: للسفاهة و الرشد درجات و مراتب،
- ۱۰۸ [مسألة ۸ تزویج الولی المولی علیه بمن له عیب]
- ۱۰۸ اشاره
- ۱۰۹ عنوان مسأله:
- ۱۰۹ دلیل:
- ۱۰۹ اصل:
- ۱۰۹ صورت اول (عالماً مع المصلحة):
- ۱۱۰ صورت دوم (عالماً دون المصلحة):
- ۱۱۱ صورت سوم (جاهلاً بالعیب):
- ۱۱۲ [مسألة ۹ استحباب استیذان المرأة من الولی]
- ۱۱۲ اشاره
- ۱۱۲ عنوان مسأله:
- ۱۱۲ موضوع مسأله:
- ۱۱۲ اقوال:
- ۱۱۳ ادله:
- ۱۱۳ الف- دلیلی عقلی:
- ۱۱۳ اشاره
- ۱۱۳ دلیل اول: مقتضای رعایت ادب
- ۱۱۳ دلیل دوم: استفاده از تجارب
- ۱۱۳ ب- دلیل نقلی:

- ۱۱۵ [مسأله ۱۰ (هل للوصی ولایة فی النکاح)]
- ۱۱۵ اشاره
- ۱۱۵ عنوان مسأله:
- ۱۱۵ اقوال:
- ۱۱۵ اصل در مسأله مطابق کدام قول است؟
- ۱۱۶ ادله قائلین به ثبوت الولاية (قول دوم مختار ما):
- ۱۱۶ ۱- مفهوم وصیت: (دلیل اصلی)
- ۱۱۷ ۲- آیات:
- ۱۱۷ ۳- روایات:
- ۱۱۹ ادله عدم ولایت (قول مشهور یا اشهر)
- ۱۱۹ ۱- اصل:
- ۱۱۹ ۲- روایات:
- ۱۲۱ دلیل قول به تفصیل (قول سوم):
- ۱۲۱ اشاره
- ۱۲۱ ریشه نزاع:
- ۱۲۲ بقی هنا شیء: آیا وصی ولایت بر مجنون دارد؟
- ۱۲۲ اشاره
- ۱۲۲ اقوال:
- ۱۲۳ دلیل:
- ۱۲۳ اشاره
- ۱۲۳ الف- جنون متصل به صغر:
- ۱۲۳ ب- جنون منفصل:
- ۱۲۳ [مسأله ۱۱ (ولایة الحاکم فی النکاح)]
- ۱۲۳ اشاره

- عنوان مسأله: ۱۲۴
- اقوال: ۱۲۴
- دلیل: ۱۲۵
- اشاره ۱۲۵
- مقدمه: ۱۲۵
- اشاره ۱۲۵
- الف- قسمی که مسئول خاصی دارد: ۱۲۵
- ب- مسائل مهمی که مسئول معینی ندارد: ۱۲۵
- بعد از ذکر این مقدمه سراغ حکم چهار قسم مسأله می‌رویم: ۱۲۶
- ۱- صغیر و صغیره‌ای هستند که اولیاء سه‌گانه را از دست داده‌اند (پدر، جد، وصی) ۱۲۶
- ۲ و ۳- جایی که مجنون باشد (خواه متصل، یا منفصل) ولی هم ندارد ۱۲۶
- ۴- در بالغه رشیده باکره عاقله تا پدرش بود اجازه پدر را می‌خواست ۱۲۷
- ادله عدم ولایت: ۱۲۷
- ۱- اجماع: ۱۲۷
- ۲- اصل: ۱۲۷
- ۳- روایات: ۱۲۷
- [مسأله ۱۲ (شرائط الولاية)] ۱۲۸
- اشاره ۱۲۸
- عنوان مسأله: ۱۲۹
- اشاره ۱۲۹
- ۱- بلوغ: ۱۲۹
- ۲- حریت: ۱۲۹
- ۳- عقل: ۱۲۹
- ۴- اسلام: ۱۳۰

- ادله: ۱۳۰
- ۱- اجماع: ۱۳۰
- ۲- آیات: ۱۳۰
- الف- آیه: «وَلَنْ يُجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» «۲» ۱۳۰
- اشاره ۱۳۰
- ۱- غلبه نظامی، ۱۳۰
- ۲- غلبه منطقی ۱۳۰
- ۳- غلبه در آخرت، ۱۳۱
- ۴- غلبه تشریحی: ۱۳۱
- ب- آیه «وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ» «۴» ۱۳۱
- ۳- روایت: ۱۳۱
- [مسأله ۱۳ (عقد الفضولی)] ۱۳۲
- اشاره ۱۳۲
- عنوان مسأله: ۱۳۲
- معنای فضولی: ۱۳۲
- اقوال: ۱۳۳
- ادله قائلین به صحت عقد فضولی: ۱۳۴
- ۱- مقتضای قاعده: ۱۳۴
- اشاره ۱۳۴
- بیان اول: عمومات صحت عقود ۱۳۴
- بیان دوم: تمسک به سیره عقلا: ۱۳۵
- ۲- روایات: ۱۳۵
- اشاره ۱۳۵
- طایفه اول: روایاتی که در باب نکاح عبید و اماء وارد شده است، ۱۳۶

- ۱۳۶ اشاره
- ۱۳۸ نکته: نظر اسلام در مورد برده‌داری
- ۱۳۹ طایفه دوم: روایاتی که می‌گوید نکاح عمو، مادر، برادر، پدر نسبت به پسر کبیر و دختر کبیر، با اجازه صحیح است.
- ۱۴۱ طایفه سوم: روایاتی که از طرق عامه وارد شده است و ثابت می‌کند که عقد فضولی صحیح است.
- ۱۴۲ طایفه چهارم: احادیثی که در ابواب دیگر، غیر از نکاح آمده است
- ۱۴۳ ادله قائلین به عدم صحت عقد فضولی:
- ۱۴۳ اشاره
- ۱۴۳ ۱- اصل:
- ۱۴۴ ۲- تخلف اثر از مؤثر (دلیل عقلی):
- ۱۴۴ ۳- عدم تأخر شرط از مشروط (دلیل عقلی):
- ۱۴۴ ۴- روایات (مهمترین دلیل):
- ۱۴۵ [مسأله ۱۴ (مَنْ لَهُ الْإِجَازَةُ فِي الْفُضُولِي)]
- ۱۴۶ اشاره
- ۱۴۶ عنوان مسأله:
- ۱۴۶ ادله:
- ۱۴۶ ۱- «فضایا قیاساتها معها»:
- ۱۴۶ ۲- روایات خاصه:
- ۱۴۷ [مسأله ۱۵ (تَأَخَّرَ الْإِجَازَةُ عَنِ الْعَقْدِ الْفُضُولِي)]
- ۱۴۷ اشاره
- ۱۴۷ اقوال:
- ۱۴۷ ادله:
- ۱۴۷ اشاره
- ۱۴۷ ۱- عمومات:
- ۱۴۸ ۲- سیره عقلا:

- ۱۴۸ ۳- روایات:
- ۱۵۰ بقى هنا امران:
- ۱۵۰ الأمر الاول: جمعى از اعلام در ذیل این مسأله متعرض نکته‌ای شده‌اند که در تحریر نیست
- ۱۵۱ الامر الثانی: تأخر اجازه دو گونه است:
- ۱۵۱ [مسأله ۱۶ (لا اثر للإجازة بعد الردّ فى الفضولی)]
- ۱۵۱ اشاره
- ۱۵۱ اقوال:
- ۱۵۱ اشاره
- ۱۵۱ خلاصة اقوال:
- ۱۵۲ ادلة قول مشهور:
- ۱۵۲ اشاره
- ۱۵۲ ۱- اجماع
- ۱۵۲ ۲- الاجازة قائمة مقام القبول:
- ۱۵۳ ۳- قطع العلقه بعد الردّ:
- ۱۵۳ ادلة قائلین به نفوذ اجازة بعد از رد:
- ۱۵۳ اشاره
- ۱۵۳ ۱- عمومات و اطلاقات
- ۱۵۳ ۲- سيرة عقلا:
- ۱۵۴ ۳- روایات و هی العمدة
- ۱۵۴ روایت اول: صحیحة محمد بن قیس است که در باب فضولی در ۴ مسأله به آن استدلال کرده‌اند:
- ۱۵۴ اشاره
- ۱۵۴ اشکال اول: کلمة «وليدة» به معنی امّ ولد است
- ۱۵۴ اشکال دوم: بجة کنیز در اینجا حرّ است
- ۱۵۵ اشکال سوم: چرا مشتری پسر مالک را توقیف کرد و گروگان گرفت؟

- اشکال چهارم: قاضی نباید تلقین حجت به احد الخصمین کند و این خلاف عدالت است و لا يجوز. ۱۵۵
- اشکال پنجم: آیا این اجازه اکراهی نبوده است؟ ۱۵۵
- اشکال ششم: این اجازه بعد از ردّ است و اجازه بعد از ردّ لا يجوز بالاجماع. ۱۵۵
- روایت دوم: روایاتی که حاکی بود از شکایت دختری نزد پیامبر ۱۵۶
- روایت سوم: حدیثی است که خدمت امام باقر یا حضرت علی علیه السلام آمدند و مولی عرض کرد که غلام بدون اجازه من ازدواج کرده است
- [مسأله ۱۷ فی الکراه] ۱۵۶
- اشاره ۱۵۶
- موقعیت مسأله: ۱۵۷
- ادله: (عدم مانعیت کراهت باطنیه) ۱۵۷
- ۱- عدم جریان ادله بطلان: ۱۵۷
- ۲- عمومات: ۱۵۸
- ۳- روایات: ۱۵۸
- ۴- صحت عقد مکره بعد از رضایت: ۱۵۸
- [مسأله ۱۸ (بما ذا تحصل الإجازة فی الفضولی)] ۱۵۸
- اشاره ۱۵۸
- عنوان مسأله: ۱۵۸
- اقوال: ۱۵۸
- اشاره ۱۵۸
- ۱- اجازة لفظی: ۱۵۹
- ۲- اجازة لفظی و فعلی: ۱۵۹
- ۳- اجازة لفظی و فعلی و رضایت باطنی: ۱۵۹
- ادله قول اول (اعتبار اجازة لفظیه فقط): ۱۵۹
- اشاره ۱۵۹
- ۱- اجازة جانشین انشاء: ۱۵۹

- ۱۶۰ ۲- استقراء:
- ۱۶۰ ادلة قول دوم (اعتبار اجازة لفظی و فعلی):
- ۱۶۰ اشاره
- ۱۶۰ ۱- قواعد:
- ۱۶۰ ۲- روایات خاصه:
- ۱۶۱ اشاره
- ۱۶۱ گروه اول: روایاتی که مضمون همه آنها این بود که عبدی بدون اجازة مولی ازدواج کرده و وقتی مولی باخبر شد سکوت کرد،
- ۱۶۱ اشاره
- ۱۶۱ الف- ضمیمه کردن روایات سکوت بکر:
- ۱۶۱ ب- تعبیر به اقرار:
- ۱۶۲ گروه دوم: روایاتی که در عقد فضولی نیست، ولی با استفاده از آن می‌توان عقد فضولی را درست کرد.
- ۱۶۲ گروه سوم: صحیحۀ زراره که در باب ۲۴ از ابواب عقد نکاح عبید و اماء داشتیم.
- ۱۶۳ ادلة قول سوم (اعتبار اجازة لفظی، فعلی و رضایت باطنی):
- ۱۶۳ اشاره
- ۱۶۳ ۱- عمومات:
- ۱۶۴ ۲- سکوت بکر و مولای عبد
- ۱۶۴ ۳- روایت صحیحۀ زراره:
- ۱۶۴ [مسألة ۱۹ (عدم کفایة الرضا القلبي في صحة العقد)]
- ۱۶۴ اشاره
- ۱۶۵ اقوال:
- ۱۶۵ در این مسأله نکاتی باید مورد توجه قرار گیرد:
- ۱۶۵ نکته اول: ما نمی‌توانیم چیزی را به گردن اصحاب بگذاریم، چون اصحاب متعرض این مسأله نشده‌اند که آیا رضایت قلبی کافی است یا نه،
- ۱۶۵ نکته دوم: بحث ما در مقام ثبوتی است نه مقام اثباتی،
- ۱۶۵ اشاره

- ۱۶۵ دلیل بر عدم کفایت رضایت قلبی:
- ۱۶۶ نکته سوم: لا تقاس مسئله الرضا فی الفضولی بمسأله الرضا فی إباحة التصرفات.
- ۱۶۶ نکته چهارم: تعبیری که متن تحریر الوسیله دارد و می‌گوید: این رضایت مُبرز و مُظهري می‌خواهد، تعبیر درستی نیست
- ۱۶۶ نکته پنجم: [استدلال به حدیث معروف «خالد بن الحجاج» در عدم کفایت مجرد رضایت در عقد فضولی]
- ۱۶۶ اشاره
- ۱۶۷ سند حدیث:
- ۱۶۷ دلالت حدیث:
- ۱۶۹ جمع‌بندی:
- ۱۶۹ [مسأله ۲۰: لا يعتبر فی وقوع العقد فضولياً قصد الفضولیه و لا الالتفات الیها]
- ۱۶۹ اشاره
- ۱۶۹ عنوان مسأله:
- ۱۶۹ ثمره بحث:
- ۱۶۹ اقوال:
- ۱۷۰ ادله:
- ۱۷۰ ۱- تحلیل معنی فضولی و اصیل:
- ۱۷۰ ۲- اطلاقات روایات فضولی:
- ۱۷۱ نتیجه:
- ۱۷۱ [مسئله ۲۱ (فی من یتوقف زوجيته علی اجازته)]
- ۱۷۱ اشاره
- ۱۷۲ عنوان مسأله:
- ۱۷۲ صور مسأله:
- ۱۷۲ اشاره
- ۱۷۲ صور صحیحه:
- ۱۷۲ صور باطله:

- ۱۷۳ صورت محلّ بحث:
- ۱۷۳ فرع مسأله:
- ۱۷۳ اقوال:
- ۱۷۳ ادله:
- ۱۷۳ ۱- قاعده:
- ۱۷۴ ۲- روایت:
- ۱۷۴ اشاره
- ۱۷۵ مشکلات حدیث:
- ۱۷۶ فروغ:
- ۱۷۶ اشاره
- ۱۷۷ فرع اول: اگر تهمت (علاقه به ارث) در مورد اجازه دومی منتفی شود،
- ۱۷۷ فرع دوم: اگر خودداری کرد و قسم نخورد
- ۱۷۷ فرع سوم: دختر اجازه داد و از دنیا رفت، سپس پسر اجازه داد؛ ولی قسم نخورد
- ۱۷۸ فرع چهارم: نص روایت در مورد تزویج صغیرین است، آیا در کبیرین هم همین حرف می‌آید؟
- ۱۷۸ فرع پنجم: عاقد در احد طرفین ولی و در طرف دیگر فضولی است،
- ۱۷۸ فرع ششم: اگر هر دو بالغ باشند منتهی یکی اصیل و دیگری فضولی،
- ۱۷۹ [مسأله ۲۲ (ترتّب الآثار الاخر علی الحلف)]
- ۱۷۹ اشاره
- ۱۷۹ عنوان مسأله:
- ۱۷۹ اقوال:
- ۱۷۹ نکات:
- ۱۷۹ ۱- اگر اجازه آمد و قسم هم آمد به چه دلیل سایر آثار مترتّب می‌شود؟
- ۱۸۰ ۲- آن چه که عروه داشت و می‌فرمود «قسم هم نخورد سایر آثار مترتّب است
- ۱۸۰ ۳- اگر زن اجازه داد و از دنیا رفت و شوهر بعداً اجازه داد، مادر زن و دختر زن مرحوم، بر او حرام می‌شود.

- مسئله ۲۳ الظاهر جریان هذا الحكم (اجازه و قسم خوردن برای ارث) فی کل مورد، مات من لزم العقد من طرفه و بقى من يتوقف زوجيته على اجازته
 اشاره ۱۸۱
- بقی هنا شیء: ۱۸۲
- مسئله ۲۴ (إنّ العقد لازم بالنسبة الى المباشرة) ۱۸۲
- اشاره ۱۸۲
- عنوان مسأله: ۱۸۲
- اقوال: ۱۸۲
- اشاره ۱۸۲
- قول اول: ترتب الآثار من طرف الاصيل ۱۸۲
- قول دوم: عدم ترتب الآثار من طرف الاصيل ۱۸۳
- قول سوم: التفصيل بين الزوج و الزوجة ۱۸۳
- [نظر استاد] ۱۸۴
- بقی هنا امور: ۱۸۵
- الامر الاول: آیا می‌توان گفت که از صحیحۀ «أبو عبیده حذاء» «۱»، این حکم (وفادار بودن اصیل) استفاده شده است، ۱۸۵
- الامر الثاني: اگر قائل به قول اول (ترتب آثار) شدیم، تا چه زمانی باید صبر کند؟ ۱۸۶
- الامر الثالث: آیا این مسأله منحصر به جائی است که یکی اصیل باشد و دیگری فضولی، ۱۸۶
- مسئله ۲۵: إن ردّ المعقود له أو المعقود لها العقد الواقع فضولاً صار العقد كأنه لم يقع] ۱۸۶
- اشاره ۱۸۶
- عنوان مسأله: ۱۸۶
- دلیل: صحیحۀ أبو عبیده حذاء ۱۸۷
- بقی هنا شیء: ۱۸۷
- بقی هنا شیء آخر: ۱۸۷
- مسئله ۲۶: إن زوج الفضولی امرأةً برجل من دون اطلاعها و تزوجت هی برجل آخر] ۱۸۸
- اشاره ۱۸۸

- عنوان مسأله: ۱۸۸
- جمع‌بندی: ۱۸۸
- مسأله ۲۷: لو زوج فضولیان امرأه كل منهما برجل كانت بالخيار في إجازة إيهما شاءت و ان شاءت ردتهما] ۱۸۹
- اشاره ۱۸۹
- عنوان مسأله: ۱۸۹
- ادله: ۱۸۹
- مسأله ۲۸: لو وكتت زوجه رجلين في تزويجها فزوجها كل منهما برجل] ۱۹۰
- اشاره ۱۹۰
- عنوان مسأله: ۱۹۰
- صور مسأله: ۱۹۱
- اشاره ۱۹۱
- صورت اول: هر دو معلوم التاريخ هستند و سابق و لاحق هم معلوم است، ۱۹۱
- اشاره ۱۹۱
- ادله قول مشهور: ۱۹۱
- ۱- قاعده: ۱۹۲
- ۲- روایت: ۱۹۲
- دلیل قول شاذ: روایت ۱۹۲
- صورت دوم: هر دو عقد معلوم التاريخ و وكيلين مقارن هم عقد خوانده‌اند. ۱۹۳
- صورت سوم: احدهما معلوم التاريخ و نمی‌دانیم کدامیک بر دیگری مقدم بوده است. ۱۹۴
- صورت چهارم: هر دو مجهول التاريخ است و نمی‌دانیم وکیل اول مقدم بوده یا دومی ولی احتمال تقارن را هم می‌دهیم، ۱۹۵
- صورت پنجم: هر دو مجهول التاريخ و نمی‌دانیم کدامیک بر دیگری مقدم بوده است، ۱۹۵
- اقوال: ۱۹۶
- اشاره ۱۹۶
- خلاصه اقوال: ۱۹۶

- دلیل قول اول: [توقف و احتیاط تا زمان تبیین حال] ۱۹۷
- دلیل قول دوم: [فسخ نکاح از ناحیه حاکم] ۱۹۸
- دلیل قول سوم: [فسخ نکاح از ناحیه زوجه] ۱۹۸
- [دلیل] قول چهارم: حاکم شرع زوجین را برای دفع ضرر به طلاق مجبور کند، ۱۹۸
- دلیل قول پنجم: [قرعه برای تعیین اولویت یعنی حاکم دومی را مجبور به طلاق می‌کند و به اولی می‌گوید که تجدید عقد کند] ۱۹۹
- دلیل قول ششم: [تعیین زوج با قرعه] ۱۹۹
- بهترین قول: بهتر از همه در بین این اقوال، آن است که اختیار را به حاکم دهیم ۱۹۹
- بقی هنا شیء: ۲۰۰
- [مسأله ۲۹ (ادعاء الزوجین سبق العقد)] ۲۰۰
- اشاره ۲۰۰
- عنوان مسأله: ۲۰۰
- اشاره ۲۰۰
- قبل از ورود به مسأله، سه نکته را متذکر می‌شویم: ۲۰۰
- نکته اول: این مسأله تماماً بر محور قوانین باب قضا دور می‌زند و روایت خاصی ندارد، ۲۰۰
- نکته دوم: مسأله دو صورت دارد: ۲۰۱
- نکته سوم: جمعی از بزرگان از فقهاء متعترض این مسأله شده‌اند ولی همه سراغ شاخه دوم (تداعی) رفته‌اند ۲۰۱
- موضوع بحث: ۲۰۱
- الف) اگر احدهما (زوج اول) ادعای سبق کرد، در این صورت چهار حالت متصور است: ۲۰۱
- اشاره ۲۰۱
- حکم صورت اول (زوج دوم و زوجه، هر دو تصدیق می‌کنند): ۲۰۱
- حکم صورت دوم (احدهما اقرار می‌کند و دومی می‌گوید «لا ادری»): ۲۰۲
- حکم صورت سوم (کلاهما می‌گویند «لا ادری»): ۲۰۲
- اشاره ۲۰۲
- قاعده فراغ در کجا جاری است؟ ۲۰۲

- حکم صورت چهارم (صدقه الآخر و لكن كذبته الزوجة): ۲۰۳
- ب) كلاهما ادعای تقدّم دارند (تداعی)، ۲۰۶
- اشاره ۲۰۶
- حالت اول (زوجه «لا ادري» می گوید): ۲۰۶
- حالت دوم (زن هم در دعوی داخل شود): ۲۰۷
- مسألة ۳۰: لو زوج احد الوكيلين عن الرجل له امرأة و الآخر بنتها] ۲۰۷
- اشاره ۲۰۷
- عنوان مسأله: ۲۰۸
- مسأله سه حالت دارد: ۲۰۸
- اشاره ۲۰۸
- حکم حالت اول (معلوم التاريخ): ۲۰۸
- حکم حالت دوم (احدهما معلوم التاريخ): ۲۰۸
- حکم حالت سوم (مجهولی التاريخ): ۲۰۹
- اشاره ۲۰۹
- بقی هنا اموز: ۲۱۰
- الامر الاول: این دو زن که یقین داریم احدهما زوجه است، منتهی مجهولی التاريخ هستند (مقارن هم نیستند) تکلیف این دو اگر بخواهند
- الامر الثاني: اگر احتیاط کنند و هیچ یک ازدواج نکنند، به عسر و حرج می‌افتند، در این صورت چه کنند؟ ۲۱۰
- الامر الثالث: آیا شوهر مهر المسمی را باید بدهد، چه طلاق دهد و چه ندهد ۲۱۰
- الامر الرابع: مسائل تداعی که در مسئله ۲۹ گفته شد، آیا اینجا هم تصوّر دارد؟ ۲۱۱
- الامر الخامس: مسئله ۲۸ و ۲۹ و ۳۰ در مورد وکیلین و ولتین است. ۲۱۱
- فصل فی اسباب التحريم ۲۱۲
- اشاره ۲۱۲
- الف: امام (ره): هشت سبب ۲۱۲
- ب: مرحوم محقق در شرایع: شش سبب ۲۱۲

- ج: صاحب جواهر «۳»: بیست و یک سبب ۲۱۳
- القول فی النسب ۲۱۴
- اشاره ۲۱۴
- [اول از صنوف هفت گانه مادر است] ۲۱۴
- اشاره ۲۱۴
- بقی هنا امران: ۲۱۷
- الامر الاول: آیا از نظر قواعد اصولی و ادبی، اراده اعم، از لفظ امّ و بنت ممکن است، ۲۱۷
- الامر الثانی: نکته‌ای که در تحریر به آن اشاره نشده است [مقابل این اصناف سبعة محرّمه من النساء، اصناف سبعة محرّمه من الرجال داریم] ۷
- اشاره ۲۱۷
- دلیل: ۲۱۸
- ۱- ملازمه عرفیه: ۲۱۸
- ۲- ملازمه عقلیه: ۲۱۸
- و اما بقیة صنوف: ۲۱۹
- اشاره ۲۱۹
- دلیل: ۲۱۹
- بقی هنا شیء: ۲۱۹
- [مسأله ۱: لا تحرم عمّة العمّة و لا خالّة الخالّة ما لم تدخلا فی عنوانی العمّة و الخالّة و لو بالواسطة] ۲۲۰
- اشاره ۲۲۰
- عنوان مسأله: ۲۲۰
- دلیل: ۲۲۱
- [مسأله ۲ (النسب الشرعی و غیر الشرعی)] ۲۲۱
- اشاره ۲۲۱
- تعریف نسب شرعی: ۲۲۲
- اشاره ۲۲۲

- ۲۲۲ دلیل:
- ۲۲۲ احکام ولد نامشروع:
- ۲۲۳ اقوال:
- ۲۲۳ دلیل حرمت نکاح:
- ۲۲۴ اشاره
- ۲۲۴ ۱- اجماع:
- ۲۲۴ ۲- صدق عناوین بر ولد نامشروع:
- ۲۲۴ ۳- احتیاط:
- ۲۲۴ ۴- روایت:
- ۲۲۵ ۵- تناسب حکم و موضوع: (و لعلّه احسن من الجمیع)
- ۲۲۵ بقی هنا امور:
- ۲۲۵ الامر الاول: توارث
- ۲۲۶ الامر الثانی: حرمت نظر
- ۲۲۷ الامر الثالث: دامنۀ محرّمات نکاح
- ۲۲۷ الامر الرابع: نفقه و حضانت و ولایت
- ۲۲۸ الامر الخامس: سایر احکام
- ۲۲۹ الامر السادس: نکاح فرزندان آدم
- ۲۲۹ اشاره
- ۲۲۹ نظریۀ اول: در عصر اول به خاطر ضرورت‌ها، نکاح اخوه و اخوات حلال بوده و بعداً بلافاصله ممنوع شد
- ۲۳۰ نظریۀ دوم: به طور قطع ممنوع بوده است،
- ۲۳۰ نظریۀ سوم: آدم، اولین انسان روی زمین نبود
- ۲۳۰ بررسی نظریات:
- ۲۳۰ طرفداران نظریۀ اول برای اثبات مدّعی خود به آیات قرآن و روایات استدلال می‌کنند:
- ۲۳۰ آیات:

- ۲۳۱ روایات:
- ۲۳۲ دلیل قول دوم: روایات کثیره‌ای دلالت بر این قول دارد
- ۲۳۳ اقوال عامه:
- ۲۳۴ بررسی قول اول و دوم:
- ۲۳۴ قول سوم: نکاح ابناء آدم با نسل دیگری از انسان بوده است
- ۲۳۵ [مسألة ۳ (وطء الشبهه)]
- ۲۳۵ اشاره
- ۲۳۶ عنوان مسأله:
- ۲۳۶ صور مسأله:
- ۲۳۶ اشاره
- ۲۳۶ مقام اول: وطء الشبهه يلحق بالنسب (کبری)
- ۲۳۶ اشاره
- ۲۳۶ ادله:
- ۲۳۷ مقام دوم: ما الوطاء بالشبهه؟ (صغری)
- ۲۳۷ اشاره
- ۲۳۷ موارد وطی شبهه:
- ۲۳۸ تعریف وطی به شبهه:
- ۲۳۹ طریقه ورود به مسأله:
- ۲۳۹ اشاره
- ۲۳۹ تفاوت بین نکاح و زنا:
- ۲۳۹ راه بررسی:
- ۲۴۰ اشاره
- ۲۴۰ ۱- از طریق قاعده:
- ۲۴۰ اشاره

- ۲۴۰ در اینجا چهار حکم عمده داریم:
- ۲۴۱ نتیجه:
- ۲۴۱ جمع‌بندی:
- ۲۴۱ ۲- روایات خاصه:
- ۲۴۵ بقی هنا امور:
- ۲۴۵ الامر الاول: در وطی به شبهه نسبت به مواردی که شخص معذور نیست چه حکمی جاری می‌کنیم؟
- ۲۴۶ الامر الثانی: هل فرق بین الاعمی و غیره فی وطی الشبهه؟
- ۲۴۷ الامر الثالث: اگر در حال مستی واقعه انجام گیرد آیا احکام زنا دارد؟
- ۲۴۷ الامر الرابع: آیا در ولد شبهه رضاع اثر می‌کند؟
- ۲۴۸ الامر الخامس: بیان شد که وطی شبهه مهر دارد، این مهر چه مهری است، آیا مهر المستی است
- ۲۴۸ اشاره
- ۲۴۹ اقوال:
- ۲۵۰ بهتر است مسأله را از ابتدا تقسیم کنیم:
- ۲۵۰ الف: وطی به شبهه متکی به عقد نباشد (وطی در حال مستی یا نوم و یا بالاجبار)
- ۲۵۰ ب: وطی به شبهه متکی به عقد باطلی باشد
- ۲۵۳ [مسأله مستحدثة] شبیه‌سازی (الاستنساخ)
- ۲۵۳ اشاره
- ۲۵۴ در اینجا سؤالاتی مطرح است:
- ۲۵۴ البحث فی مقامین:
- ۲۵۴ المقام الاول: آیا اصل این عمل در مورد انسانها جایز است؟
- ۲۵۴ در مورد حکم شرعی از سه جهت صحبت می‌شود:
- ۲۵۴ ۱- از نظر لوازم و عوارض:
- ۲۵۴ ۲- از نظر عنوان اولی:
- ۲۵۴ ۳- از نظر عنوان ثانوی:

- ۲۵۴ اشاره
- ۲۵۴ الف: از نظر اخلاقی:
- ۲۵۵ ب: از نظر مسائل حقوقی:
- ۲۵۵ ج: از نظر مسائل اجتماعی:
- ۲۵۵ بعضی برای حرمت شبیه‌سازی، سه دلیل اقامه کرده‌اند:
- ۲۵۵ دلیل اول: أصالة الحرمة
- ۲۵۶ دلیل دوم: آیه فَلَيَغَيِّرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ «... ۱» □
- ۲۵۶ دلیل سوم: التفرقة بين المرء و زوجته
- ۲۵۶ المقام الثانی: اگر انسانی از این طریق متولد شد، از جهت ارث، قتل، اسلام، حضانت و نفقه و محرمیت چه حکمی دارد؟
- ۲۵۷ [چند مسئله مهم باقیمانده از بحث مقدمات نکاح]
- ۲۵۷ [مسألة ۱۲ (الافضاء)]
- ۲۵۷ اشاره
- ۲۵۷ عنوان مسأله:
- ۲۵۷ فروع مسأله:
- ۲۵۸ فروع مستحدثة مسأله:
- ۲۵۸ اشاره
- ۲۵۸ فرع اول: دخول به زوجه قبل از اکمال نه سالگی حرام است
- ۲۵۸ اشاره
- ۲۵۹ ادله:
- ۲۵۹ ۱- اجماع:
- ۲۵۹ ۲- روایات:
- ۲۵۹ اشاره
- ۲۶۰ جمع بین روایات:
- ۲۶۰ اقوال عامه:

- ۲۶۰ بقی هنا شیء:
- ۲۶۱ فرع دوم: آیا سایر استمتاعات نسبت به کمتر از نه سال جایز است؟
- ۲۶۱ فرع سوم: اگر با زوجة خود قبل از اکمال نه سالگی وطی نمود و عیبی هم حاصل نشد.
- ۲۶۱ اشاره
- ۲۶۱ دلیل:
- ۲۶۲ فرع چهارم: اگر دخول حاصل و افشاء شد
- ۲۶۲ اشاره
- ۲۶۲ حکم اول: حرمت ابدی وطی
- ۲۶۳ حکم دوم: نفقة مادام العمر
- ۲۶۳ اشاره
- ۲۶۴ جمع بندی:
- ۲۶۴ حکم سوم: دیة افشاء
- ۲۶۴ اشاره
- ۲۶۵ نتیجه:
- ۲۶۵ حکم چهارم: بقاء زوجیت
- ۲۶۵ اشاره
- ۲۶۵ ادله:
- ۲۶۵ دلیل اول: استصحاب بقاء زوجیت
- ۲۶۶ دلیل دوم: روایات
- ۲۶۶ فرع پنجم: افشاء چیست؟
- ۲۶۶ اشاره
- ۲۶۶ اقوال:
- ۲۶۷ حقیقت مسأله:
- ۲۶۷ اشاره

- ۲۶۷ افشاء در روایات:
- ۲۶۷ افشاء در لغت:
- ۲۶۸ کلید حلّ مشکل:
- ۲۶۸ بقى هنا امران:
- ۲۶۸ الامر الاول: اگر افشاء را ترمیم کردند و معالجه شد (که در عصر و زمان ما کاملاً میسر است).
- ۲۶۹ الامر الثانی: اگر بعد از سن بلوغ افشاء شود
- ۲۶۹ [مسألة ۱۳: لا يجوز ترك وطء الزوجة أكثر من اربعة أشهر إلا باذنها]
- ۲۶۹ اشاره
- ۲۶۹ عنوان مسأله:
- ۲۷۰ اقوال:
- ۲۷۰ ادله:
- ۲۷۰ دلیل اول: اجماع
- ۲۷۰ دلیل دوم: لزوم عسر و حرج و ضرر
- ۲۷۰ دلیل سوم: آیه ابراء
- ۲۷۱ دلیل چهارم: روایات
- ۲۷۱ ۱- روایت صفوان بن یحیی
- ۲۷۱ ۲- مرسله جعفر بن محمد عن ابی عبد الله علیه السلام: □
- ۲۷۲ بقى هنا امران:
- ۲۷۲ الامر الاول: هل هناك فرق بين المسافر و الحاضر؟
- ۲۷۲ الامر الثانی: هل هناك فرق بين الدائمة و المنقطعه؟
- ۲۷۳ [مسألة ۱۴ (حكم العزل)]
- ۲۷۳ اشاره
- ۲۷۳ عنوان مسأله:
- ۲۷۳ محلّ كلام:

- ۲۷۳ اقوال:
- ۲۷۳ ادله حرمت عزل:
- ۲۷۴ دلیل جواز عزل: روایات
- ۲۷۴ بقی هنا امور:
- ۲۷۵ الامر الاول: در صورتی که زن ناراضی باشد و اگر باردار نشود، احتمال ضرر هم باشد
- ۲۷۵ الامر الثاني: آیا کراهت یا حرمت عزل به سبب مشکلات کثرت اولاد مرتفع می‌شود؟
- ۲۷۵ الامر الثالث: عزل یکی از مصادیق جلوگیری است،
- ۲۷۵ درباره مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

کتاب النکاح: سلسله مباحث خارج فقه آیه الله العظمی مکارم شیرازی (مدظله) جلد ۲

مشخصات کتاب

سرشناسه : مکارم شیرازی، ناصر، ۱۳۰۵ -
عنوان و نام پدید آور : کتاب النکاح: سلسله مباحث خارج فقه آیه الله العظمی مکارم شیرازی (مدظله) / تهیه و تنظیم محمدرضا حامدی، مسعود مکارم.
مشخصات نشر : قم: انتشارات امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۳۸۲-
مشخصات ظاهری : ج.

شابک : دوره: ۰-۸۹-۶۶۳۲-۹۶۴ ؛ ۱۰۰۰۰ ریال: ج. ۱: ۰۹-۸۱۳۹-۹۶۴ ؛ ج. ۲: ۰۹-۷۶-۶۶۳۲-۹۶۴ ؛ ۱۰۰۰۰ ریال: ج. ۳-۹۶۴-۹۶۴-۲-۷۴-۶۶۳۲ ؛ ج. ۵۴-۱۰-۸۱۳۹-۹۶۴ :

یادداشت : پشت جلد به انگلیسی: Makarem Shirazi Ketab – Al- Nekah: the juris Prudence Lessons of his holiness ayatullahelozma Makarem Shirazi

یادداشت : ج. ۳ (چاپ اول: ۱۳۸۱).

یادداشت : ج. ۷ (چاپ اول: ۱۳۸۷).

یادداشت : عنوان دیگر: کتاب النکاح: تقریرات مباحث خارج فقه حضرت آیه الله العظمی مکارم شیرازی (مدظله).
یادداشت : کتابنامه .

مندرجات : ج. ۱. سال تحصیلی ۷۸ - ۷۹. ج. ۲. سال تحصیلی ۷۹ - ۸۰. ج. ۴. سال تحصیلی ۸۱ - ۸۲. ج. ۷. سال تحصیلی ۸۵ - ۸۴ -

عنوان دیگر : سلسله مباحث خارج فقه آیه الله العظمی مکارم شیرازی (مدظله) .

عنوان دیگر : کتاب النکاح: تقریرات مباحث خارج فقه حضرت آیه الله العظمی مکارم شیرازی (مدظله)
موضوع : زناشویی (فقه)

شناسه افزوده : حامدی، محمدرضا، ۱۳۴۸، - گردآورنده

شناسه افزوده : مکارم، مسعود، ۱۳۴۶، - گردآورنده

رده بندی کنگره : BP۱۸۹/۱/مک ۷ ۲ ۱۳۸۲

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۶

شماره کتابشناسی ملی : م ۸۰-۲۳۹۸۹

فهرست

مقدمه ... ۵

فصل فی اولیاء العقد مسئله ۱: ولایة الاب و الجد علی الصغیر و الصغیره ... ۷

مسئله ۲: ولایة الاب و الجد علی الباکرة الرّشیده ... ۱۰

مسئله ۳: استقلال ولایة الاب و الجد ... ۲۵

مسئله ۴: شرائط الصّحة التّرویج الاب و الجد ... ۳۲

- مسئله ۵: عقد الولى من العقود اللّازمه ... ۳۵
- مسئله ۶: تزويج الولى الصغيره بما دون مهر المثل ... ۳۹
- مسئله ۷: نكاح الشفيه المبذر ... ۴۱
- مسئله ۸: تزويج الولى المولى عليه بمن له عيب ... ۴۶
- مسئله ۹: استحباب استيدان المرأه من الولى ... ۴۸
- مسئله ۱۰: هل للوصى ولايه فى النكاح ... ۵۰
- مسئله ۱۱: ولايه الحاكم فى النكاح ... ۵۴
- مسئله ۱۲: شرائط الولايه ... ۵۷
- مسئله ۱۳: عقد الفضولى ... ۵۹
- مسئله ۱۴: من له الاجازه فى الفضولى ... ۶۷
- مسئله ۱۵: تأخر الاجازه عن العقد الفضولى ... ۶۸
- مسئله ۱۶: لا اثر للاجازه بعد الرد فى الفضولى ... ۷۰
- مسئله ۱۷: فى الكاره ... ۷۳
- مسئله ۱۸: بما ذا تحصل الاجازه فى الفضولى ... ۷۴
- مسئله ۱۹: عدم كفايه الرضا القلبى فى صحه العقد ... ۷۷
- مسئله ۲۰: قصد الفضولى و الالتفات اليها ... ۸۰
- مسئله ۲۱: فى من يتوقف زوجيته على اجازته ... ۸۱
- مسئله ۲۲: ترتب الآثار الأخر على الحلف ... ۸۶
- مسئله ۲۳: فروع فى الاجازه ... ۸۷
- مسئله ۲۴: العقد لازم بالنسبه الى المباشر ... ۸۸
- مسئله ۲۵: لو رد المعقود له صار العقد كانه لم يقع ... ۹۰
- مسئله ۲۶: إن زوج الفضولى امرأه ... ۹۱
- مسئله ۲۷: لو زوج فضوليان ... ۹۲
- مسئله ۲۸: لو وكلت رجلين فى تزويجها ... ۹۳
- مسئله ۲۹: ادعى الزوجين سبق العقد ... ۹۹
- مسئله ۳۰: تزويج احد الوكيلين عن الرجل له امرأه ... ۱۰۴
- فصل فى اسباب التحريم القول فى النسب ... ۱۰۸
- مسئله ۱: فى تحريم العمه ... ۱۱۲
- مسئله ۲: النسب الشرعى و غير الشرعى ... ۱۱۲
- مسئله ۳: وطء الشبهه ... ۱۲۱
- الاستنساخ (شبيه سازى ...) ۱۳۱
- تمه فى مقدمات النكاح مسئله ۱۲: الافضاء ... ۱۳۳
- مسئله ۱۳: ترك وطء الزوجه اكثر من اربعه اشهر ... ۱۴۰

مسئله ۱۴: حکم الغزل ... ۱۴۲

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۵
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمه

الحمد لله الذي انعم علينا بفضلِهِ، وهدانا بمنه وكرمه و عرفنا مواقع احسانه و اكمل لنا ديننا و اتم نعمته علينا، و ما كنا لنهتدي لولا ان هدانا الله، و صلى الله على اشرف بريته و خاتم رسله، محمّد صلى الله عليه و آله و على الأوصياء من ذريته، أئمة الهدى، و مصايح الدّجى، و اعلام التّقى و ذوى النهى، لا سيّما الامام الثّانى عشر، المهدي المنتظر، عليه آلاف التّحيّة و الثّناء.

کتاب حاضر دوّمین جلد از مجموعه «دروس خارج فقه حضرت آیه الله العظمی مکارم شیرازی (مد ظله العالی)» در بحث نکاح است که در سال تحصیلی ۸۰-۷۹ تدریس شده که به شکلی نوین در دسترس علاقه‌مندان قرار گرفته است و جلد اول آن شامل دروس نکاح سال ۷۹-۷۸ بزودی عرضه می‌گردد.

بعد از آنکه در طول سال تحصیلی، پس از هر جلسه، جزوه درس استاد، در اختیار علاقه‌مندان قرار گرفت، و با استقبال خوبی مواجه شد، بر آن شدیم که مجموعه درس‌ها را از ابتدای بحث‌های «کتاب النکاح» در هر سال جمع‌آوری کرده و در اختیار عزیزانی که در همه مباحث همراه نبوده و قصد دارند به جهت پیوستگی مطالب از ابتدا آنها را دنبال کنند، به چاپ برسانیم. بدین منظور مجموعه درس‌ها بازبینی گردید و تمامی روایات و مطالبی که از کتب مختلف نقل شده، به طور دقیق و با ذکر آدرس کامل به آن اضافه گردید تا طالبین را از مراجعه به کتب مختلف بی‌نیاز کند.

ویژگی ممتاز درس استاد معظم، دسته‌بندی دقیق مطالب و کیفیت بدیع و دقیق ورود و خروج به مباحث است که در این امر نیز سعی شده است که به همان شیوه مطالب سنگین و مهم علمی با دسته‌بندی و تیترو مناسب و شماره‌گذاری ارائه شود. از جمله ویژگی‌های این مجموعه که آن را از نظائرش ممتاز می‌کند، این است که به صورت «درسی-فارسی» تنظیم شده که ضمن سهولت دسترسی به مطالب، حال و هوای حضور در درس را دارد؛ علاوه بر این در کنار این مجموعه، نرم‌افزاری دروس نیز آماده شده که به راحتی با استفاده از رایانه قابل دسترسی می‌باشد.

امید است توانسته باشیم خدمت کوچکی نسبت به عزیزانی که توفیق شرکت در درس حضرت استاد را نداشته‌اند، یا به جهت تعمق در مطالب درسی، سخنان استاد را بر روی کاغذ پیاده نکرده‌اند برداشته باشیم.

لازم به ذکر است که در بعضی از دروس برای رعایت نظم و ترتیب مطالب و مباحث، قسمت‌هایی از مطالب درسی جابجا و به قسمت‌های مربوطه منتقل گردیده، لذا آن دسته از عزیزانی که دروس حضرت استاد را از نوار کاست و یا، در کنار این مجموعه بی‌گیری می‌نمایند، به این نکته توجه داشته باشند.

لطفاً هر گونه پیشنهاد و یا انتقاد خود را به آدرس ناشر ارسال دارید تا در مراحل بعدی از آن استفاده گردد.

اللّهُمَّ وَفّقْنَا لِمَا تَحَبّبَ وَ تَرْضَى

محمّد رضا حامدی - مسعود مکارم

۲۱ رمضان المبارک ۱۴۲۲

حوزه علمیه قم

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۶

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۷

[فصل فی اولیاء العقد]

۱ مسأله ۱ (ولایة الاب و الجد علی الصغیر و الصغیره)

اشاره

۷۹ / ۶ / ۱۹...

فصل فی اولیاء العقد

مسأله ۱: للاب و الجد من طرف الاب بمعنی اب الاب فصاعداً ولایة علی الصغیر و الصغیره و المجنون المتصل جنونه بالبلوغ و کذا المنفصل عنه علی الظاهر و لا ولایة للأُم علیهم و للجد من طرف الأُم و لو من قبل أم الاب بأن کان اباً لام الاب مثلاً و لا للاخ و العم و الخال و اولادهم.

مقدمه:

اولیاء عبارتند از:

۱- جد و اب ۲- وصی بر صغار ۳- مولی ۴- حاکم شرع

در مورد اب و جد از نظر اقوال اختلافی نیست که ولایت بر صغیر و صغیره دارند، علامه در مختلف می فرماید:

و اما ابن ابی عقیل فانه قال الولی الذی هو اولی بنکاحهنّ هو الاب ... و لم یذکر للجد ولایة «۱»

شاید بتوان گفت از اب، جد هم فهمیده می شود و بعید به نظر می رسد که ایشان جد را ولی ندانند، و شمول اب نسبت به جد در کلمات معمولی و آیات و روایات زیاد است، به عنوان مثال آیه: «وَاتَّبَعْتُ مِلَّةَ آبَائِي إِبْرَاهِيمَ وَإِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ» «۲»، اسحاق جد یوسف و ابراهیم جد اعلای وی بوده است که همه را به «آبائی» تعبیر کرده است همانگونه که در روایات هم داریم:

السّلام علیک و علی آبائک الطاهرین

مرحوم صاحب حدائق نیز چنین می فرماید:

و (ثانیها) دومین مورد اختلاف قول ابن ابی عقیل فی نقصان الجد من هؤلاء المذكورین فانه قال: الولی الذی اولی بنکاحهنّ هو الاب دون غیره من الاولیاء و لم یذکر للجد الولایة. «۳»

به هر حال ایشان چه مخالف باشد چه نباشد ما دلایل زیادی بر ولایت اب و جد داریم، و روایات زیادی در سه باب ذکر شده است.

۲ ادامه مسأله ۱ ... ۷۹ / ۶ / ۲۰

مسأله اولی در مورد ولایت بر صغیر و صغیره است. و مسأله ثانیه در مورد ولایت بر کبیر و کبیره است به این معنا که آیا پدر و جد بر دختر عاقل بالغ باکره ولایت دارند یا نه؟

فروع:

اشاره

۱- اب و جد بر صغیر و صغیره ولایت دارند، با شرایطی که در جای خود ذکر می شود مثل رعایت مصلحت.

۲- اب و جد بر مجنون کبیر ولایت دارند (جنون گاهی متصل به صغر است و گاهی منفصل است).

۳- مادر و جد مادری ولایت ندارند، حتی جد من قبل الام.

۴- برادر، عمو، دایی و بستگان پدری ولایتی ندارند.

فرع اول: «ولایت اب و جد بر صغیر و صغیره»

اشاره

در این فرع اختلافی به حسب اقوال در بین علمای شیعه نیست، و تنها ابن ابی عقیل مخالفت کرده و معتقد است که پدر ولایت دارد اما جد ندارد.

ادله:

اشاره

برای ولایت اب و جد غیر از اجماع چند دلیل آورده شده است:

دلیل اول: روایات

... عن محمد بن مسلم عن احدهما (عليهما السلام) قال: اذا زوج الرجل ابنة ابنه فهو جازي على ابنه و لابنه ايضا أن يزوجهما. فقلت: فان هوى ابوها رجلاً و جدّها رجلاً، فقال: الجدّ اولی بنکاحها. «۴»

... عن عبيد بن زراره قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الجارية يريدها ابوها ان يزوجهما من رجلٍ و يريدها أن يزوجهما من رجلٍ آخر، فقال الجدّ اولی بذلك ما لم يكن مضاراً، ان لم يكن الاب زوجهما قبله و يجوز عليها تزويج الاب و الجدّ. «۵»
(قدر متيقّن از اطلاق روایات، صغیره است).

... و عن هشام بن سالم و محمد بن حكيم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: اذا زوج الاب و الجدّ كان التزويج للاول (برای آن کسی که اول اقدام کرده)

فان كانا جميعاً في حال واحدة فالجدّ اولی. «۶»

نکته:

البته روایات باب ۱۱ مستقیماً مربوط به ولایت اب و جد نیست بلکه به صورت تعارض آمده که معنایش این است که ولایت اب و جد مسلم است و بحث در تقدّم ولایت جد بر ولایت اب است. در باب ۶ و ۱۲ از ابواب عقد نکاح و سائل احادیثی در این زمینه داریم.

(۱) ج ۷، ص ۱۰۰.

(۲) آیه ۳۸، سوره یوسف.

(۳) حدائق، ج ۲۳، ص ۲۰۲.

(۴) ح ۱، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

(۵) ح ۲، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

(۶) ح ۳، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۸

دلیل دوم: آیه ۲۳۷ سوره بقره

این آیه در مورد مهر است و می‌فرماید که قبل از دخول اگر طلاق بدهند مهر نصف می‌شود و در دنباله آیه می‌فرماید: «إِلَّا أَنْ يَغْفُونَ أَوْ يَغْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدُ النِّكَاحِ» این تعبیر اجمالاً می‌فهماند که چه کسی در نکاح اختیار دارد قطعاً خود زوجه را نمی‌گوید و قدر متیقن از آن «اب» است. البته در تفسیر آیه اختلاف وجود دارد.

دلیل سوم: بناء عقلا و سیره متشرعه

تمام عقلا پدر را ولیّ بیّحه می‌شناسند (چه در ازدواج و چه در امور مالی) قدر مسلم در همه جا ولایت اب هست و شارع مقدس هم امضا فرموده است.

فرع دوم: «ولایت اب و جد بر مجنون»

اشاره

در اینجا نیز ادعای اجماع شده است، که پدر بر مجنون متصل ولایت دارد، اما این مسأله هیچ روایتی ندارد، چون شاید این امر از مسلمات بوده و کسی از امام علیه السلام سؤال نکرده است. پس سرچشمه این اجماع از کجاست؟ در اینجا دو دلیل اقامه می‌کنیم:

دلیل اول: استصحاب

اشاره

پدر و جد بر مجنون صغیر ولایت داشتند حالا که کبیر شده و متصل به جنون است، نمی‌دانیم که ولایت پدر و جد قطع شده است یا نه؟

لا تنقض اليقين بالشك

می‌گوید حالا هم که مجنون کبیر شده استصحاب ولایت می‌کنیم.

اشکال:

اشاره

به این استصحاب ممکن است دو اشکال وارد شود:

۱- تبدل موضوع:

موضوع استصحاب قبلاً صغیر بوده و حالا- کبیر است. امّا اگر بگوئیم این تبدل از حالات است و مُضَرّ به استصحاب نیست، استصحاب درست می‌شود ولی اگر این تبدل حالات، مقوم باشد، مُضَرّ خواهد بود و استصحاب جاری نمی‌شود، بعبارت دیگر کان ولینا علی الصغیر و هنا ولیّ علی الکبیر.

۲- شبهه حکمیّه:

ما استصحاب را در شبهات موضوعیه جاری می‌کنیم و استصحاب در شبهات حکمیّه مشکل است، به این معنی که نمی‌دانیم حکم الله نسبت به جنون، ولایت اب است یا نه؟ اجرای استصحاب در این صورت کار مشکلی است نتیجه: استصحاب اگر هم جاری شود، در جنون متصل به صغر جاری می‌شود.

۳ ادامه مسئله ۱ ... ۲۱ / ۶ / ۷۹

دلیل دوم: آیه ۶ سوره نساء

... «فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ زُجُودًا فَأَذْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» ... مفهوم جمله شرطیه این است که اگر رشید نبودند اموالشان را به آنها ندهید، به این معنی که ولایت بر اموال در مجنون مسلم است، حال الغاء خصوصیت می‌کنیم و می‌گوئیم بسیار بعید است که شارع مقدس ولایت بر اموال مجانین را برای پدر و جد قرار دهد، امّا در نکاح ولایت قرار ندهد، اگر ملاک علاقه پدر است که در هر دو مورد وجود دارد، و اگر ملاک عدم توانائی مجنون است، این هم در هر دو مورد موجود است. مضافاً بر اینکه روایتی داریم که ملازمه بین اموال و نکاح را ثابت می‌کند. البته سند روایت اشکال دارد چون «عن البرقی أو غیره» دارد.

احمد بن محمد بن خالد برقی کسی بود که خودش خوب بوده ولی از ضعفاء نقل می‌کرده و چون در سند روایت «أو غیره» دارد، روایت مرسله می‌شود:

* باسناده عن احمد بن محمد بن عیسی، عن البرقی او غیره، عن صفوان، عن عبد الله، عن ابی بصیر، عن ابی عبد الله علیه السلام: قال سألته عن الذی بیده عقدة النکاح، قال: هو الاب و الاخ و الرجل یوصی الیه، و الذی یجوز امره فی مال المرأة فیبتاع لهما فیشتري فأی هؤلاء عفا فقد جاز. «۱»

معلوم می‌شود همان ولی که اختیار اموال به دست اوست نکاح نیز به دست اوست. پس با توجه به آیه و با ضمیمه این روایت می‌فهمیم کسانی که ولایت بر اموال دارند ولایت بر نکاح هم دارند.

اشکال: مخاطب در آیه کیست؟ اب است یا جد؟

معلوم نیست، ولی معمولاً در جائی که جمع گفته می‌شود، منظور حاکم شرع است مثل السارق و السارقة فاقطعوا «... ۲» نتیجه: این آیه نیز مشکل ما را حل نکرد.

دلیل سوم: سیره عقلا

اگر در خانه‌ای بچه‌ای دیوانه شود او را به پدر و جد می‌سپارند، شارع مقدس هم این سیره را امضا فرموده است.

فرع سوم: «عدم ولایت مادر و جد مادری بر صغیر و صغیره»**اشاره**

(۱) ح ۴، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.

(۲) آیه ۳۸ سوره مائده.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۹

اقوال:

از نظر اقوال این مسأله هم مسلم است که «لا ولایة للام علی الصغیر و الصغیره».

مرحوم نراقی در مستند و صاحب ریاض در ریاض ادعای اجماع فرموده‌اند.

لا ولایة فی النکاح لاحد علی احد سوی الاب و الجد له و المولی و الحاکم و الوصی اجماعاً منّا محققاً (محصل) و محکیماً (حکایت شده از دیگران) مستفیضاً فی غیر الام و الجد لها و وفاقاً لغير الاسکافی فیهما ایضاً. «۱»

روایات:

... عن محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال: لا تستأمر الجارية اذا كانت بين ابويها

(تا پدر و مادر دارد از خودش نظرخواهی نمی‌شود)

ليس لها مع الاب امر، و قال: يستأمرها كل واحد ما عدا الاب. «۲»

... عن زرارة ابن اعين قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: لا ينقض النكاح إلا الاب. «۳»

... عن محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال: لا ينقض النكاح إلا الاب. «۴»

۴ ادامه مسئله ۱ ... ۲۲ / ۶ / ۷۹

روایات معارض:**اشاره**

در مقابل این روایات به روایات دیگری برای «ولایت‌ام» استدلال شده است. یکی از آن روایات، روایتی است که در منابع اهل سنت آمده و ما این حدائق آن را نقل می‌کنیم:

... * ان رسول الله صلی الله علیه و آله، امر نعیم بن نجاج ان یتأمر ام ابنته فی أمرها، (چرا تعبیر به «ام ابنته» فرموده است و نفرموده «زوجته»، شاید این دختر از پدر دیگری (ریبه) بوده) «و قال و امرهن فی بناتهن». «۵»

یعنی اینها باید درباره دخترانشان اجازه بدهند به عبارت دیگر مادر درباره دخترش اجازه دارد. دلالت حدیث خوب است ولی سند معتبری ندارد چون از منابع عامه نقل شده است.

... * عن محمد بن مسلم، عن ابی جعفر علیه السلام انه سأل عن رجلٍ زوّجته امه و هو غایب، قال: النکاح جایز، ان شاء المتزوج قبل و ان شاء ترک فان ترک المتزوج تزویجه فالمهر لازم لأمه. «۶»

که از این روایت معلوم می‌شود نکاح حاصل شده است و نفی آن شبیه طلاق است و از ذیل حدیث استفاده می‌شود که مادر ولایت داشته و نکاح صحیح بوده است. مگر این که شک در ولایت‌ام (یا اخ یا خال) ... بکنیم، که در این صورت اصل عدم ولایت است (عدم ولایة احد علی احد) که این اصل، به اصالة الفساد در باب معاملات برمی‌گردد.

اشکالات روایت:

اشاره

- ۱- ولایت بر «ابن کبیر» را احدی در هیچ جا نگفته است.
- ۲- اگر این نکاح درست بوده بدون طلاق بهم نمی‌خورد (ظاهر این نکاح فضولی است).
- ۳- اگر این نکاح صحیح باشد چرا مادر مهریه را بدهد؟ در حالی که «المهر علی الزوج».

احتمال اول:

صاحب وسائل و دیگران در روایت تصرّف کرده و در ذیل آن گفته‌اند: مهریه در مقام اثبات است نه ثبوت و مقام ثبوت برای ما مجهول است، به این معنی که چون مادر ادعای وکالت از پسر می‌کند، نکاح صحیح است؛ ولی از آن طرف چون پسر هم وکالت را نفی می‌کند و نکاح را صحیح نمی‌داد، مادر باید مهریه را بدهد زیرا «اقرار العقلاء علی انفسهم جایز».

احتمال دوم:

دادن مهریه مستحب است چون کرامت زن مخدوش شده است پس دفعاً لخدش کرامتها، استحباباً مهریه را می‌دهد.

فرع چهارم: «عدم ولایت عم، اخ، خال بر صغیر و صغیره».

اقوال:

در اینجا مسأله اجماعی است و مخالفی هم ندارد، اما اهل سنت برای خویشاوندان پدری (عصبه) غالباً قائل به ولایت هستند. «۷»

مرحوم نراقی ادعای اجماع بر عدم ولایت عم و اخ کرده است.

مرحوم محقق ثانی می‌فرماید:

«و الولایة الثابتة بالقربة منحصره عندنا فی القربة الابوة و الجدة من الابوة باتفاق علمائنا، فلا تثبت للاخ ولایة، من الأبوين کان أو من احدهما، انفرد أم کان مع الجد، خلافاً للعامة و کذا الولد و سائر العصابات، قربوا أم بعدوا». «۸»

(۱) ج ۱۶، ص ۱۲۴.

(۲) ح ۳، باب ۴ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۱، باب ۴ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۵، باب ۴ از ابواب عقد نکاح.

(۵). ج ۲۳، ص ۲۰۲ و جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۹۲ و سنن، ج ۷، ص ۱۱۶.

(۶) ح ۳، باب ۷، از ابواب عقد نکاح.

(۷) الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۴، ص ۲۸.

(۸) جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۹۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۰

دلیل: روایات

... عن محمد بن الحسن الاشعری، قال: کتب بعض بنی عمی الی ابی جعفر الثانی علیه السلام: ما تقول فی صبیة زوجها عمها، فلما کبرت ابت التزویج، فکتب لی: لا تکره علی ذلك و الامر امرها» «۱»

«محمد بن الحسن الاشعری» شخص مجهول الحالی است بنابراین حدیث از نظر سند قابل مناقشه است؛ ولی عمل اصحاب به این روایت جبران ضعف سند را می‌کند، و از نظر دلالت صریح است، خصوصاً که در مورد صغیره است.

۵ ادامه مسئله ۱ ... ۲۳ / ۶ / ۷۹

... عن الحلبي، عن ابی عبد الله علیه السلام فی حدیث قال: سئل عن رجل یرید أن یزوج اخته؟ قال: یؤامرها فان سکت فهو اقرارها و ان ابت لا یزوجها. «۲»

این حدیث از نظر سند صحیح است منتهی دو اشکال دارد:

۱- نفی استقلال برادر است به این معنی که ولایت مشترکه را نه نفی می‌کند و نه اثبات.

۲- این روایت در مورد کبیره صحبت می‌کند چرا که مشورت و این که سکوت نشانه رضایت است، در مورد کبیره است، پس ممکن است که برادر بر صغیره ولایت داشته باشد.

... عن داود بن سرحان، عن ابی عبد الله علیه السلام، فی رجل یرید أن یزوج اخته، قال: یؤامرها فان سکت فهو اقرارها و ان ابت لم یزوجها، فان قالت: زوجنی فلاناً، زوجها ممن ترضی الحدیث. «۳»

راوی صدر حدیث «محمد بن علی بن الحسین» است، که مراد مرحوم صدوق است. آیا سند صدوق تا «داوود» صحیح است؟

جامع الرواة سند صدوق را تا داوود در باب نکاح صحیح ذکر نکرده است، لذا سند حدیث خالی از اشکال و دغدغه نیست.

نتیجه: این دو حدیث گرچه توجیه مستدلین به نفی ولایت اخ را به خود جلب کرده است؛ ولی دلالتی بر عدم ولایت اخ بر صغیر

ندارد، پس دلیل ما در اینجا عمومات عدم ولایت است.

روایات معارض:

اشاره

پیش از روایت نفی ولایت اخ روایت مثبت ولایت اخ در بین اخبار موجود است.

... عن محمد بن قیس، عن ابی جعفر علیه السلام قال: قضی امیر المؤمنین علیه السلام فی امرأه انکحها اخوها رجلاً ثم انکحتها امها بعد ذلك رجلاً و خالها أو اخ لها صغیر فدخل بها (شوهر دوم عروسی کرد) فحبلت فاحتکما فیها، فأقام الاوّل الشهود فالحقها بالاوّل و جعل لها الصداقین جمیعاً، و منع زوجها الذی حقت له أن یدخل بها حتّی تضع حملها ثم الحق الولد بابیه «۴».

(دومی و طی به شبهه است)

این حدیث می‌گوید: چون برادر جلوتر از مادر بوده، ولایت برادر صحیح است.

مرحوم صاحب جواهر این روایت را بدون عبارت

«اخ لها صغیر»

نقل کرده است. «۵»

□

... عن ولید بن یزید الاسقاط قال: سئل أبو عبد الله علیه السلام و انا عنده، عن جاریه کان لها اخوان زوّجها الاکبر بالکوفه، و زوّجها الاصغر بأرض اخرى، قال: الاوّل بها اولی الا ان یکون الآخر قد دخل بها فهی امرأته، و نکاحه جائز. «۶»

روایت، ولایت اخ اکبر و اصغر را مسلم دانسته است و بحث عند التعارض است که می‌فرماید: ولایت اکبر اولویت دارد.

... عن بعض اصحابنا عن الرضا علیه السلام قال: الاخ الاکبر بمنزله الاب. «۷»

توجهات روایات معارض:

این روایات را سه گونه توجیه کرده‌اند:

۱- این ولایت حمل بر وکالت می‌شود یعنی خواهر به برادر در امر ازدواج وکالت می‌دهد بطوری که در جوامع گذشته بعد از پدر برادر بزرگ‌تر اختیار خواهر را به دست می‌گرفت.

۲- این ولایت را حمل بر استحباب کنیم به این معنی که مستحب است خواهر به برادر احترام بگذارد و اجازه او را هم در نظر بگیرد.

خصوصاً از حدیث امام رضا علیه السلام بیشتر این معنی به نظر می‌رسد.

۳- این حکم امام را حمل بر تقیه کنیم چون تمام اهل سنت برای برادر ولایت قائل هستند؛ ولی از اصحاب ما احدی به این ولایت عمل نکرده است و معرض عنهای اصحاب است و این توجهات هم به خاطر اعراض اصحاب است.

[مسألة ۲: ليس للأب و الجد للأب و ولاية على البالغ الرشيد و لا على البالغة الرشيدة إذا كانت تيبة]

اشاره

مسأله ۲: ليس للاب و الجد للاب ولاية على البالغ الرشيد و لا على البالغة الرشيدة اذا كانت ثيبه و اما اذا كانت بكرًا ففيه اقوال:

(۱) ح ۲، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۲) ح ۴، باب ۴ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۱، باب ۷ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۲، باب ۷، از ابواب عقد نکاح.

(۵) ج ۲۹، ص ۲۳۱.

(۶) ح ۴، باب ۷ از ابواب عقد نکاح.

(۷) ح ۶، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۱

استقلالها و عدم الولاية لهما عليها لا مستقلاً و لا منضمّاً، و استقلالهما و عدم سلطنته و ولاية لها كذلك و التشريك بمعنى اعتبار اذن الولي و اذنها معاً، و التفصيل بين الدوام و الانقطاع إما باستقلالها في الاوّل دون الثاني أو العكس و الأحوط الاستئذان منهما، نعم لا اشكال في سقوط اعتبار اذنها ان منعها من التزويج بمن هو كفو لها شرعاً و عرفاً مع ميلها، و كذا إذا كانا غائبين بحيث لا يمكن الاستئذان منهما مع حاجتها إلى التزويج.

عنوان مسأله: آیا پدر بر دختر باکره ولایت دارد؟

امام (ره) مسأله را این گونه آغاز می کند که پدر و جد بر پسر کبیر ولایت ندارند، و لا على البالغة الرشيدة الثيبه. اینکه ملاک در ثبته چیست، مبحث مهمی است ولی فعلاً جای بحث از آن نیست.

اقوال:

امام پنج قول را بیان فرموده اند که در کلمات اصحاب هست و صاحب مسالک هم در مسأله، قول ششمی دارند. از این اقوال شش گانه سه قول اول مشهور است.

۱- استقلالها و عدم الولاية لهما عليها لا مستقلاً و لا منضمّاً، به این معنی که پدر نه مستقلاً ولایت دارد و نه بانضمام رضایت دختر، (پدر نه تمام العلة است و نه جزء العلة).

۲- و استقلالهما و عدم سلطنته و ولاية لها كذلك. (عکس قول اول)

۳- التشريك بمعنى اعتبار اذن الولي و اذنها معاً.

۴- التفصيل بين الدوام و الانقطاع، باستقلالها في الاوّل (دائم) دون الثاني (متعّه).

۵- عكس الرابع (در متعه مستقل است ولی در دائم مستقل نیست).

۶- انّ التشريك في الولاية تكون بين المرأة و أبيها خاصة (نسبت به جد تشريك نیست) دون غيره من الاولياء، و نسبه الى المفيد «۱».

فتوای امام رحمه الله: و الاحوط الاستئذان منهما، به این معنی که از هر دو (جد و پدر) اجازه بگیرد (قول سوم). البتّه اگر کفوی برای دختر پیدا شود که از هر لحاظ مناسب باشد و پدر موافقت نکند، اینجا موافقت پدر ساقط است. همچنین در صورت غیبت جد و پدر احتیاطاً از حاکم شرع اجازه می گیرد.

قائلین قول اول: مشهور متأخرین، شیخ طوسی در تبیان، سید مرتضی، شیخ مفید در احکام النساء، سلار، ابن ادریس، محقق، علامه، ابن جنید.

قائلین قول دوم: شیخ طوسی در اکثر کتاب‌هایش، صدوق، ابن ابی عقیل، محدث کاشانی، صاحب حدائق.

قائلین قول سوم: أبو الصلاح حلبی، مفید در مقنعه، صاحب وسائل.

قائلین قول چهارم: محقق در شرایع.

قائلین قول پنجم: مرحوم شیخ طوسی در تهذیب و استبصار.

قائلین قول ششم: به مفید نسبت داده شده است.

۷ ادامه مسئله ۲ ... ۲۷ / ۶ / ۷۹

اقوال عامه:

اشاره

دانستن اقوال عامه ما را در فهمیدن احادیث یاری می‌دهد. که شیخ طوسی در الخلاف، در کتاب النکاح آنها را بیان فرموده‌اند:

شافعی:

قائل شده‌اند که اجازه ولی شرط است.

قال الشافعی اذا بلغت الحره الرشیده ملک کل عقد الّا النکاح فانها متی ارادت ان تتزوج افتقر نکاحها الی الولی (معنی شرکت همین است) و هو (اجازه ولی) شرط لا ینعقد الّا بکل حال «۲». (قول سوم)

ابو حنیفه:

قائل به استقلال کامل دختر شده است.

قال ابو حنیفه اذا بلغت المرأة الرشیده فقد زالت ولایة الولی عنها کما زالت عن مالها «۳» (قول اول). سپس در ذیل کلامش یک استثنا دارد، که اگر دختر دون شأن خانوادگی و کفو خود ازدواج کند؛ ولی حق فسخ دارد، به این معنا که ازدواج درست است اما ولی می‌تواند فسخ کند.

مالک:

قائل به تفصیل بین نسبی و دنیه شده است.

إن كانت عریة و نسبیة (دارای اصل و نسب) فنکاحها یفتقر الی الولی، و لا ینعقد الّا به. و ان كانت معتقة دنیة (دون نسب) لم یفتقر الیه «۴».

داوود:

قائل به تفصیل بین بکر و ثیب شده است.

ان كانت بکراً فنکاحها لا ینعقد الا بولی و ان كانت ثیباً لم یفتقر

- (۱) حدائق، ج ۲۳، ص ۲۱۲.
 (۲) خلاف، ج ۴، ص ۲۵۰.
 (۳) خلاف، ج ۴، ص ۲۵۱.
 (۴) خلاف، ج ۴، ص ۲۵۲.
 کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۲
 إلی الولی «۱» (قول دوم).

بررسی اقوال:

ادله قول اول (استقلال باکره رشیده):

دلیل اول: اصل

«الاصل عدم ولایة احدٍ علی احد»، اصل استقلال (قول اول) است و لذا اگر کسی مدعی عدم استقلال شد باید دلیل بیاورد، چرا که خلاف اصل دلیل می‌خواهد.

سؤال: آیا می‌توان در اینجا به استصحاب تمسک کرد؟

استصحاب در اینجا به این معنی است که ولایت پدر در زمان صغر را استصحاب کنیم به زمان کبر. ولی استصحاب در اینجا جاری نمی‌شود چون موضوع عوض شده است، سابقاً موضوع «صغر» بود و الان «کبر» شده است.

جواب: استصحاب به این معنا درست نیست؛ ولی به دو گونه دیگر می‌توان استصحاب را جاری کرد:

۱- استصحاب عدم ازلی: این بنت قبل از وجودش کسی به او ولایت نداشت (بنتفاء موضوعه) اکنون هم که موجود شده است، عدم ولایت زمان انتفاء موضوع را استصحاب می‌کنیم.

۲- استصحاب عدم جعل تشریح: قبل از اسلام چنین ولایتی بر این دختر نبوده است، در حال اسلام هم این عدم جعل تشریح را استصحاب کنیم.

و لکن الانصاف: ما قائل به استصحاب عدم ازلی نیستیم و استصحاب عدم جعل تشریح هم معارض دارد، پس رجوع به استصحاب، صحیح نیست؛ ولی یک راه دیگر برای اصل «عدم ولایة احدٍ علی احد» داریم و آن رجوع به عمومات «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» است. هر عقدی که بستید وفا به آن لازم است ولی اگر پدرتان عقدی برای شما بست و فاء به آن لازم نیست به عبارت دیگر أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، یعنی اوفوا بعقودکم. پس حریت انسان با عمومات أَوْفُوا بِالْعُقُودِ درست می‌شود.

دلیل دوم: آیات

دو دسته آیه داریم:

دسته اول: آیاتی درباره «المرأة المتوفی منها زوجها» (شوهر مرده)

«وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا» «... ۲» * که اطلاق این دو آیه، ثبیه و باکره را می‌گیرد و ظهور در استقلال دارند. پس اگر در اینجا باکره استقلال دارد، در جاهای دیگر هم استقلال دارد (بنابراین که باکره را غیر مدخوله بگیریم).

۸ ادامه مسئله ۲

۷۹ / ۶ / ۲۸...

دسته دوم: آیات طلاق که می‌فرمایند زنان بعد از عده طلاق حق ازدواج دارند:
 «وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمَّا تَغَضُّ لُمُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحَنَّ أَزْوَاجَهُنَّ» «۳» هنگامی که زنان را طلاق دادید و عده تمام شد مانعشان نشوید از هر کاری که می‌خواهند برای خودشان انجام دهند (بقریه مقام منظور ازدواج است) پس از این تعبیر استفاده می‌شود که نباید آنها را منع کرد.

استدلال به این آیه، منوط بر دو مقدمه است:

- ۱- زنانی که از طرق غیر عادی مدخول بها باشند نیز عده دارند.
 - ۲- منظور از باکره غیر مزوجه نباشد، بلکه منظور این باشد که حالت قبلی در او محفوظ باشد.
- مثل این آیه، آیات دیگری هم داریم با همین مقدمات و مشکلات.

دلیل سوم: احادیث

اشاره

احادیث متضافر هستند و همه دلالت بر استقلال باکره رشیده دارند:

... * عن سعدان بن مسلم قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: لا بأس بتزويج البكر اذا رضيت بغير اذن أبيها «۴».

این حدیث از نظر سندی ضعیف است چون «سعدان بن مسلم» مجهول الحال است و توثیق ندارد. البته این ضعف سند قابل جبران است چون:

- ۱- این احادیث متضافر هستند و در بین آنها احادیث صحیحه هم وجود دارد.
 - ۲- اگر قول اول را مشهور بدانیم (به جهت ادعای شهرت) ضعف سند با شهرت جبران می‌شود.
- ... * عن زرارة، عن ابي جعفر عليه السلام قال: اذا كانت المرأة مالكة امرها تبيع و تشتري و تعتق و تشهد و تعطى من مالها (باکره رشیده که استقلال مالی دارد)

ما شاءت فان امرها جائز تزوج إن شاءت بغير اذن وليها و ان لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها الا بأمر وليها «... ۵»

(۱) خلاف، ج ۴، ص ۲۵۲.

(۲) آیه ۲۳۴ و ۲۴۰ سوره بقره.

(۳) آیه ۲۳۲ سوره بقره.

(۴) ح ۴، باب ۹ از ابواب عقد النکاح.

(۵) ح ۶، باب ۹ از ابواب عقد النکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۳

در سند این روایت هم «موسی بن بکر» وجود دارد که مجهول الحال است؛ ولی روایت مدحی درباره اش وارد شده است که راوی آن خودش می‌باشد. این روایت هم جبران ضعفش مثل حدیث قبلی است.

* محمد بن علی بن الحسین باسناده عن الفضیل بن یسار و محمد بن مسلم و زراره و برید بن معاویه کلهم، عن ابی جعفر علیه السلام قال: المرأة التي قد ملكت نفسها غير السفيهة ولا المولی علیها تزویجها بغير ولی جائز. «۱»

این صحیحه، «صحیحة الفضلاء» است و سند بسیار قوی دارد، چون چهار نفر از بزرگان روایت، آن را روایت کرده‌اند. در دلالت این روایت سه اشکال وجود دارد:

ان قلت: «المرأة» مفرد محلی به «ال» است و دلالتی بر عموم ندارد.

قلنا: مفرد محلی به «ال» مطلق است مثل «أحلَّ اللهُ التَّيِّعَ» که در مقام بیان است و با ضمیمه مقدمات حکمت نتیجه اش همان نتیجه عام است.

ان قلت: حدیث می‌گوید «ملکت نفسها» باشد و این اول کلام است که باکره مالک امرها باشد، بلکه فقط ثبیه را می‌گیرد و اگر هم شک کنیم، قدر مسلم را می‌گیریم که همان ثبیه است.

قلنا: مراد از «ملکت نفسها»، در امور مالی است نه در ازدواج، زیرا اگر در ازدواج باشد، توضیح واضح است.

ان قلت: شاید مراد از «ملکت نفسها» جائی باشد که ولی او مرده باشد و او مالک نفس خود شده است.

قلنا: خود روایت می‌فرماید: بغير ولی جائز یعنی ولی دارد.

... عن عبد الرحمن بن ابی عبد الله عن ابی عبد الله علیه السلام قال:

تزوج المرأة من شاءت اذا كانت مالكة لامرها، فإن شاءت جعلت وليا «۲».

(مراد وکیل گرفتن است).

۹ ادامه مسئله ۲ ... ۳۰ / ۶ / ۷۹

... عن ابی سعید القمطاط عن رواه

(سند مشکل دارد)

قال: قلت لأبى عبد الله جارية بکر بین ابویها تدعونى الى نفسها سراً من ابویها فافعل ذلك؟ قال نعم و التقى موضع الفرج، قال: قلت

فان رضیت بذلك، قال: و ان رضیت فأنه عار علی الابكار. «۳»

این دلیل است بر عدم جواز واقعه با او.

... عن الحلبي

(سند مشکل دارد)

قال: سألته عن التمتع من البکر اذا كانت بین ابویها بلا اذن ابویها، قال: لا بأس ما لم يقتض ما هناك لتعف بذلك. «۴»

روایات معارض:

این روایات معارض دارد.

... عن محمد بن مسلم قال: قال أبو عبد الله علیه السلام: لا بأس بتزویج البکر اذا رضیت، من غیر اذن أبیها. «۵»

(مرفوعه است و سند مشکل دارد)

حدیثی از طرق عامه که مرحوم صاحب جواهر از ابن عباس نقل کرده ولی در سنن ابن ماجه از ابن بریده نقل شده:

... عن ابن بريدة، عن أبيه
(سند از نظر عامه صحیح است)

قال:

جاءت فتاة الى النبي صلى الله عليه وآله فقالت: إن أباي زوجني ابن أخيه له ليرفع بي خسيسته
(تا اینکه شخصیت پیدا کند یا اینکه خیلی خرجی نداشته باشد)

قال، فجعل الامر اليها فقالت: قد اجزت ما صنع ابي و لكن اردت ان تعلم النساء ان ليس الى الآباء من الامر شيء. «٦»

۱۰ ادامه مسئله ۲ ... ۷۹ / ۷ / ۲

ان قلت: این احادیث

«مالکة لامرها»

داشت که با استقلال سازگار است، و برای آن سه تفسیر می‌توان بیان نمود:

۱- مراد از آن ثبیه است. این تفسیر را در ذیل این روایت صاحب وسایل، علامه مجلسی در مرآة العقول و صاحب روضه در روضه المتقین آورده‌اند.

۲- مراد از آن، دختری است که پدرش را از دست داده است و ولی ندارد، اگر این احتمال هم باشد باز احادیث قابل استناد نیست، چون ما در جائی بحث می‌کنیم که ولی دارد و این روایات جائی را می‌گویند که پدر در کار نباشد. علامه در مرآة العقول می‌گوید: «اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال».

۳- مراد از آن دختری است که استقلال اقتصادی داشته باشد به این معنی که کسی که در امور اقتصادی رشیده است و اموالش به دستش سپرده شده، در امر ازدواج هم استقلال دارد.

(۱) ح ۱، باب ۳ از ابواب عقد النکاح.

(۲) ح ۸، باب ۳ از ابواب عقد النکاح.

(۳) وسایل، ج ۱۴، ح ۷، باب ۱۱ از ابواب متعه.

(۴) حدیث ۹، باب ۱۱ از ابواب متعه.

(۵) مستدرک، ج ۱۴، باب ۸ از ابواب عقد نکاح، ح ۳، ص ۳۱۹.

(۶) ج ۱، ص ۶۰۲، ح ۱۸۷۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۴

قلت: اولاً: باید گفت تعبیر به

«مالکة لامرها»

در سه روایت از هشت روایت بود، پس اگر اشکال را بپذیریم به همه روایات ضربه نمی‌خورد.

ثانیاً: شك نکنید که مراد از

«مالکة لامرها»

همان احتمال سوم است، چون در برخی از روایات به این معنی تصریح شده است

«التي تشتري و تبیع» «... ۱»

وقتی تصریح داریم چرا سراغ احتمال برویم. و در بعضی تعبیری دارد که مثل تصریح است

«المرأه التي قد ملكت نفسها غير السفيه و لا المولى عليها» (۲)

و دیگر اینکه اگر بخواهیم احتمال اول و دوم را قبول کنیم یعنی کسی که کارش در همه امور به دست خودش است، می‌تواند بدون اذن ولی ازدواج کند، این توضیح واضح است، پس این روایات زنده شد و مشکلی از نظر روایت نداریم.

دلیل قول دوم: (باکره رشیده هیچ اختیاری از خودش ندارد)

اشاره

و اختیارش بدست ولی می‌باشد، مادامی که باکره است و اگر ثبیه شد اختیارش بدست خودش می‌افتد). اصل در اینجا جاری نیست به این معنی که نمی‌توان در اینجا ولایت پدر و جد از صغر تا به امروز را استصحاب کرد چون موضوع و عنوان کلاً عوض شده، به این معنی که صغیر، کبیر شده است.

روایات:

روایات زیادی داریم که دلالت می‌کند بر عدم استقلال باکره رشیده، که این روایات نقطه مقابل قول اول است.

...* عن فضل بن عبد الملك، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: لا تستأمر

(لا تستأذن)

الجارية التي بين ابويها اذا اراد ابوها أن يُزوّجها هو أنظر لها و أما الثيب فانها تستأذن، و ان كانت بين ابويها اذا ارادا أن يُزوّجها (۳)

. این حدیث دلالت کاملی دارد.

...* عن الحلبي، عن ابي عبد الله عليه السلام: قال: سألت عن البكر اذا بلغت مبلغ النساء

(موقع ازدواج او بشود)

أ لها مع أبيها امرٌ؟ فقال:

ليس لها مع أبيها امرٌ ما لم تُثيب (۴)

...* عن عبيد بن زراره، عن ابي عبد الله عليه السلام في حديث قال: لا تستأمر الجارية في ذلك اذا كانت بين ابويها فاذا كانت ثيباً

فهى اولى بنفسها. (۵)

...* عن عبد الله بن الصلت، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الجارية الصغيرة يزوّجها ابوها، لها امرٌ اذا بلغت؟ قال: لا ليس لها

مع أبيها امرٌ، قال: و سألت عن البكر اذا بلغت مبلغ النساء، أ لها مع أبيها امرٌ؟ قال: ليس لها مع أبيها امرٌ ما لم تكبر (۶).

(ثيب)

...* عن ابراهيم بن ميمون، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: اذا كانت الجارية بين ابويها فليس مع ابويها امرٌ و اذا كانت قد تزوّجت

لم يزوّجها الا برضا منها (۷)

...* عن الحلبي، عن ابي عبد الله عليه السلام في الجارية يزوّجها ابوها بغير رضا منها، قال: ليس لها مع أبيها امرٌ اذا انكحها جاز

نكاحه و ان كانت كارهُه (۸)

* عن علي بن جعفر في كتابه عن اخيه موسى بن جعفر عليه السلام: قال سألت عن الرجل هل يصلح له ان يزوّج ابنته بغير اذنها؟ قال:

نعم، ليس يكون للولد

(دختر)

امرًا إلا ان تكون امرأة قد دخل بها قبل ذلك، فتلك لا يجوز نكاحها إلا أن تستأمر. «۹»

۱۱ ادامه مسئله ۲ ... ۳ / ۷ / ۷۹ □

...* عن ابان، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: اذا زوج الرجل ابنه كان ذلك الى ابنه، و اذا زوج ابنته جاز ذلك «۱۰» (اختیار دست ولی است).

روایت می گوید اگر پسر باشد، پسر اختیار دارد ولی اگر دختر باشد، پدر اختیار دارد.

جمع بندی: این روایات هشت گانه می‌رساند که ولی اختیار دارد.

یک سلسله روایاتی «۱۱» هم داریم که گاهی به آن استدلال می‌کنند، که در تعارض اب و جد، جد را اولی می‌دانند و این روایات و لو در مقام بحث ما نیست و بیان حکم تعارض می‌کند؛ ولی در عین حال، تسلّمی از آن استفاده می‌شود که اگر اب، بنت را ازدواج دهد صحیح است و اگر جد، بنت را ازدواج دهد، صحیح است منتهی در صورت تعارض آن دو، حکم چیست؟ پس روشن است که طبق روایات استقلال، پدر و جد مفروغ عنه است، و لیکن بعید نیست که این روایات ناظر بر صغیره باشد که در این صورت از بحث ما خارج است. ولی بعضی از روایت تعبیری دارند که نشان می‌دهد این

(۱) ح ۶، باب ۹ از ابواب عقد نکاح.

(۲) ح ۱، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۶، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۱۱، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۵) ح ۱۳، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۶) ح ۳، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۷) ح ۳، باب ۹ از ابواب عقد نکاح.

(۸) ح ۷، باب ۹ از ابواب عقد نکاح.

(۹) ح ۸، باب ۹ از ابواب عقد نکاح.

(۱۰) ح ۳، باب ۱۳ از ابواب عقد نکاح.

(۱۱) روایات باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۵

دعوی اب و جد بر سر کبیره است:

...* عن علی بن جعفر عن اخیه موسی بن جعفر علیه السلام قال ...: قال الّذی هوی الجّد احقّ بالجاریه لانّها (باکره) و اباها للجد

«۱»

که کبیره باشد یا صغیره این تعبیر درست است چرا که تعلیل عام است.

تعبیر دیگری هم داریم در جائی که پدر و جد، دختر را ازدواج داده‌اند، از امام سؤال می‌کنند اکنون چه کار کنیم؟ امام می‌فرماید:

...»

احبّ الیّ ان ترضی بقول الجّد «۲»،

از تعبیر به رضایت در اینجا معلوم می‌شود که کبیره مراد است چون رضایت صغیره ملاک نیست.

ادله قول سوم (قول به شرکت هم اذن باکره رشیده و هم اذن ولی شرط است).

دلیل اول: اصالة الاحتیاط

در ابواب نکاح اصل احتیاط است چون باب فروج و ولد است. جواب: در مقابل آن، اصل «عدم ولایة احد علی احد» داریم پس نمی‌توان به اصل احتیاط تمسک کرد.

دلیل دوم: روایت

در اینجا از نظر روایات دستمان خالی است و فقط یک روایت پیدا کردیم که برای قول شرکت خوب است و سایر روایات که بعضی فکر کرده‌اند برای شرکت است، در واقع دلالت ندارد.

در طریق روایت ابن فضال است که فطحی است ولی موثق است: (فطحی‌ها ۱۳ امامی هستند و عبد الله افطح را امام می‌دانند).
... * استشار عبد الرحمن موسی بن جعفر علیه السلام فی تزویج ابنته لابن اخیه، فقال: افعل و یکون ذاک برضاها، فإنّ لها فی نفسها نصیباً

(این قسمت دلالت بر شرکت دارد)

قال: و استشار خالد بن داود موسی بن جعفر علیه السلام فی تزویج ابنته علی بن جعفر فقال: افعل و یکون ذلک برضاها فإنّ لها فی نفسها حظّاً «۳».

روایات سابقه که می‌گفت اذن دختر را بگیر، شراکت را نمی‌رساند. بله اگر می‌گفت اذن دخترت را «هم» بگیر، شرکت را می‌رساند، اما اجازه گرفتن از دختر ممکن است تمام العله و یا جزء العله باشد. پس این روایات دلالتی بر ما نحن فیه ندارد و مجمل و مبهم است.

«هذا تمام الکلام فی الأقوال الثلاث»

جمع بندی اقوال ثلاثه:

اشاره

ادله این اقوال با هم معارض هستند. آیا بین ادله اقوال جمع دلالی هست (چون مقدم بر همه جمع دلالی است) که بتوانیم تعارض را از بین ببریم؟

روایات اولی صریح بود که بدون اطلاع ولی، نکاح صحیح است و تمام اختیار بدست بالغه است و روایات دسته دوم که می‌گفت «لیس لها شیء»

(دختر هیچ حقی ندارد) این دو دسته روایات در مقابل هم ایستاده‌اند و دسته سوم نمی‌تواند این دو را جمع کند، بنابراین واقعاً جمع دلالی بین این روایات مشکل است.

اکنون که جمع دلالی ممکن نشد، باید سراغ مرجحات برویم:

مرجّح اول، شهرت: بیشتر مؤید قول اول است.

مرجّح دوم، کتاب: آیات قرآن مطابق قول اول است که با ظاهر کتاب هماهنگ است.

مرجّح سوم، مخالفت عامه: هیچ کدام از اقوال این مرجّح را ندارند، زیرا عامه نیز مختلف گفته بودند.

نتیجه: چاره‌ای نداریم که قول اول را بپذیریم.

۱۲ ادامه مسئله ۲ ... ۷۹ / ۷ / ۴

البته در اینجا گروه چهارمی از احادیث معتبر و صحیح وجود دارد که احدی به آن فتوی نداده است جز آقای حکیم در مستمسک،

روایاتی که می‌گویند پدر می‌تواند نکاح را فسخ کند، پس معلوم می‌شود که نکاح باکره رشیده، صحیح است، منتهی پدر می‌تواند

فسخ کند، مثل حق شفعه و بیعی که در آن خیار باشد، که مجموعاً دو روایت است:

... عن زرارة بن اعین قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: لا ينقض النكاح إلا الأب «۴»

، ظاهرش این است که نکاح انجام شده و صحیح است، «لا ینقض» معنایش این است که چیزی انجام شده و پدر فسخ می‌کند.

... عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: لا ينقض النكاح إلا الأب «۵».

آقای حکیم روایتی هم از حلبی «۶» نقل می‌کند به همین معنا. ظاهر روایات این است که بنت استقلال دارد ولی پدر بعد از آن

می‌تواند فسخ کند که از اینجا قول هفتمی هم در می‌آید. حال ما باشیم و قواعد اصول این روایات را باید کنار هم بگذاریم و نتیجه

بگیریم.

(۱) ح ۸، باب ۱۱ از ابواب عقد النکاح.

(۲) ح ۴، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۲، باب ۹، از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۱، باب ۴، از ابواب عقد نکاح.

(۵) ح ۵، باب ۴، از ابواب عقد نکاح.

(۶) مستمسک، ج ۱۴، ص ۴۴۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۶

همان گونه که گفته شد بین روایات جمع دلالتی نیست و باید سراغ مرجّحات برویم و مرجّحات هم، مطابق قول اول است، بنابراین

تا اینجا اقوی، قول اول است.

در اینجا دو طریقه جمع دیگر هم گفته شده است

اشاره

که اگر این جمع‌ها درست شود، مقدم بر مرجّحات است، چون جمع دلالتی عرفی است و جمع دلالتی عرفی مقدم است بر مرجّحات.

«۱» آقای حکیم می گوید: ما سه طایفه روایت داریم، روایاتی که می گوید بنت مستقل است، روایاتی که می گوید اب مستقل است و روایاتی که می گوید پدر حق فسخ دارد، که به همه عمل می کنیم به این صورت که هر یک از پدر و دختر در انجام عقد سبقت بگیرد، کار او صحیح است و همچنین اگر پدر کار دختر را نقض کند، صحیح است. و آقای حکیم می گوید چه مانعی دارد که به سراغ این جمع برویم.

جواب: ۱- لم یقل به احد بخصوص که روایات حق فسخ بین اصحاب معرض عنها است.

۲- این کار با متن روایات نمی سازد چون طایفه اول و دوم روایات، در مقابل هم هستند، زیرا چهار روایت از روایات طایفه ثانیه «لیس لها مع آبیها امر»

دارد (با وجود پدر، دختر استقلال ندارد) و این تعبیر با جمع آقای حکیم سازگاری ندارد، زیرا جمع باید دلالتی باشد و عرفاً با هم بسازند، در حالی که عرف می گوید این دو متعارضند، پس لسان روایات، این جمع را نمی پذیرد و جمع تبرعی است نه جمع عرفی.

۲- جمع مرحوم شهید ثانی در مسالک

«۲» ایشان می گویند: طایفه دوم را که می گوید دختر نباید در مقابل پدر تصمیم بگیرد حمل بر کراهت می کنیم (کراهت دارد که استقلال به رأی داشته باشد) و دختر باید احترام پدر را نگه دارد اما جایز است که دختر خود تصمیم بگیرد (قول اول) و اگر در حدیث حمل بر بطلان شده حمل بر مبالغه می کنیم. این جمع نیز با لحن روایات سازگار نیست چون یک طایفه از روایات می گوید دختر بدون اذن پدر عقد کرده و عقد او صحیح است و طایفه دیگر می گوید پدر بدون اذن دختر عقد کرده و عقد پدر صحیح است، این دو طایفه قابل جمع نیست، زیرا نمی گوید دختر باید احترام پدر را نگه دارد و از او اجازه بگیرد، پس این جمع تبرعی است و جمع عرفی ندارد.

نتیجه: باید سراغ مرجحات برویم که مرجحات هم قول اول را ترجیح می دهد.

بقی هنا اموز:

الامر الاوّل: عنوان ثانوی

اشاره

آنچه تا بحال گفتیم از نظر عنوان اولی بود که به حسب عنوان اولی باکره رشیده مستقل است و اذن پدر شرط نیست.

اما از نظر عنوان ثانوی اگر در زمان ما اجازه استقلال دهیم آیا می توانیم لوازم آن را پاسخگو باشیم؟

مرحوم صاحب جواهر متوجه این مسأله بوده است و لذا گفته مستحب است دختر استقلال به رأی نکند و ممکن است در بعضی از شرایط حتی استقلال به رأی دختر، حرام باشد «۳».

در اینجا می گوئیم شرایط زمان ما و عناوین ثانویه می گوید استقلال باکره رشیده مشکلات عمده ای ایجاد می کند و لذا لازم است که تشریک قائل شویم.

توضیح ذلک: در زمان ما سن ازدواج بالا رفته است که علت اول آن تحصیلات عالی است. علت دوم سختگیری ها و توقعات زیادی

که در بین مردم پیدا شده و تشریفات و زرق و برقها زیاد شده است.

علت سوم عوامل تحریک جنسی زیاد شده و تقاضای ازدواج موقت افزایش یافته است، در حالی که این افراد با اذن پدر مواجه می‌شوند و هیچ پدری اجازه نمی‌دهد. حال اگر اذن ولی را شرط ندانیم موقتاً این مشکل حل می‌شود ولی این حلال مشکلات نیست، چرا که خودش مشکلات دیگری را بدنبال خواهد داشت.

۱۳ ادامه مسئله ۲ ... ۷۹ / ۷ / ۵

مشاكل استقلال باکره در متعه:

اگر فرض کنیم بر اساس قواعد فقهیه به قول اول (استقلال باکره) فتوی دهیم چه مشکلاتی پیدا خواهد شد؟ پنج مشکل قابل تصور است:

مشکل اول: اگر ازدواج موقت مربوط به غیر باکره باشد بحث دیگری است اما اگر در مورد باکره رشیده باشد اولین مشکل این است که قوای شهویّه قابل کنترل نیست (در شهوت ۲۳ عقل از کار می‌افتد) مخصوصاً جوان با آن شرایط خاصی که دارد نتیجه‌اش ذهاب البکاره و فرزندان ناخواسته و ... است که مشکلات عدیده‌ای را به بار خواهد آورد.

(۱) مستمسک، ج ۱۴، ص ۴۴۵-۴۴۶-۴۴۷.

(۲) ج ۱، ص ۴۵۰.

(۳) ج ۲۹، ص ۱۸۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۷

مشکل دوم: اگر فتح این باب شود ممکن است این بنت هر چند وقتی، به نکاح این و آن درآید و چنین نیست که در تمام مدت با یک نفر باشد و مسلماً نکاح موقت متعدّد خواهد بود و این تعدّد، آینده نکاح دائم دختر را به خطر می‌اندازد چون وقتی شخصی می‌داند که این بنت با افراد مختلف بوده، دیگر رغبتی به او پیدا نمی‌کند و از زنان بیوه هم بدتر است، چون همسران متعدّد داشته است، پس خیلی از دختران آینده‌شان به خطر می‌افتد اگر چه مشکل امروزشان حل می‌شود.

مشکل سوم: اگر دختر در چند مورد به عقد متعه درآمد و سپس همسر دائمی اختیار کرد، اگر این همسر دائم از بقیه همسران قبلی بهتر باشد بحثی نیست؛ ولی اگر بدتر باشد دیگر علاقه‌ای به این همسر دائم ندارد چون قبل از این همسر، دیگران را دیده است، این امر موجب می‌شود که در آینده چه بسا این ازدواج نیز به طلاق کشیده شود.

مشکل چهارم: چه بسا بعد از این که همسر دائم پیدا کرد نتواند قطع علاقه مطلق از گذشته پیدا کند و ممکن است مخفیانه روابطی برقرار شود که کانون خانواده به خطر بیافتد.

مشکل پنجم: اگر فتح این باب شود که دختران بدون اذن پدر نکاح موقت داشته باشند چگونه می‌توان جلوی سوء استفاده افراد بی‌بند و بار و اراذل را گرفت، در حالی که دختران و پسران می‌توانند روابط متعدّدی داشته باشند و تحت این عنوان حلال، حرام‌های متعدّدی انجام دهند، چون در جائی ثبت نمی‌شود.

ممکن است کسی از دور بگوید: «بگذارید اذن پدر نباشد و جوانان از راه حلال با هم باشند تا در حرام نیافتند» ولی وقتی از نزدیک نگاه می‌کنیم می‌بینیم چه مشکلات عدیده‌ای پیش می‌آید و شاید به همین دلیل است که روایات متعدّدی از متعه باکره، بدون اذن پدر، منع کرده است و این روایات متضاهر هستند.

...* عن عبد الملك بن عمرو، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة، فقال: إن أمرها شديد فأتقوا الابكار (۱).

...* عن جميل بن صالح، عن أبي بكر الحضرمي قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: يا أبا بكر اياكم و الابكار أن تزوجهن متعة (۲).

...* عن أبي مریم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال العذراء

(ای الابکار)

التي لها اب لا تزوج متعة إلا باذن أبيها. (۳)

...* عن المهلب الدلال أنه كتب الى أبي الحسن عليه السلام

(الكاظم؛ أبا الحسن الرضا)

إن امرأة كانت معي في الدار، ثم أنها زوجتني نفسها

(قرائن نشان می دهد که بکر بوده است)،

و اشهدت الله و ملائكته على ذلك، ثم إن أباه زوجها من رجل آخر، فما تقول؟ فكتب عليه السلام التزويج الدائم لا يكون إلا بولي و شاهدين و لا يكون تزويج متعة بیکر، استر على نفسك و اکتب رحمک الله.

(نکاح تو اگر متعه باشد به باکره جایز نیست و اگر دائم باشد، ولی و دو شاهدت کجاست؟) (۴)

جمع این روایات چهارگانه، با روایات گذشته که بدون اذن پدر اجازه می داد، حمل این روایات بر کراهت است؛ ولی از مجموع روایات معلوم می شود که تزویج ابکار در آن زمان هم مکروه بوده و مشکل داشته و حال آنکه در زمان ما مشکلات بیشتر و شدیدتر است به طوری که بعضی ها که فتوا به جواز داده بودند بعد از دیدن لوازم آن، فتوای خود را عوض کردند.

ان قلت: اگر اشخاصی باشند که در مورد آنها این مفاصد پیش نیاید، مثلاً شخص باتقواست و آینده اش به خطر نمی افتد، در این صورت چطور؟ آیا می شود به او اجازه داد؟

قلنا: قانون موردی نمی شود و حاکم شرع موردی جواب نمی دهد، چون هر شخصی می گوید من هم، همان شرایط را دارم و من هم باید استثنا شوم، پس قانون برای همه یکسان است.

ان قلت: مشکلات جوانان را چه کار کنیم؟ چون راه متعه هم بسته شد، در اینجا جز این که افراد به گناه بیافتند راهی نیست.

قلنا: نه راه متعه ابکار راه خوبی است و نه اینکه بگوئیم شما آلوده گناه شوید بلکه راه سوئی وجود دارد و آن اصلاح وضع نکاح دائم است که مشکلات را از سر راه ازدواج دائم برداریم و شرایط ازدواج را فراهم کنیم و اگر نکاح مثل نکاح زمان پیامبر صلی الله علیه و آله ساده و آسان شود (مهریه کم، شرایط سهل و ...) مشکل حل می شود و از آن طرف اسباب تحریکات را هم به حد اقل برسانیم. به عبارت دیگر نمی شود ما اسباب تحریک را اجازه بدهیم و مشکلات ازدواج را زیاد کنیم بعد بگوئیم برای جلوگیری از به گناه افتادن جوانان چه کار کنیم؟ این، عملی نیست.

۱۴ ادامه مسئله ۲ ... ۷۹ / ۷ / ۶

مرحوم صاحب جواهر هم در اینجا جمله ای دارد که به حکم ثانوی در اثر عوارض اشاره دارد:

نعم يستحب لها

(باکره رشیده)

ایثار اختیار ولیها علی اختیارها، بل یکره لها الاستبدار

(پیشی گرفتن)

كما أنه یکره لمن

(۱) ح ۱۴، باب ۱۱ از ابواب متعه.

(۲) ح ۱۳، باب ۱۱ از ابواب متعه.

(۳) ح ۱۲، باب ۱۱ از ابواب متعه.

(۴) ح ۱۱، باب ۱۱ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۸

یُریدُ نکاحها فعله بدون اذن ولیها، بل ربّما یحرم بالعوارض «۱».

منظور از عوارض همان عنوان ثانوی است که البتّه در این زمان نسبت به عصر صاحب جواهر، عوارض و مشکلات بیشتر است.

تمام این حرفها در مورد متعه بود و اما در نکاح دائم آیا اجازه ولی را هم به عنوان ثانوی شرط بدانیم؟

مشاكل استقلال باکره در نکاح دائم:

تصوّر ما این است که در نکاح دائم هم، این مسأله جاری است یعنی، هم اذن ولی و هم اذن باکره رشیده را شرط بدانیم چون در اینجا هم مشکلاتی غیر از باب متعه موجود است:

۱- شکی نیست نکاح دائم باکره رشیده، اولین تجربه زندگی اوست و طبعاً خبرویت به امر نکاح ندارد، از طرفی هم نکاح دائم امر مهم و سرنوشت‌سازی است، و دختر با وجود پدر سرش کلاه می‌رود، حال اگر کار به دست خودش باشد، آیا می‌تواند سالم بماند؟ آن هم در دنیای امروز که انواع تدلیس‌ها و کلاه‌برداری‌ها وجود دارد؟ بنابراین مصلحت او ایجاب می‌کند بدون اذن ولی گام برندارد.

۲- دختر در معرض هیجان شهوت است و در معرض عشق‌های کاذب قرار می‌گیرد اما معمولاً ولی اینطور نیست و می‌تواند محاسن و معایب را ببیند و تصمیم بگیرد.

۳- سلّمنا که دختر به گمان خودش خوب انتخاب کند، حال اگر بعد از ازدواج به مشکلی برخورد کرد چه کسی از او حمایت می‌کند؟

اگر به اذن ولی باشد همه حامی او در مشکلات هستند و اگر بدون اذن ولی باشد، کسی از او حمایت نمی‌کند، بنابراین برای جلب حمایت آنها هم که شده، مصلحت این است که به اذن ولی باشد.

۴- پدر احترام دارد (حتی به قول صاحب جواهر مستحب است از مادر هم اجازه بگیرد) و وجدان راضی نمی‌شود که در چنین مسئله سرنوشت‌سازی، بدون مشورت با آنها کاری کند و نسبت به آنها بی‌احترامی کند. (حتی در پسران هم این مسائل هست). بنابراین مجموعه این جهات ایجاب می‌کند که بدون اذن ولی کاری نکند و روایات هم مؤید این مطلب است.

۱۵ ادامه مسئله ۲ ... ۷۹ / ۷ / ۹

ان قلت: بسیاری از دختران بالغه رشیده هستند که عالمه و فاضله و اعلم به مسائل خودشان می‌باشند، حتی از پدران خود بهتر تشخیص می‌دهند پس ما بیائیم این موارد را استثنا کنیم.

قلت: احکام دائر مدار افراد نیست، ملاکات احکام فراگیر نیست بلکه ملاکات احکام غالب افراد را در نظر می‌گیرد؛ ولی حکم عام است، نه تنها در قوانین شرع بلکه قوانین عرفی و اجتماعی هم همین گونه است و در این موارد نیز استثنا نمی‌زنند، مثلاً شارع می‌گوید:

زنان باید عدّه نگه دارند حتی زن عقیم؛ وقتی طلاق می‌گیرد، اگر یائسه نباشد باید عدّه نگه دارد، حال اگر بناء باشد استثنا بخورد

هر کسی خود را مصداق این قانون می‌داند، در ما نحن فیه هم در صورت استثناء، تمام دختران می‌گویند ما از پدرمان عالم‌تر هستیم، خصوصاً در زمان ما، که جوانان خود را عاقل‌تر و عالم‌تر می‌دانند.

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ هـ ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۲، ص: ۱۸

پس در این موارد استثنا نمی‌زنند، چون امکان دارد اصل قانون به خطر بیفتد.

ان قلت: چگونه در مورد یتیم می‌گوئیم بدون اذن پدر جایز است، در حالی که تمام این مفاصد در مورد او هم وجود دارد؟ قلنا: ما در مورد یتیمه هم اجازه نمی‌دهیم و گفته‌ایم با افراد بزرگ‌تر و فهمیده‌تر فامیل مشورت کند، اگر هم کسی نبود با حاکم شرع مشورت کند که «ولّی من لا ولی له» است.

ان قلت: بین این عناوین ثانویه و استحسان‌های اهل سنت که علمای شیعه آن را نمی‌پذیرند، چه فرقی است؟

قلنا: آن چه که مقبول نیست، استحسانات ظنیّه است، امّا اگر مسائل قطعیه مسلّمه به میان آمد، استحسان نیست و ما به آن فتوی می‌دهیم، مثل حکم میرزای شیرازی در مورد تحریم تنباکو و مسئله اضطرار به اکل میته، و در ما نحن فیه آنچه که در مورد مشکلات استقلال بنت در نکاح دائم و موقت گفتیم، قطعی است و ظنی نیست که استحسان باشد.

نتیجه: عنوان اولی چه در متعه و چه در نکاح دائم استقلال بنت است؛ ولی با توجه به عناوین ثانویه، یا به قطع می‌گوئیم اذن ولی لازم است یا به صورت احتیاط واجب می‌گوئیم که نظر ولی را هم جلب کند.

الامر الثانی: تفصیل بین نکاح دائم و متعه

مرحوم محقق تفصیلی بین نکاح دائم و متعه (در قول چهارم و پنجم) نقل کرده که قائلش معلوم نیست. به این بیان که گفته‌اند: در نکاح دائم مستقل، و در متعه اذن ولی لازم است.

امّا قائل عکس این مطلب (اذن در نکاح دائم و استقلال در متعه) شیخ طوسی در تهذیب و استبصار است؛ ولی در کتابهای دیگرش

(۱) ج ۲۹، ص ۱۸۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۹

این فتوی را نداده است.

دلیل تفصیل اول:

اطلاقات استقلال در طایفه اولی منصرف به دائم است و در متعه دلیل بر استقلال نداریم، بلکه روایاتی داشتیم که می‌فرمود: «لا یجوز الّا باذن ولیها».

... عن ابی مریم، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: العذراء التي لها أب لا تزوّج متعةً إلّا بإذن أبيها. «۱»

... عن احمد بن محمد بن ابی نصر البنزطی عن الرضا علیه السلام قال:

البكر لا تزوّج متعةً إلّا باذن أبيها «۲»

. ظاهراً منحصر به این دو صحیحه هم نیست.

دلیل تفصیل دوم:

احادیثی داشتیم (طایفه دوم) که می‌گفت

«لا يجوز الا باذن أبيها»

که می گوئیم اینها منصرف به عقد دائم است پس عقد دائم اجازه می‌خواهد و اما متعه اجازه نمی‌خواهد.
 ...* عن الحلبي قال: سألته عن التمتع من البكر اذا كانت بين ابويها بلا اذن ابويها، قال: لا بأس ما لم يقتض «... ۳»
 (در صورتی که مسئله بکارت محفوظ باشد اشکال ندارد).

...* عن ابي سعيد قال: سئل ابو عبد الله عن التمتع من الابكار اللواتي بين الابوين، فقال: لا بأس «... ۴»

نتیجه این که روایاتی که اذن اب را مطلقاً شرط می‌دانست منصرف است به دائم و این دو روایت (که منحصر به این دو هم نیست) دلیل بر استقلال بنت است در خصوص متعه.

جواب از قول به تفصیل (قول چهارم و پنجم):

همه احادیث را باید در کنار هم گذاشت و به قرینه یکدیگر آنها را تفسیر کرد. احادیث متعه تعارض دارند بعضی اذن اب را شرط می‌کرد و بعضی شرط نمی‌کرد که جمعش به این بود که استقلال هست ولی مع الکراهه این جمع دلالتی است که در اصول به آن جمع ظاهر و اظهر (نص و ظاهر) می‌گویند، این قسم جمع در تمامی ابواب فقه وجود دارد. آنکه می‌گوید «لا بأس» نص در جواز است و قابل حمل بر چیزی نیست، ولی «لا-يجوز» دو معنی دارد: حرمت و کراهت، ظاهرش حرمت است ولی احتمال کراهت هم هست. پس بین نص و ظاهر جمع می‌کنیم و نتیجه‌اش کراهت است.

نتیجه: عنوان اولی در متعه کراهت است؛ ولی در عقد دائم (که روایت ناهیه و آمره داشت و دیدیم قابل جمع نبود) ما روایات استقلال را به جهاتی ترجیح دادیم، پس تفصیلی بین متعه و نکاح دائم نیست، منتهی این به عنوان اولی بود.

۱۶ ادامه مسئله ۲ ... ۷۹ / ۷ / ۱۱

الامر الثالث: با فرض شرط اذن ولی در نکاح بالغه رشیده باکره، در مسأله دو استثناء وجود دارد:

استثناء اول: جائی که بالغه باکره رشیده کفوی برای خودش انتخاب کند

اشاره

که هم شرعاً کفو او باشد (مسلمان باشد) هم عرفاً (تناسب عرفی داشته باشد)، اگر ولی مخالفت کند اذن او ساقط است و دختر می‌تواند مستقلاً تصمیم بگیرد.

آیا روایات خاصی داریم که این استثنا را ثابت کند؟ در احادیث ما حتی یک مورد هم دیده نمی‌شود که اگر ولی با کفو مخالفت کند تکلیف چیست؟ پس دست ما از روایت خالی است تنها دلایلی که برای این مسأله آورده‌اند سه چیز است:

ادله:

۱- اجماع:

از نظر اقوال بسیاری ادعای اجماع کرده‌اند که اگر ولی با کفو مخالفت کند اذنش ساقط است. صاحب جواهر ادعای اجماع می‌کند و آقای حکیم در مستمسک از عده‌ای از فحول فقهاء مثل تذکره، قواعد، جامع المقاصد، مسالک و کشف اللثام نقل اجماع می‌کند و نقل خلافی هم از کسی ندیده، پس مسأله از نظر اقوال علما مسلم است و چون حدیث و مدرک خاصی نداریم، پس اجماع مدرکی نیست.

۲- آیه «فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ» «... ۵»

می‌فرماید بعد از اتمام عدّه، مانع از آن نشوید که این زنان ازدواج کنند. اطلاق آیه شامل جائی که زن ازدواج کرده و عدّه هم به او واجب شده؛ ولی باکره است، (چون دخول غیر متعارف صورت گرفته) می‌شود، بنابراین اطلاق آیه شامل ما نحن فیه هم می‌شود.

۳- قاعده عسر و حرج:

چون اگر بنا باشد ولی با کفو مخالفت کند بالغه باکره به حرج می‌افتد.

(۱) ح ۱۲، باب ۱۱ از ابواب متعه.

(۲) ح ۵، باب ۱۱ از ابواب متعه.

(۳) ح ۹، باب ۱۱ از ابواب متعه.

(۴) ح ۶، باب ۱۱ از ابواب متعه.

(۵) آیه ۲۳۲ سوره بقره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۲۰

جواب از استدلالات سه گانه:

این استدلالات هم قابل نقد و ایراد است:

اما اجماع: ممکن است به خاطر دو دلیل دیگر (آیه و قاعده) باشد و اگر چه مسأله نصّ خاصّی ندارد؛ ولی ممکن است، قواعد کلیه مورد استناد باشد، بنابراین اجماع مدرکی خواهد بود، بله اجماع به این محکمی که هیچ مخالفی ندارد ممکن است دل انسان را گرم کند که فتوا دهد؛ ولی باید دلایل دیگر را هم در نظر گرفت.

اما آیه: چند اشکال متوجه اوست:

اولاً: ما اطلاق آیه را که شامل دخول غیر متعارفی را که بکارت هم محفوظ است، بود، منکر شدیم، چون فرد نادر را می‌گوید که منحصر است در فرد غیر متعارف.

ثانیاً: «فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ» به معنی منع است یعنی فلا تمنعوهنّ، مخاطب با تعضلوهُنّ کیست؟ بعضی می‌گویند مخاطب «اولیاء» هستند که اگر چنین باشد خوب است و قابل استناد، اما اگر مخاطب «شوهران سابق» باشند به درد استدلال نمی‌خورد.

ثالثاً: مراد از «ازواجهنّ» چه کسی است؟ شوهران جدید یا شوهران سابق، اگر منظور شوهران جدید باشد، خوب است؛ ولی اگر شوهران سابق باشد، به درد استدلال نمی‌خورد.

«فَإِذَا بَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ» یعنی روزهای آخر عدّه است، می‌خواهند آشتی کنند، پس آیه ابهامات زیادی دارد و با این همه ابهامات اگر بخواهیم به آن استدلال کنیم مشکل است.

امّا قاعده: در این قاعده، مراد حرج شخصی است نه نوعی، مثلاً تابستان است و هوا داغ، و روزه برای نوع مردم مشکل است ولی کسی که گرما در او اثری ندارد، باید روزه بگیرد، ولی اگر مراد حرج نوعی باشد، او هم نباید روزه بگیرد؛ حال در ما نحن فیه آیا هر باکره‌ای که خواستگاری برای او آمد و با کفو او ممانعت شد به حرج می‌افتد؟ خیر، همه اینطور نیستند، بلکه در بعضی موارد است که حرج پیش می‌آید. مثلاً کسی شانس آخرش باشد که اگر آن را رد کند به حرج می‌افتد. پس این دلیل هم به موارد خاص محدود و مقید شد و لذا به درد نمی‌خورد چون عسر و حرج شخصی است.

دو دلیل دیگر:**اشاره**

ما معتقدیم که دو دلیل دیگر بهتر از این سه دلیل می‌توان آورد، که شاید مجمعیان هم نظرشان به همین‌ها بوده است:

۱- مصلحت مولی علیه:

ولی را برای چه قرار داده‌اند، برای مصلحت خودش و یا برای مولی علیه؟ بدون شک معنای ولایت دفاع از حق مولی علیه است، پس مصلحت اوست نه مصلحت ولی و تعبیراتی که در بعضی روایات است (فرزند و آنچه در دست اوست برای ولی است) تعبیرات اخلاقی و بیان استحباب است، پس با ولایت تعارض ندارد، چون ولایت عبارت است از رعایت مصلحت مولی علیه. در ما نحن فیه اگر کفوی پیدا شد و ولی مخالفت کرد، خلاف مصلحت مولی علیه و خلاف ماهیت ولایت است، پس اتصالات ولایت شامل موردی که پدر مصلحت دختر را در نظر نمی‌گیرد نیست. به عبارت دیگر یا ماده ولایت اینجا را نمی‌گیرد و یا اتصالات ولایت در اینجا انصراف دارد.

۲- خیانت در حق مولی علیه:

اگر کفوی پیدا شد و ولی مخالفت کرد، این کار ولی خیانت است، و هر ولی که خیانت کند ولایتش ساقط می‌شود مثل وکیل یا وصی خائن.

بقی هنا شیء: کفو شرعی و عرفی چیست؟

«کفو شرعی» یعنی مسلمان باشد و «کفو عرفی» یعنی این دو از نظر عرف متناسب هم باشند که این تناسب از جهات مختلف است:

۱- از نظر سن و سال.

۲- از نظر سواد و معلومات.

۳- از نظر دیانت.

۴- از نظر سلامت جسم.

۵- از نظر وضع زندگی مادی.

البته این تناسب منحصر در این پنج مورد نیست.

تذکر: در ازدواج سنتی با دختر شیعه، اگر احتمال دهیم مذهب او به خطر می‌افتد شرعاً کفو به حساب نمی‌آید، در ضمن برای جلوگیری از اشتباه در باب کفو عرفی باید گفت، اگر باکره رشیده در تمام موارد راضی به ایثار شود و ولی هم اجازه بدهد عقد صحیح است و اشکالی ندارد، بحث ما در صحت و عدم صحت نیست که بگویند اسلام نظام طبقاتی آورده بلکه بحث در این است که استثنا از اذن ولی در کجا است؟

۱۷ ادامه مسئله ۲ ... ۱۲ / ۷ / ۷۹

فرع: «لو اختارت البنت شخصاً و الولی آخر و کل منهما کفو»

(۱) جواهر، ج ۲۹ ص ۱۸۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۲۱

این فرع در تحریر الوسيله نیست؛ ولی مرحوم صاحب جواهر این فرع را دارد. اگر تعارض شد بین اختیار ولی و اختیار بنت، اختیار کدام مقدم است؟ به تعبیر دیگر آیا اذن ولی در اینجا هم ساقط است چون مانع کفو شده است؟ در اینجا مابین فقها اختلاف شده، مرحوم شهید ثانی در مسالک می گوید: مختار دختر مقدم است «۱»، و صاحب جواهر می گوید: مختار پدر مقدم است.

قلنا: در اینجا نه آیه‌ای داریم و نه روایتی، پس باید به سراغ ریشه‌مسأله برویم و با توجه به آن مشکل را حل کنیم. دلیلی که در استثنا از اذن ولی آورديم، حقیقت ولایت بود، که رعایت مصلحت مولی علیه است، پس اگر غیر مصلحت عمل کند خیانت کرده است، اگر طبق این مبنا باشد حق با شهید ثانی است به علت اینکه هر دو کفو هستند منتهی یکی مورد علاقه‌اش است و دیگری مورد علاقه‌اش نیست و با او نمی‌تواند زندگی کند، آیا مصلحت دختر این است که کسی را به او تحمیل کنند که مورد علاقه‌اش نیست یا آن کسی که مورد علاقه اوست، پیشنهاد کنند؟ چون هدف از ازدواج ایجاد آرامش و آسایش است و اگر دیگری به او تحمیل شود، خلاف مصلحت است، بنابراین ولایت ولی ساقط می‌شود. پس در اینجا مصلحت وابسته به دو چیز است یکی کفو بودن و دیگری مورد علاقه بودن، پس با همان دلیلی که اصل استثنا را حل کردیم، تعارض را هم حل می‌کنیم.

استثناء دوم: جانی است که ولی غایب است و نمی‌توان با او تماس گرفت

«غاب غیبهً طویلاً لا یمکن الوصول الیه او مات مع حاجه البنت الی النکاح»، در اینجا بنت چه کار کند؟ در اینجا هم غالباً گفته‌اند که «یسقط اذن الولی»، شیخ در خلاف، محدث بحرانی در حدائق، صاحب ریاض در ریاض، شیخ انصاری در رساله نکاح، که همه این اقوال در مستمسک آمده است و گفته است «و یظهر من الجمیع عدم الخلاف فی ذلک» «۲». قلنا: این مسأله هم نص خاصی ندارد و لذا سراغ همان قواعد و دلائل عامه می‌رویم. در اینجا اگر بخواهیم به همان دلیل سابق استناد کنیم باز همین حرف وجود دارد به این معنی که ولی برای حفظ مصالح است و ولی غایب و ولی فوت شده نمی‌تواند حفظ مصلحت کند و لذا اذن او ساقط است.

ان قلت: آیا احتیاج به اذن حاکم دارد؟

قلنا: اگر نمی‌تواند تشخیص کفو دهد، ممکن است بگوئیم اذن حاکم لازم است «لانه ولی من لا ولی له» ولی اگر خودش کفو را تشخیص می‌دهد و احتیاج به نکاح هم دارد، حاکم هم نمی‌تواند مخالفت کند، چون ولایت حاکم هم، حفظ مصلحت است، پس در این صورت هم اذن حاکم شرع لازم نیست.

الامر الرابع: در تحریر از این امر بحثی نشده است ولی در کتب دیگر بحث شده است و آن حکم تیبه است که «لا یحتاج الی اذن الولی».

اشاره

در اینجا دو بحث داریم:

۱- حکمی: چرا تیب نیاز به اذن ولی ندارد.

۲- موضوعی: ثیب چه کسی است؟

۱- حکمی: از نظر حکم مسأله تقریباً مسلم است،

اشاره

بسیاری در این مسأله فتوا داده‌اند و عده‌ای هم ادعای اجماع کرده‌اند و فقط ابن ابی عقیل مخالف است که در ثیب هم اذن ولی را لازم دانسته است.

بنابراین می‌توان گفت به حسب اقوال مسأله اجماعی است. حال آیا این اجماع بدرد می‌خورد یا نه؟ مسأله دیگری است.

دلیل: روایات

اشاره

دلیل مهم روایات است که هم در منابع شیعه و هم در منابع اهل سنت موجود است و روایات به قدری زیاد است که صاحب جواهر می‌گوید «کادت تکون متواتره» (۳).

روایاتی که در باب ثیب وارد شده است سه طایفه است:

طایفه اول: ثیب مطلقاً اذن نمی‌خواهد

این روایات بعضی دارای سند ضعیف است ولی چون بعضی صحیحه و معمول بها و متضافر هستند، نیاز نیست که از سند آنها بحث شود.

...* عن الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام: سألته عن البكر اذا بلغت مبلغ النساء أ لها مع أبيها امرٌ؟ فقال: ليس لها مع أبيها امرٌ ما لم تثيب (۴).

در اینجا شاهد در

«ما لم تثيب»

است و این حدیث از احادیث صحیحه است.

...* عن عبد الرحمن بن ابي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله عن الثيب تخطب

(خواستگاری می‌کند یا می‌پذیرد خواستگار را)

الی نفسها؟ قال: نعم هی املك بنفسها تولی أمرها من شاءت اذا كانت قد

(۱) مسالک، ج ۷، ص ۱۴۲.

(۲) مستمسک، ج ۱۴، ص ۴۴۹.

(۳) جواهر، ج ۲۹، ص ۱۸۵.

(۴) ح ۱۱، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۲۲

تزوَّجت زوجاً قبله «۱»

...* عن عبيد بن زراره، عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال:

لا تستأمر الجارية في ذلك إذا كانت بين ابويها

(اجازه‌ای از دختر نمی‌گیریم)

فاذا كانت ثيباً فهي أولى بنفسها. «۲»

دو روایت دیگر هم که از طریق عامه می‌باشد به این روایات اضافه می‌کنیم:

...* عن ابن عباس، عن النبي صلى الله عليه وآله، إنه قال: ليس للولي مع الثيب امرٌ. «۳»

...* عن ابن عباس قال رسول الله صلى الله عليه وآله الايِّم

(به معنی یتیم است به قرینه ذیل حدیث)

احق بنفسها من وليها و البكر تستأذن في نفسها «۴»

طایفه دوم: اگر یتیم کفو اختیار کند، اذن ولی نمی‌خواهد

اشاره

...* عن عبد الخالق قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة الثيب تخطب الى نفسها قال: هي املك بنفسها تولي من شاءت اذا

كان كفواً

(لا بد مفهومش این است که اگر کفو نباشد استقلال ندارد)

بعد أن تكون قد نکحت زوجاً قبل ذلك. «۵»

...* عن الحلبي، عن ابي عبد الله عليه السلام: أنه قال في المرأة الثيب تخطب الى نفسها، قال: هي املك بنفسها، تولي امرها من

شاءت اذا كان كفواً بعد أن تكون قد نکحت رجلاً قبله. «۶»

این حدیث چند سند دارد و لذا می‌شود آن را سه روایت بدانیم (سه راوی مختلف عبد الله، حسن، حلبي) که بعضی از اسناد هم

قطعاً معتبر و صحیح است.

۱۸ ادامه مسئله ۲ ... ۱۳/۷/۷۹

جمع بین روایات دو طایفه:

مطلقاً می‌گفت یتیم در نکاح آزاد است و مقیدات می‌گفت، در جائی که کفو باشد اذن ولی نمی‌خواهد (که شبیه بکر است)،

این دو دسته روایات را چگونه جمع کنیم؟

جمع اول: حمل مطلق بر مقید می‌کنیم یعنی عنوان اولی تقیید است و منظور از مطلقات هم آنجائی است که کفو باشد.

جواب: این جمع درست نیست، چون اولاً بکر و یتیم از نظر حکم یکی می‌شود و ثانیاً کسی چنین فتوایی نداده است. پس باید این

جمع را رها کنیم.

با توجه به اینکه کسی به این روایات فتوی نداده؛ ولی می‌خواهیم تا حد امکان، بین اخبار جمع کنیم، دو طریق جمع دیگر هم بین

این دو طایفه بیان می‌کنیم.

جمع دوم: حمل بر استحباب کنیم به این معنی که استقلالش در جائی است که کفو باشد و مستحب است در غیر کفو، اجازه

بگیرد.

جمع سوم:

«اذا كان كفواً»

اشاره به این است که ثبیه رشیده باشد چون رشیده غالباً کفو انتخاب می‌کند.

طایفه سوم: روایات معارضه

احادیثی که صریحاً در ثبیه می‌گوید اذن ولی شرط است مثل بکر، و این احادیث با روایات قبلی معارض هستند. در اینجا دو حدیث بیشتر نداریم که هر دو ضعیف هستند:

* و عنه عن سعید بن اسماعیل، عن أبيه، قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل تزوج ببيكر أو ثيب لا يعلم ابوها (منظور از علم پدر، تقدّم اجازه است)

و لا احد من قراباتها و لكن تجعل المرأة و كئلاً فيزوجها من غير علمهم، قال: لا يكون ذا. «۷»

(جایز نیست نه در ثبیه و نه در بکر، به این معنی که اذن پدر شرط است).

دلالت این حدیث ظاهر است بعضی می‌گویند:

«ذا»

اشاره به بکر دارد؛ ولی این درست نیست و خلاف ظاهر است. پس در دلالتش نباید خدشه کرد و دلالت بر معارضه دارد؛ ولی سندش اشکال دارد چون کسی به نام «سعید بن اسماعیل» در بین روایات نداریم و ظاهراً «سعد بن اسماعیل» است، چون این روایت از تهذیب و استبصار نقل شده است و در آنجا هم «سعد بن اسماعیل» دارد که دو نفر هستند و یکی از آن دو از اصحاب امام رضا علیه السلام است و هر دو مجهول هستند و لذا حدیث حجّت نیست.

... عن المهلب الدلال

(مجهول الحال است و وثاقتش ثابت نیست)

إنه كتب الى ابي الحسن عليه السلام ان امرأة كانت معي في الدار...

فكتب عليه السلام: التزويج الدائم لا يكون الا بولي و شاهدين و لا يكون تزويج متعه ببيكر «... ۸».

اگر این روایت اطلاق داشته باشد و ذیلش آن را مقید نکند «مرأه» هم با بکر می‌سازد و هم با ثبیه و قید متعه هم ندارد و لذا ممکن است نکاح دائم باشد.

(۱) ح ۱۲، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۲) ح ۱۳، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۳) مستدرک، ج ۱۴، ح ۱، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۴) سنن بیهقی، ج ۷، ص ۱۱۵ و ۱۱۹.

(۵) ح ۲، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۶) ح ۴، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۷) ح ۱۵، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۸) ح ۱۱، باب ۱۱ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۲۳

ولی دلالت قابل جواب است به این بیان که یا اذن ولی خواستن حمل بر استحباب شود بقرینه «شاهدین»، چون شاهدینی که در روایت آمده مربوط به طلاق است و در نکاح دو شاهد نیاز نیست، منتهی وجود شاهدین در نکاح مستحب است یا اطلاق او را حمل به یتب کنیم.

نتیجه: این دو حدیث از نظر سند ضعیف است و دومی از نظر دلالت هم قابل خدشه است و لذا در مقام تعارض نمی تواند معارض باشد.

۱۹ ادامه مسئله ۲ ... ۱۶/۷/۷۹

۲- موضوعی:

اشاره

این مسأله یک جنبه حکمی داشت که بیان شد و ما با دلایل کافی ثابت کردیم که یتب احتیاج به اذن ولی ندارد، جنبه دیگر، جنبه موضوعی است. با اینکه موضوع مقدم بر حکم است (چون موضوع شبیه علت است و در مقام بحث ابتدا از علت بحث می شود بعداً از معلول) و باید اول از آن صحبت شود؛ ولی در مقام بحث فقهی اول باید بحث حکمی کرد و بعد موضوعی، چون موضوع دلیل را باید در دلیل و روایت پیدا کرد.

بسیاری از روایات «یتب» داشت، باید بینیم معنی و مفهوم این عنوان چیست؟

اقوال:

اشاره

اقوال عامه و خاصه در اینجا مختلف است که مقداری از کلمات هر دو را بیان می کنیم.

احتمالات در مفهوم یتب:

چهار احتمال در مفهوم یتب وجود دارد:

- ۱- زوال عضو مخصوص (غشاء و پرده مخصوص) بای سبب کان؛ و لو به یک حرکت نامناسب یا به مریضی و یا به وطی، (چه حلال و چه حرام)، در این معنی امر دائر مدار عضو مخصوص است.
- ۲- زوال عضو مخصوص به سبب دخول (حلالاً او حراماً) لا بای سبب.
- ۳- زوال عضو مخصوص به سبب دخول حلال باشد (نکاحی و بدنبال نکاح، دخولی و بدنبال آن زوال).
- ۴- معیار ازدواج است و کسی که ازدواج کرده یتب است، و کار به زوال عضو مخصوص نداریم.

کلمات علمای شیعه:

مرحوم شهید ثانی می فرماید:

واعلم: انّ الثیوبه تتحقّق بزوال البکاره (معیار زوال عضو است) بوطء و غیره، و انتفاء الولایه عنها مشروط بکونها بالوطء (و لو ثیوبه به زوال عضو متحقق می شود؛ ولی انتفاء ولایت در جائی است که زوال عضو به سبب وطی باشد، پس دو چیز را شرط می داند:

زوال العضو و كونها بالوطء) كما نبه عليه في الرواية السابقة فلو ذهب بغيره فهي بمنزلة البكر «۱».

اشكال: در عبارت صاحب مسالك «كما نبه عليه في الرواية السابقة» است که روایت سابق، روایت «سعید بن اسماعیل» «۲» است که ربطی به دخول ندارد و معلوم می‌شود اشتباه در کلام مسالك است و ظاهراً اشاره به روایت «علی بن جعفر» «۳» است، که دخول را شرط می‌کند.

خلاصه کلام نراقی این است:

لو ذهبت بکارتها بغير الوطی فحکمها حکم البکر للاستصحاب، ... و منه يظهر الحکم فیمن ذهبت بکارتها بالزنا ایضا (پس ایشان سه چیز را شرط می‌داند، ۱- زائل شدن عضو. ۲- به وطی بودن. ۳- حلال بودن وطی ...) و لو تزوّجت و مات زوجها او طلقها قبل الوطء لم تسقط الولاية (بازهم باکره است و ولایت و اذن ولی هست) للاجماع و صدق الباکرة و الجارية. «۴»
مرحوم سید یزدی صاحب عروة احتمال چهارم را پذیرفته است و می‌گوید مدار تزویج است اگر ازدواج کرده، ثبیه است و اگر ازدواج نکرده، باکره است «۵» (چه عضو باشد، چه نباشد) بنابراین هر آنچه را که مستند ادعای اجماع بر آن دارد ایشان خلاف آن را می‌گوید. البته احتمالات دیگری هم در کلام ایشان هست.

کلمات اهل سنت:

فصل: و الثیب المعتبر نطقها هي الموطوءة في القبل سواء كان الوطء حلالاً او حراماً و هذا هو مذهب الشافعی «۶».
شافعی حکم را دائر مدار وطی می‌کند مگر اینکه کلام ایشان را حمل بر غالب کنیم که غالباً در اثر وطی عضو زائل می‌شود که در این صورت با کلام مسالك سازگار است. سپس از مالک و ابو حنیفه نقل می‌کند که وطی باید حلال باشد و اگر حرام باشد، حکم باکره را دارد

(۱) مسالك، ج ۷، ص ۱۴۴.

(۲) ح ۱۵، باب ۱۳ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۸، باب ۹ از ابواب عقد نکاح.

(۴) مستند، ج ۱۶، ص ۱۲۳.

(۵) عروة، ج ۲، ص ۸۶۵.

(۶) مغنی ابن قدامه، ج ۷، ص ۳۸۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۲۴

و اگر بدون وطی هم باشد حکم باکره را دارد. (شبهه قول نراقی).

آنچه که از مجموع اقوال عامه و خاصه استفاده می‌کنیم این است که لم یتفقوا علی شیء واحد.

ادله:

۱- قول لغوی:

قول لغوی با شرایط خودش حجّت است و اینکه شیخ و بعضی از اصولیین دیگر گفتند قول لغوی حجّت نیست، نمی‌پذیریم، چون خود اینها هم در صورت اختلاف به قول لغوی مراجعه می‌کنند.

از کلمات اهل لغت استفاده می‌شود که «ثیب» گاهی صفت زن است و گاهی برای مرد است ولی غالباً صفت برای زن است.

احتمال دارد از ماده (تَوْب) و یا (تَيْب) گرفته شده باشد. راغب در مفردات می گوید از ماده (تَوْب) است و (ثاب یتوب) به معنی (رجع یرجع) است و تیب را تیب می گویند چون ازدواج کرده و طلاق گرفته یا شوهرش مرده است و بازگشته (رجع)، لذا نتیجه می گیرند لانه رجوع من الزواج الی حاله قبل الزواج. پس معیار را ازدواج و طلاق می داند.

قاموس می گوید: التیب المرأة فارقت زوجها او دُخِل بها.

صحاح مطلبی از ابن سکیت نقل می کند و خودش چیزی نمی گوید و ظاهراً همان را می پذیرد. هو الذی دخل بامرأه و هی التی دخلت بها (پس هم مرد و هم زن را تیب می گویند)

پس اقوال اهل لغت هم اختلاف دارد همان گونه که فقهاء اختلاف دارند.

۲- مفهوم عرفی:

اشاره

متبادر عرفی از باکره کسی است که عضو مخصوص را داشته باشد، حتی اگر ازدواج کرده باشد و حتی اگر دخول هم کرده باشد، چون در بعضی موارد خاص، عضو مخصوص با دخول زائل نمی شود به این معنی که در عرف اگر آن عضو باشد می گویند باکره است و اگر با یک جستن پاره شود می گویند بکارتش زایل شده است، پس متبادر ذهن عرفی این است که عضو باقی باشد یا نه.

روایات:

اشاره

تا اینجا به نتیجه روشنی نرسیدیم ولی مدار ما در این مسأله روایات است اگر روایات نداشتیم مجبور بودیم یا قول لغوی را بپذیریم یا تبادر عرفی را.

اخبار ما می گوید کسی که ازدواج کرده تیبیه است و کسی که ازدواج نکرده، باکره است:

...* عن الحلبي، عن ابي عبد الله عليه السلام انه قال في المرأة التي تخطب الي نفسها، قال: هي املك بنفسها تولي امرها من شاءت اذا كان كفواً بعد ان تكون قد نکحت رجلاً قبله. «۱»

...* عن عبد الخالق قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة التي تخطب الي نفسها قال: هي املك بنفسها تولي من شاءت اذا كان كفواً بعد ان تكون قد نکحت زوجاً قبل ذلك. «۲»

(این حدیث از حیث سند ضعیف است).

...* عن عبد الرحمن بن ابي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام:

عن التي تخطب الي نفسها؟ قال: نعم هي املك بنفسها تولي امرها من شاءت اذا كان قد تزوجت زوجاً قبله. «۳»

...* عن ابراهيم بن ميمون عن ابي عبد الله عليه السلام قال: اذا كانت الجارية بين ابويها فليس لها مع ابويها امرٌ و اذا كانت قد تزوجت لم يُزوجها الا برضا منها. «۴»

(یعنی اگر تزویج کرده، حکم باکره از بین رفته است و تیبیه است).

۲۰ ادامه مسئله ۲ ... ۱۷ / ۷ / ۷۹

روایت معارض:

* علی بن جعفر فی کتابه عن اخیه موسی بن جعفر علیه السلام، قال:

سألته عن الرجل هل یصلح له ان یزوج ابنته بغير اذنها؟ قال: نعم لیس یكون للولد امرٌ الا ان تكون امرأه قد دخل بها قبل ذلك فتلك لا یجوز نکاحها الا ان تستأمر. «۵»

روایت می‌فرماید: نکاح کسی که دخول به او صورت نگرفته است بدون اذن جایز نیست. بنابراین معیار، «قد دخل بها قبل ذلك»

است و ظاهرش دخول مطلق است که حلالاً و حراماً، هر دو را شامل می‌شود.

مرحوم آقای خوئی در تقریراتشان برای اثبات اعتبار دخول به دو آیه از قرآن تمسک جسته‌اند «فَجَعَلْنَاهُنَّ أَبْكَاراً» «۶» که «هن» به حوریان بهشتی برمی‌گردد و دیگری آیه قبلی را تفسیر می‌کند «فِيهِنَّ قَائِمَاتٌ ظُفْرَاتٌ (زنانی که چشمشان فقط به همسرشان است) لَمْ يَطْمِئِنَّهُنَّ إِنْسٌ قَبْلَهُمْ وَلَا جَانٌ» «۷» * آیه اول می‌گوید ابکار هستند و آیه

(۱) ح ۴، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۲) ح ۲، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۱۲، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۳، باب ۹ از ابواب عقد نکاح.

(۵) ح ۸، باب ۹ از ابواب عقد نکاح.

(۶) آیه ۳۶، سوره واقعه.

(۷) آیه ۵۶، سوره الرحمن.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۲۵

دوم می‌گوید که هیچ جن و انسی با آنها تماس نداشته است پس ابکار زنانی هستند که کسی با آنها تماس نداشته است «طمث» در لغت به معنی خون عادت است ولی معنای ثانوی آن تماس جسمانی است).

این استدلال ظاهراً خوب است ولی کلام آقای خوئی یک اشکال مهم دارد و آن این که این تعبیر برای بهشت است زیرا در آنجا عقدی نیست ولی در دنیا عقد هست بنابراین نمی‌تواند دلیلی بر بحث ما باشد.

در تعارض بین این دو دسته روایت چه کنیم؟ نسبت بین این دو دسته روایات عام و خاص مطلق و یا مطلق و مقید نیست بلکه عموم و خصوص من وجه است، این روایت دخول را می‌گوید و فرقی نمی‌کند که نکاح باشد یا نه و روایات سابقه هم نکاح را می‌گوید چه دخول باشد، یا نباشد. بله می‌توان گفت که غالباً نکاح با دخول است و غالباً دخول حلال با نکاح است، پس بگوئیم که مراد از روایات سابقه، نکاح همراه با دخول است.

در عموم و خصوص من وجه، جمع دلالتی نداریم مگر قراین خارجی قائم شود و در اینجا هم می‌گوئیم نکاح فرد غالبش دخول است و دخول هم فرد غالبش نکاح است و به این طریق جمع کنیم.

و لکن الانصاف: امر را دایره مدار نکاح کنیم یعنی بگوئیم روایت علی بن جعفر دخولی را که می‌گوید، کنایه از نکاح است (روایات قبل را ترجیح بدهیم).

نتیجه: با توجه به قرائن ذیل می‌توان گفت: معیار در معنی «ثیب»، ازدواج است.

۱- ریشه لغوی ثیب: «نکح و رجع عن نکاحه» که دخول در معنی ثیب و ریشه لغوی آن نیست و رجوع با نکاح می‌سازد.

۲- فلسفه این حکم ظاهر است، کسی که نکاح نکرده تجربه و خبریوت ندارد، اما اگر نکاح کرد و جدا شد، برای بار دوم، تجربه به

دست آورده است، و دخول دخالتی در این تجربه ندارد و آنچه دخالت دارد اصل نکاح است البته برای آن که اشکال استحسان پیش نیاید این را مؤید می‌دانیم نه دلیل.

۳- روایات مطلقه متضافه بدون قید را نمی‌توان به روایت «علی بن جعفر» مقید کرد، بلکه باید روایت او را حمل بر استحباب کنیم. همانگونه که در اصول داشتیم که اگر روایات متضافر، مطلق باشند و یک روایت، مقید باشد، می‌گوئیم قید در مقام استحباب است و نمی‌خواهد روایات مطلق را حمل بر مقید کنیم.

ان قلت: در معنای ثیب، دو حدیث با هم متعارض شد که هر دو صحیح هستند (صحیح حلی که می‌گوید عقد کافی است و صحیح علی بن جعفر که می‌گوید دخول شرط است) که هیچ کدام ترجیحی بر دیگری ندارد، چرا یکی ترجیح داده شده؟
قلت: در طرف اعتبار عقد در حدوث ثبوت روایت زیاد است و روایت منحصر به صحیح حلی نیست، بلکه سه حدیث دیگر هم داریم که و لو صحیح نیستند؛ ولی چون متضافر هستند، می‌توانند مؤید باشند، علاوه بر این قرائنی هم ذکر کردیم (مادامی که ازدواج نکرده، خبروت ندارد و بعد از نکاح خبروت پیدا می‌کند و دخول باعث خبروت نمی‌شود) که این قرائن همگی اعتبار عقد را تأیید می‌کند.

بقی هنا شیء:

سَلَمْنَا که امر دائر مدار غشاء و عضو مخصوص باشد (اگر باقی باشد بکر است و اگر نباشد ثیب است)، این سؤال پیش می‌آید که اگر عضو مخصوص زائل شد و از طریق پیوند و جراحی آن را ترمیم کنند؛ حال آیا باز ثبوت می‌رود و بکر صدق می‌کند و در نکاح اجازه پدر لازم است؟
جواب: بکارت زائل، بر نمی‌گردد چون اطلاعات وجود آن را از اول می‌گفتند نه اینکه بعد از ازاله برگردانند، پس اطلاعات منصرف از اوست.

آیا نفس این کار جایز است؟ مثلاً کسی در اثر پریدن یا بیماری، غشائش پاره شده و برای جلوگیری از آبروریزی و مشکلات بعدی با عمل جراحی آن را ترمیم کنند.

جواب: این کار فی حد ذاته حرام نیست، و گاهی سبب نجات هم می‌شود، به شرط این که تدلیسی در کار نباشد؛ ولی در عین حال چون مستلزم نظر و لمس حرام است (مگر اینکه زن و شوهر باشند، و فرض ما این است که شوهر ندارد، یا این که او را به عقد متعه جراح درآورند که این هم مشکل است، چون جراح متعدّد است و تیمی کار می‌کنند) منحصر به ضرورت می‌شود مثل این که شانس ازدواجش را از دست می‌دهد و در عین این که پاک است به ناپاکی متهم می‌شود، در اینجا چون ضرورت است ما اجازه می‌دهیم.

نظر نهائی: در مسئله ثیب اگر ما دخول و عقد را شرط کنیم بهتر و به احتیاط نزدیکتر است، چون نکاح غالباً با دخول است و دخول حلال غالباً با نکاح است.

[مسأله ۳ (استقلال ولایة الاب و الجد)]

اشاره

۲۱ مسأله ۳ (استقلال ولایة الاب و الجد) ... ۷۹ / ۷ / ۱۸

مسأله ۳: ولایة الجد لیست منوطه بحیاء الاب و لا موته، فعند وجودهما استقل کلّ منهما بالولایة، و اذا مات احدهما اختصت

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۲۶

بالآخر، و ایهما سبق فی تزویج المولی علیه عند وجودهما لم یبق محللاً للآخر، و لو زوج کل منهما من شخص فان علم السابق منهما فهو المقدم و لغا الآخر و ان علم التقارن قدم عقد الجد و لغا عقد الاب و ان جهل تاریخهما فلا یعلم السابق و اللحق و التقارن لزم اجراء حکم العلم الاجمالی بكونها زوجة لاحدهما و ان علم تاریخ احدهما دون الآخر فان كان المعلوم تاریخ عقد الجد قدم علی عقد الاب و ان كان عقد الاب قدم علی عقد الجد، لکن لا ینبغی ترک الاحتیاط فی هذه الصورة. مرحوم صاحب جواهر در ج ۲۹ جواهر و مرحوم شیخ در خلاف، هم این مسأله را آورده‌اند.

فروع مسأله:

اشاره

این مسأله دارای سه فرع است:

فرع اول: آیا ولایت اب و جد مستقل است

اشاره

(صغیر، یا صغیر و کبیر هر دو بنابر مبنائی که در مسئله ۱ و ۲ صحبت کردیم) یا ولایت جد مشروط به حیات اب است به این معنی که اگر اب زنده باشد، جد ولایت دارد و اگر اب بمیرد، ولایت جد هم ساقط می‌شود؟ مختار تحریر الوسيله و مشهور این است که نه ولایت اب مشروط به حیات جد است و نه ولایت جد مشروط به حیات اب است و هر کدام مستقلند.

اقوال:

اشاره

در این مسأله سه قول است:

۱- استقلال (قول مشهور)

۲- اشتراط ولایت جد به حیات اب (قول غیر مشهور)

۳- اشتراط ولایت جد به ممات اب، یعنی پدر بمیرد و جد جانشین او شود، (این قول را فقهاء شیعه ندارند و جواهر از بعضی از فقهاء عامه نقل می‌کند).

قول اول: الاستقلال

اشاره

قول اول آثاری دارد که در تحریر آمده است، و آن آثار عبارتند از:

۱- هر کدام مقدم باشد در عقد، عقد او صحیح است. ۲- هر کدام در حیات‌شان دارای استقلال هستند. ۳- اگر پدر بمیرد ولایت منحصر در جد می‌شود و برعکس.

صاحب حدائق اقوال را جمع کرده است و می‌فرماید:

هل يشترط في ولاية الجد حياة الأب أم لا؟ المشهور الثاني (مستقل است ...) و هو ظاهر الشيخ المفيد و المرتضى و سلار، حيث اطلقوا الحكم بولاية الجد، (چون مطلق گذاشته‌اند و مشروط نکرده‌اند دلیل بر آن است که جد مستقل است) و به قطع ابن ادریس و من تأخر عنه. (از اینجا معلوم می‌شود که قائلین زیاد هستند) و ذهب الشيخ في النهاية الى أنّ حياة الاب شرط في ولاية الجد على البكر البالغة و الصغيرة و موته مسقط لولايته عليهما و نقله في المختلف ايضاً عن ابن الجنيّد و ابى الصلاح و ابن البرّاج و الصدوق في الفقيه. «۱» (از اینجا معلوم می‌شود که قائلین قول دوم هم زیاد هستند).

تعبیری هم جواهر دارد و می‌فرماید: بعضی از عامه به عکس (اعتبر موت الاب في ثبوت ولاية الجد من العامة) «۲» قائل شده‌اند و بعضی از عامه هم چیزی شرط نمی‌کنند (لا يشترط في ولاية بقاؤه و لا موته) «۳».

شیخ طوسی در خلاف می‌فرماید:

الذی له الاجبار على النکاح: الاب، و الجد، (اجبار در کلمات فقهاء ما، کم است و نوعاً در کلمات عامه است، که تعبیر خوبی هم نیست) مع وجود الاب و إن علی، و لیس للجد مع عدم الاب ولاية. بعد کلمات عامه را نقل می‌کند و در کلمات عامه کسی که مشروط بگوید نیست و در آخر کلامش می‌گوید: دلینا: اجماع الفرقة و اخبارهم. «۴» در حالی که شهرت عکس این بود (مشهور قائل به استقلال بود) پس چطور ادعای اجماع می‌کند. اینکه شیخ انصاری فریادش از دست اجماع منقول در آمده، نمونه‌اش اینهاست که شیخ طوسی با این مقامش ادعای اجماعی می‌کند در حالی که شهرت بر خلافش است و اخباری را هم که شیخ دلیل بر اشتراط می‌گیرد فقط یک خبر است و اخبار نیست.

ادّله قول مشهور (استقلال)

اشاره

مشهور پنج دلیل اقامه کرده‌اند که قسمت عمده‌ای از آن آسیب‌پذیر و قابل نقد است.

دلیل اول: استصحاب

در حال حیات پدر، جد ولایت دارد، بعد از ممات پدر، ولایت جد را استصحاب می‌کنیم.

البته مواردی داریم که این استصحاب جاری نمی‌شود، مانند جائی که پدر بمیرد و بچه در شکم مادر باشد در اینجا نمی‌توان

(۱) ج ۲۳، ص ۲۰۲.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۱۷۱.

(۳) جواهر، ج ۲۹، ص ۱۷۲.

(۴) خلاف، ج ۴، ص ۲۶۵ و کتاب النکاح، مسئله ۱۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۲۷

گفت در حیات اب، جد ولایت داشته است چون چیزی نبود (موضوعی نبود) که بتوان آن را استصحاب کرد، پس این استصحاب فراگیر نیست.

ولی این استصحاب طبق مبنای ما، اشکال دارد چون حجیت استصحاب مخصوص شبهات موضوعیه است و این شبهه حکمیه است و جای استصحاب نیست.

دلیل دوم: روایات

۱- اطلاقات باب ۱۱:

روایات این باب می‌گفت اگر تعارض شود بین ولایت اب و جد، جد مقدم است مفهومش این است که هر دو ولایت مستقله دارند چون تعارض، متفرع بر این است که ولایت هر دو مسلم باشد. جواب: مورد سؤال، حیات هر دو است (چون تعارض، فرع بر حیات هر دو است) و بحث ما در جائی است که پدر بمیرد پس تمسک به اطلاقات هم مخدوش است.

۲- روایات مفسره:

روایاتی که آیه شریفه... «إِلَّا أَنْ يَغْفُونَ أَوْ يَغْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ»... «۱» را تفسیر می‌کند (من الذی بیده عقدہ النکاح؟).
... عن عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

(حدیث معتبر است)

: الذی بیده عقدہ النکاح هو ولی امرها. «۲»

(ولی بر اموال) چون اگر ولی امر در نکاح مراد باشد معنی ندارد و توضیح واضح است.

آیا عند موت الاب، جد ولی بر اموال است؟ قطعاً ولی است، حال که ولی بر اموال است؛ ولی بر نکاح هم می‌باشد. چون آیه می‌گوید ولی بر اموال ولی بر نکاح است.

... عن البرقی او غیره

(که روایت را مرسله می‌کند و لذا سند ضعیف است)

، عن صفوان، عن عبد الله، عن ابي بصير، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الذی بیده عقدہ النکاح، قال: هو الاب و الاخ و الرجل یوصی الیه، و الذی یجوز امره فی مال المرأه فیتاع لها و یشتری فأی هؤلاء عفا فقد جاز. «۳»
تعبیر

«الذی یجوز امره فی مال المرأه»...

شامل جد هم می‌شود و همه اینها «بیده عقدہ النکاح» هستند.

جواب: این روایت، هم سندش اشکال دارد و هم دلالتش، چون پای «اخ» در این روایت به میان آمده است، که ما اخ را ولی نمی‌دانیم مگر اینکه بگوئیم در ناحیه اخ ولایت استجابی است.

۳- روایت عبید بن زراره:

صاحب جواهر به این روایت استناد کرده است:

... عن عبید بن زرارہ قال: قلت لأبی عبد الله علیه السلام: الجاریة یرید ابوها ان یزوجها من رجل و یرید جدھا ان یزوجها من رجل آخر فقال:

الجد اولی بذلک ما لم یکن مضاراً ان لم یکن الاب زوجھا قبله، و یجوز علیھا تزویج الاب و الجد. «۴»

در ذیل روایت دارد

«و يجوز علیها تزویج الاب و الجد»

که این اطلاق دارد. درست است که فرض صدر حدیث، حیات هر دو است ولی لازمه آن، این نیست که ذیل اطلاق نداشته باشد و چه مانعی دارد که ذیل مطلق باشد.

اما از نظر سند این روایت موثق است. پس اگر اطلاق را پذیرفتیم دلیل خوبی است.

دلیل پنجم: قیاس اولویت

عند تعارض الاب و الجد، جد مقدم است (روایات باب ۱۱)، معلوم می‌شود که ولایت جد قوی‌تر است حالا- بعد از فوت اب به طریق اولی باید ولایتش باقی باشد چون در حیات اب، جد بر اب مقدم بوده است.

۲۲ ادامه مسئله ۳ ... ۱۹ / ۷ / ۷۹

قول دوم: اشتراط ولایة الجد بحیاء الأب:

اشاره

تا زمانی که پدر زنده است جد ولایت دارد، پدر که از دنیا رفت، هر دو ولایت (اب و جد) باطل می‌شود.

دلیل: روایت

* و عن حمید بن زیاد، عن الحسن بن محمد، عن جعفر بن سماعه، عن ابان عن الفضل بن عبد الملك، عن ابي عبد الله عليه السلام قال:

انّ الجد اذا زوج ابنة ابنه و كان ابوها حیاً و كان الجد مرضیاً
(خیانت نمی‌کند و مصلحت بنت را رعایت می‌کند)

جاز «... ۵»

هنگامی که جد نوه را تزویج کند، با دو شرط این عقد جایز است. شرط اول حیات پدر، و شرط دوم وثاقت جد. در اصول خوانده‌ایم که فقدان شرط مفهوم دارد و اگر دو شرط باشد فقدان هر کدام مفهوم دارد و حجیت مفهوم شرط را همه قبول دارند (البته در مقام احتراز ما تمام مفاهیم را حجّت می‌دانیم و اینجا هم مقام احتراز است).

(۱) آیه ۲۳۷ سوره بقره.

(۲) ح ۲، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۴، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۲، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

(۵) ح ۴، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۲۸

جواب: این روایت هم سندش و هم دلالتش مورد بحث است:

از نظر سند: مرحوم محقق در متن شرایع وقتی به اینجا می‌رسد می‌فرماید: به روایتی استدلال شده است که لا یخلو من ضعف فی

السند، بعضی از بزرگان فرموده‌اند که دلیل ضعف این سند این است که جمعی از واقفیه در این سند هستند (واقفیه کسانی هستند که وقفوا علی موسی بن جعفر علیه السلام) اکثر رجال این سند واقفیه هستند اولی حمید بن زیاد است که واقفی است ولی ثقه است، دومی حسن بن محمد است، حسن بن محمد زیاد داریم ولی مراد در اینجا حسن بن محمد بن سماعه است که این هم واقفی است و لکن ثقه است، جعفر بن سماعه هم واقفی است و لکن ثقه است. ابان هم مراد ابان بن تغلب نیست بلکه به قرینه راوی قبلی ابان بن عثمان است که وثاقت او را همه قبول دارند و از اصحاب اجماع و واقفی است. پس هر چهار نفر ثقه ولی واقفی هستند، آخرین نفر فضیل بن عبد الملک است که شیعه و ثقه است، حال که همه اینها ثقه هستند، این حدیث موثق است نه صحیحه، همانطوری که خیلی از بزرگان گفته‌اند، بنابراین ضعف مذهب دارد نه ضعف سند و سند روایت سالم می‌ماند.

از نظر دلالت: بعضی می‌گویند که همیشه ذکر شرط برای مفهوم نیست و گاهی برای بیان مصداق اخفی است و ما نحن فیه از این قبیل است، یعنی امام می‌خواهد بگوید در صورتی که جد نوه‌اش را ازدواج دهد و لو پدر هم زنده است، چون جد مرضی است، جایز است. پس حدیث می‌خواهد این مصداق اخفی را بیان کند خصوصاً که در مقابل قول عامه است که می‌گویند تا پدر هست نوبت به جد نمی‌رسد. بنابراین این روایت مفهوم ندارد و دلالت حدیث ثابت نمی‌شود.

۲۳ ادامه مسئله ۳ ... ۲۳ / ۷ / ۷۹

قول سوم: ولایت الجد مشروط بممات الاب.

گوینده این سخن شافعی است:

«و لا ولایة لاحد مع اب فاذا مات (الاب) فالجد ابو الأب فاذا مات فالجد ابو الجد» «... ۱» او قائل به سلسله مراتب شده: اول پدر، پدر که از دنیا رفت، جد و اگر او هم از دنیا رفت، پدر جد، و اگر همه اینها از دنیا رفتند سراغ برادرها می‌روند و اگر برادرها از دنیا رفتند، نزدیکان دیگر ولایت دارند.

در بین علماء این قول، قائلی ندارد، بلکه روایات زیادی در باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح داریم که تصریح می‌کنند هر دو با هم ولایت دارند، به این معنی که در حیات اب، ولایت جد نفوذ دارد.

نتیجه: نمی‌توان ولایت جد را مشروط به موت اب دانست. این مسأله اجماعی و مسلم است و اگر فقهای عامه مثل شافعی یا ابن قدامه در مغنی ولایت جد را مشروط به موت اب کرده‌اند، ما نمی‌توانیم چون روایات متضافر داریم.

فرع دوم (از مسئله سوم تحریر):

اشاره

اگر از هر دو عقد صادر شد، یعنی: زوجها الاب لهذا الرجل و زوجها الجد لذلك الرجل در اینجا دو حالت متصور است:

۱- یکی از دو عقد مقدم بر دیگری باشد:

در اینجا متقدم مؤثر است و متأخر تأثیری ندارد، چون مقتضای قاعده است، زیرا قاعده می‌گوید هر دو ولایت دارند و هر کدام پیشدستی کند همان مؤثر است و دومی زمینه ندارد، و باطل است.

علاوه بر قاعده روایات هم تصریح دارد، از جمله روایت عیب بن زراره که سند آن هم معتبر بود. «۲»
 ...* عن عیب بن زرارۃ قال: قلت لأبی عبد الله علیه السلام: الجاریۃ یرید ابوها ان یرزوها من رجل و یرید جدّها ان یرزوها من رجل آخر، فقال:

الجدّ اولی بذلک ما لم یکن مضاراً ان لم یکن الاب یرزوها قبله «... ۳»
 صریحاً می گوید هر کدام مقدّم باشد مؤثر است.

روایت دیگری هم بر این مطلب دلالت دارد که دو راوی دارد و در واقع دو روایت است، این حدیث از حدیث قبلی صریح تر است:
 ...* عن هشام بن سالم
 (ثقه)

و محمد بن حکیم

(مجهول الحال)

، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: اذا زوج الاب و الجدّ کان التزوج للاول، فان کانا جمیعاً فی حالٍ واحدۃ فالجدّ اولی. «۴»
 روایات دیگری هم در همین باب ۱۱ و همچنین در مستدرک الوسائل باب ۱۰ داریم که بر همین مطلب دلالت دارد.

۲- اگر هر دو با هم (جد و اب) عقد کنند:

آیا ممکن است که هر دو با هم و همزمان عقد کنند و هیچ یک و لو یک لحظه مقدّم نباشد؟ این فرض نادر است، ولی بر فرض وقوع، از نظر اقوال ادّعی اجماع شده است که «الجدّ اولی». از کسانی که ادّعی اجماع کرده‌اند غنیه، سرائر، انتصار سید مرتضی، خلاف و مبسوط شیخ طوسی، تذکره علامه، شرح لمعه شهید ثانی که صاحب

(۱) کتاب الام، ج ۵، ص ۱۴.

(۲) رجوع شود به درس ۲۱، ص ۱۸.

(۳) ح ۲، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۳، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۲۹

جواهر این اجماعات را نقل کرده است «۱».

مسأله در بین ما اجماعی است و عامّه این را نمی گویند، دلیل، دو روایت بود با صراحت می فرمود

«فان کانوا جمیعاً فی حال واحد فالجد اولی»

، و روایت عیب بن زرارۃ هم موثّق بود و عبارتش این بود:

«الجد اولی بذلک ما لم یکن مضاراً»

منتهی مشکلی که این روایت دارد این است که می گوید

«الجاریۃ یرید ابوها ان یرزوها من رجل»

«یرید» یعنی می خواهد؛ هم پدر می خواهد و هم جد می خواهد و نمی گوید که اقدام کرده‌اند، در واقع این مسأله، مسأله‌ای است که پدر و جد با هم «تشاح» کرده‌اند (جدال و دعوا دارند) نه اینکه عقد خوانده‌اند، (عروه مسأله تقارن عقدین و تشاح اب و جد را از

هم جدا کرده است) حال وقتی عند التشاح جد مقدم باشد در هنگامی که با هم عقد خوانده‌اند به طریق اولی (قیاس اولویت) جد مقدم است.

در ذیل حدیث دارد:

«ان لم یکن الاب زوّجها قبله»

مفهوم شرط می‌گوید اگر پدر جلوتر خوانده باشد مقدم است و اگر متقارن باشد یا جد مقدم بخواند، جد مقدم است. پس از صدر حدیث با قیاس اولویت و از ذیل حدیث از مفهوم قضیه شرط، فهمیده می‌شود که جد مقدم است. عمده در اینجا روایت اول است که با صراحت می‌گفت ولی روایت دومی با مفهوم قضیه شرطیه دلالت می‌کرد.

در اینجا روایات دیگری هم داریم که عند التشاح جد مقدم است.

* عبد الله بن جعفر فی

(قرب الاسناد)

عن عبد الله بن الحسن، عن علی بن جعفر، عن اخیه موسی بن جعفر علیه السلام قال: سألته عن رجل اتاه رجلان یخطبان ابنته فهوی ان یزوّج احدهما و هوی ابوه

(اب الاب)

الآخر، ایهما احقّ ان ینکح؟ قال: الذی هوی الجدّ احقّ بالجاریه لآنها و ابها للجّد. «۲»

این مسئله تشاح است و مسئله تقارن نیست، مفهومش این است که اگر تقارن باشد بطریق اولی، جد مقدم است. اکنون جای این سؤال است که عند التشاح در صورتی که قائل شدیم جد مقدم است اگر پدر در اجراء عقد پیشدستی کرد، آیا حکم وضعی دارد به این معنی که عقد باطل است یا حکم تکلیفی دارد به این معنی که معصیت کرده است؟ ظاهر روایات حکم وضعی است چون بحث صحت و فساد عقد است.

سند روایت، «قرب الاسناد» است که بعضی از روایات آن مخدوش است ولی در ذیل این روایت دارد که رواه علی بن جعفر فی کتابه که کتاب علی بن جعفر در نزد صاحب وسائل بوده است و لذا به سندش می‌توان اعتماد کرد و دلالتش هم خوب است؛ ولی یک روایت برای تشاح داریم که ظاهرش استحباب است، و رجال سند، واقفیه هستند:

... عن الفضل بن عبد الملك، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: انّ الجد اذا زوّج ابنه ابنه و كان ابوها حیاً و كان الجد مرضیاً جاز،

قلنا: فان هوی ابو الجاریه هوی و هوی الجدّ هوی و هما سواء فی العدل و الرضی، قال: احبّ الیّ ان ترضی بقول الجد. «۳»

ظاهر تعبیر

«احبّ الیّ ان ترضی بقول الجد»

، استحباب است که در این صورت روایات دیگر را نیز حمل بر استحباب می‌کنیم.

کشف اللثام از شیخ طوسی در خلاف، از سید مرتضی در انتصار و از بعضی دیگر نقل اجماع بر تقدیم اختیار جد عند التشاح و تنازع کرده است. (مرحوم آقای حکیم این مطلب را در ذیل همین مسأله در مستمسک نقل می‌کند).

جمع بندی:

اشاره

در جائی که تقارن باشد و علم قطعی پیدا کنیم قول جد مقدم است اما در تشاح بهتر و مستحب این است که احترام جد را نگه

داریم و قول او را مقدم بداریم.

۲۴ ادامه مسئله ۳ ... ۲۴ / ۷ / ۷۹

جواهر، مسالک، مستمسک و شروح عروه به دنبال مسئله تشاح مسئله دیگری را مطرح کرده‌اند که اگر اب در تشاح مخالفت کرده و در خواندن عقد پیشدستی کرد (فرضاً ما قول به وجوب تقدیم جد را در مسئله تشاح اختیار کرده باشیم) آیا عقد پدر صحیح است و فقط مرتکب گناه شده یا عقد باطل است؟

در این مسأله دو قول است، مرحوم شهید در مسالک می‌گوید:

عقد صحیح است؛ ولی مرحوم صاحب جواهر احتمال می‌دهد که عقد باطل باشد.

حل مسأله:

سرچشمه این مسأله این است که آیا حکم تقدیم الجد، عند التشاح و التنازع، حکم تکلیفی است که مخالفتش گناه و عقاب داشته باشد، یا حکم وضعی است که موجب بطلان عقد شود؟

صاحب جواهر از لحن روایت استفاده حکم وضعی کرده و احتمال بطلان داده است و صاحب مسالک احتمال حکم تکلیفی داده و گفته عقد صحیح است.

(۱) جلد ۲۹، ص ۲۱۰.

(۲) ح ۸، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۴، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۳۰

در این گونه مقامات امر و نهی در روایات ظهور در حکم وضعی دارد و حمل کردن بر حکم تکلیفی، خلاف ظاهر است، مثلاً در روایت:

«... * ایهما احق ان ینکح قال الذی هوی الجد احق بالجاریه « ... ۱ »

این تعبیر ظاهرش حکم وضعی است، چون تشبیه به ملک کرده بخصوص که می‌گوید:

«لانها و ابها للجد ...»

و «مالکیت» حکم وضعی است.

فرع سوم (از مسئله سوم تحریر):

اشاره

اگر از هر دو عقد صادر شود و مجهولی تاریخ یا معلوم احدهما باشد. مجهولی تاریخ یعنی پدر و جد، هر یک عقدی خوانده‌اند و نمی‌دانیم کدام مقدم است، احتمال تقدّم هر یک وجود دارد و احتمال دارد که متقارن باشند، پس در واقع سه احتمال پیدا می‌شود، همچنین ممکن است معلوم احدهما باشد که این نیز دو احتمال پیدا می‌کند. یا تاریخ عقد اب معلوم است، ولی عقد جد معلوم نیست قبل بوده یا بعد یا مقارن و یا برعکس. در اینجا پای قواعد اصولی به میان می‌آید، چون مسئله غیر منصوص است.

صورت اول مجهولی التاريخ:

در اینجا دو مبنا است:

مبنای اول: می‌گویند علم اجمالی داشته باشیم و مجهولی التاريخ هم باشد اصول از دو طرف جاری می‌شود و تعارضاً تساقطاً (اصالة تأخر حادث یا اصل عدم تقدم حادث) یعنی اصل این است که عقد اب حادث نشد تا زمان عقد جد و عکسش هم هست، یعنی اصل این است که عقد جد واقع نشد تا زمانی که عقد اب جاری شد، تعارضاً تساقطاً. این یک مبنا است که اصول در اطراف علم اجمالی جاری می‌شود و با تعارض تساقط می‌کند.

مبنای دوم: مبنای دیگر در اطراف علم اجمالی این است که اصلاً اصول در اطراف علم اجمالی جاری نمی‌شود به خاطر تعارض صدر و ذیل اخبار استصحاب، چون صدرش می‌گوید «لا تنقض الیقین بالشک»،

پس هم عقد اب و هم عقد جد دارای استصحاب است و ذیل اخبار استصحاب می‌گوید «انقضه بیقین آخر»،

باید یکی را کنار بگذارد، پس عقد یکی واقع شده و نمی‌دانیم در کدامیک استصحاب جاری نمی‌شود. بنابراین صدر روایت می‌گوید در هر دو تا استصحاب جاری کنید چون شک است ولی ذیل می‌گوید که جاری نکنید. هر کدام از این دو مبنا که باشد در نتیجه فرق نمی‌کند پس علم اصول در اینجا کارساز نیست اما بالتعارض و التساقط و اما بعدم جریان الاستصحاب من اول الامر.

تکلیف دختر چه می‌شود؟ کدام شوهر (انتخاب جد، انتخاب اب) شوهر این دختر است؟ برخی می‌گویند که قرعه می‌زنیم (صاحب جواهر و مستمسک) «القرعة لكل امر مشکل او مشته».

جواب: طبق مبنای ما در بحث قرعه، مراد از «کل امر مشکل» جایی است که راه حلی نباشد و هر جا که راه حل باشد جای قرعه نیست، ولی در ما نحن فیه یک راه حلی دارد و آن هم این است که هر دو احتیاطاً طلاق دهند، اگر هیچ یک طلاق ندادند حاکم شرع طلاق می‌دهد، بنابراین «مشته و مشکل» که در بحث قرعه هست، این مورد را شامل نمی‌شود. و مادامی که طلاق نداده‌اند هیچ یک از این دو نفر نمی‌توانند مناسبات زن و شوهری با این زن داشته باشند ولی در عین حال زن شوهردار است و نمی‌تواند با دیگری ازدواج کند تا تکلیفش روشن شود.

نفقه بعهدۀ کیست؟

۱- احتمال دارد که بگوئیم نفقه ندارد چون نفقه فرع بر تمکین است.

۲- احتمال دارد که بگوئیم هر یک نصف نفقه را بدهند، چون زن حاضر بر تمکین است و شارع به واسطه علم اجمالی اجازه نمی‌دهد مثل اینکه زن در ایام عادت تمکین نمی‌کند، ولی نفقه دارد چون عدم تمکینش به حکم شارع است. مهریه هم به همین صورت است و چون معلوم نیست هر کدام نصفش را می‌دهند.

نتیجه: اگر ما قائل به علم اجمالی شدیم باید آثار علم اجمالی را جاری کنیم، جایی باید اجتناب کرد و جایی باید پول داده شود تا مسأله روشن شود، چون ماندن دختر در این حال موجب عسر و حرج است. تا اینجا مشخص کردیم که علم اجمالی چه خواص و آثاری دارد.

۲۵ ادامه مسئله ۳ ... ۲۵ / ۷ / ۷۹

ان قلت: اینها چگونه می‌توانند طلاق بدهند در حالی که هر کدام شک در زوجیت دارند و طلاق فرع بر زوجیت است، اگر هم به

صورت قضیه شرطیه بگویند: «ان کانت هذه زوجتی فهی طالق» در این صورت از قبیل تعلیق در انشاء است که باطل است. قلنا: اولاً تعلیق بر وجود موضوع است (زوجیت) و این تعلیق

(۱) ح ۸، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۳۱

اشکالی ندارد، چرا که هر حکمی ذاتاً معلق بر وجود موضوع است.

حتی لازم نیست به صورت قضیه شرطیه و «ان کانت» بگوید، بلکه اگر بگوید «هذه المرأة» و به قصد رجاء او را طلاق دهد، کافی است، شبیه قصد رجاء در عبادات، چون عبادات قصد می‌خواهد و در جائی که نمی‌داند عبادت است یا نه، نمی‌تواند قصد کند و لذا رجاء بجا می‌آورد به این معنی که اگر خدا امری دارد من آن را بجا می‌آورم، پس همان گونه که در عبادات تعلیق به قصد رجاء عیبی ندارد در عقود هم رجاء اشکالی ندارد. البته در درون رجاء هم، تعلیقی وجود دارد و آن تعلیق نیز بر وجود موضوع است و تعلیق بر وجود موضوع اشکالی ندارد بعنوان مثال در مال مشکوک می‌گویند که اگر این، مال من است آن را به شما بخشیدم. ثانیاً: طلاق منجز بدون تعلیق هم ممکن است، تا اشکال تعلیق در انشاء پیش نیاید. به این صورت که هر یک از زوجین به شخص سومی وکالت می‌دهد، و وکیل چنین می‌گوید: از طرف موکلم که زوج واقعی تو است، تو را طلاق می‌دهم «ان فاطمة زوجة موکلی طالق».

صاحب جواهر در اینجا دو احتمال می‌دهد «۱»:

۱- قرعه: یعنی یکی از دو زوج را با قرعه معین کنیم.

جواب: حدیث قرعه می‌گوید:

«القرعة لكل امر مشکل او مشته»

، آیا مشکل و مشته یعنی هر مجهول و مشکوکی؟ یعنی مثلاً آیا در انائین مشتهین یا در قبله با قرعه می‌توان مشکل را حل کرد به این معنی که در هر جا مشته شد، قرعه بزیم و احتیاط لازم نباشد؟ این حرف درست نیست، و معلوم می‌شود که مشکل و مشته این نیست، بلکه معنای دیگری دارد و مشکل در جائی است که کارد به استخوان برسد نه اماره‌ای و نه اصل لفظی و نه ...

قرعه قبل از اینکه در شریعت ما باشد، در بین عقلائی دنیا بوده است و آنها هم قرعه را در جائی استفاده می‌کنند که هیچ راه حل دیگری نداشته باشد، مثلاً فرزندی که معلوم نیست برای زید است یا عمرو، و اماره، شاهد و اصلی هم نداریم، در اینجا به ناچار قرعه می‌زنیم، چون نمی‌توان بچه را بلا-تکلیف گذاشت، و یا در غنم موطوئه که در بین گله گم شده است در اینجا تمام گله را که نمی‌توان دور ریخت چون احتیاط در اینجا موجب عسر و حرج است و مال عظیمی تلف می‌شود، بنابراین سراغ قرعه می‌رویم (آقای حکیم هم در مستمسک بحث قرعه را مطرح کرده است).

ان قلت: در صورت طلاق دادن هر دو، حکم مهریه و نفقه چیست؟

قلت: قاعده‌ای داریم به نام عدل و انصاف، مثلاً در دعوا تیری رها شده و شخصی مرده است، و معلوم نیست قاتل کدامیک از این چند نفر است، آیا اینجا قاتل را با قرعه تعیین کنیم در حالی که ممکن است واقعاً قاتل نباشد یا اینکه اصل برائت را در مورد هر یک جاری کنیم که در این صورت هم خون پایمال می‌شود، در اینجا قاعده عقلائی عدل و انصاف می‌گوید دیه را تقسیم کنند، در ما نحن فیه هم مهریه را هم تقسیم می‌کنند تا به یک نفر تحمیل نشود.

۲- تقدیم جد: به دو دلیل:

الف) استصحاب:

اصل این است که عقدی واقع نشده تا زمان عقد اب و همانطور از طرف جد (اصل این است که تا زمان عقد جد عقدی واقع نشده) یعنی به وسیله اصل «عدم تقدم حادث»، اثبات مقارنه می‌کنیم و وقتی اثبات مقارنه کردیم، جد را مقدم می‌کنیم.

جواب: این بیان صاحب جواهر اشکال واضحی دارد و آن «اصل مثبت» است (در زمان صاحب جواهر اصل مثبت خیلی مطرح نبود)، به این بیان که شما می‌گوئید اصل این است که عقد پدر بر جد تقدم نداشت و از آن طرف هم اصل این است که عقد جد بر عقد پدر تقدم نداشت که لازمه عقلی آن تقارن است و لوازم عقلیه اصل مثبت است و اصول، لوازم عقلی را ثابت نمی‌کنند.

ب) اطلاق روایت عبید بن زراره:

«...» * الجد اولی بذلک ما لم یکن مضاراً ان لم یکن الاب زوّجها قبله «... ۲»

جد اولی است اگر اب

«زوّجها قبله»

نباشد و در اینجا نمی‌دانیم اب «زوّجها قبله ام لا» چون نمی‌دانیم به اطلاق این روایت عمل می‌کنیم که می‌گوید: همه جا جد اولی است.

جواب: این کلام صاحب جواهر هم اشکال روشنی دارد و آن این است که احکام تابع عناوین واقعیه هستند و کاری به علم و جهل ندارند. مثلاً «الدم نجس» عام است، عند الشک نمی‌توان به عام تمسک کرد. اگر واقعاً دم باشد مشمول روایت است و نجس و اگر واقعاً دم نباشد مشمول روایت نیست و پاک، چون موضوع «الدم المعلوم» نبوده، بلکه «الدم الواقعی» بوده است، پس باید در این موارد سراغ اصول عقلیه رفت. ما نحن فیه هم همینطور است می‌گوید اگر پدر قبل از جد عقد نکرده باشد جد مقدم است شما می‌گوئید ما نمی‌دانیم آیا عقد اب مقدم بوده است یا نه؟ پس تمسک

(۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۱۱.

(۲) ح ۲، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۳۲

به عموم عام می‌کنیم که می‌گوید جد مقدم است. در جواب می‌گوئیم که در مورد روایت، علم اخذ نشده است و وقتی حکم روی عناوین واقعیه رفت سراغ علم و جهل نمی‌رویم.

ان قلت: اصل، عدم تزویج اب است قبل از جد.

قلنا: این اصل تعارض دارد با اصل عدم تزویج جد قبل از اب و تعارضاً، تساقطاً، پس در شبهات مصداقیه نمی‌توان به عموم عام تمسک کرد.

نتیجه: در اطراف علم اجمالی باید احتیاط کرد و جای تمسک به عموم عام نیست.

صورت دوم معلوم احدیها:

در اصول خوانده‌ایم که استصحاب فقط در مجهول التاریخ جاری می‌شود، به این بیان که عقد جد شنبه بوده و در این شکی نداریم چیزی که از نظر زمان معلوم است استصحاب ندارد، پس تنها مجهول التاریخ استصحاب دارد، یعنی بگوئیم عقد اب انجام نشده تا یک شنبه.

در مورد معلوم التاريخ بودن عقد جد و مجهول التاريخ بودن عقد اب بحثی نکرده‌اند و همه گفته‌اند که یصح عقد الجد (معلوم التاريخ) و يبطل عقد الاب (مجهول التاريخ) به دليل استصحاب عدم و اما اگر اب معلوم التاريخ و عقد جد مجهول التاريخ باشد، در اینجا اقوال مختلف است، در حالی که علی القاعده این هم مثل مسئله قبل است، و باید در ناحیه عقد جد استصحاب عدم کنیم تا یکشنبه، یعنی عقد جد، نه مقدم بوده است و نه مقارن، پس بین اب و جد فرقی نیست و قاعده معلوم التاريخ و مجهول التاريخ در مورد هر دو یکسان است.

مرحوم صاحب عروه می گوید استصحاب برای جایی است که عموم عام نباشد (شبهه کلام قبل که از جواهر در مجهولی التاريخ نقل شد)، عام در اینجا حدیث عبید بن زراره است:

«... الجد اولی بذلک ما لم یکن مضاراً ان لم یکن الاب زوجها قبله «... ۱»

این عام می گوید تا یقین نداشته باشی که عقد اب جلوتر است باید بگویی که عقد جد درست است، ما نحن فیه نیز همین گونه است یعنی مصداق جهل به زمان عقد اب است و لذا چون نمی دانیم که عقد اب مقدم بوده یا مقارن، باید بگوئیم عقد جد مقدم است.

جواب: احکام روی عناوین واقعیّه می رود منهای علم و جهل ما، شارع می گوید هشت فرسخ که شد نماز شکسته است، حال این حکم با علم و جهل ما عوض نمی شود؛ ولی گاهی شارع مقدّس علم را در موضوع اخذ می کند مثلاً «من علم بنجاسة ثوبه ...»

اگر علم و جهل در موضوع اخذ شده باشد، دخیل در حکم است، و اگر می گوید لا صلاة الا بطهور

در اینجا علم و جهل اخذ نشده است. در ما نحن فیه (روایت عبید بن زراره) هم حکم روی عنوان واقعی رفته است و علم و جهل ندارد (یعنی روایت نگفته است ان لم یعلم) ...

پس چون حکم روی عنوان واقعی رفته است در مصادیق مشکوک نمی توان به عموم آن تمسک کرد.

به عبارت دیگر در جواب صاحب عروه و صاحب جواهر می گوئیم، روایت مشتمل بر حکم تعبیدی نیست، بلکه مضمون روایت همان چیزی است که از قاعده عقلیه استفاده می شود. یعنی زمانی که عقد جد مقدم باشد بالنسبه به عقد اب، موضوع منتفی است و همچنین زمانی که عقد اب مقدم باشد بالنسبه به عقد جد، موضوع منتفی است، پس ناچاریم طبق قاعده عمل کنیم که همان جاری کردن استصحاب در مجهول التاريخ است نه در معلوم التاريخ.

نتیجه: اگر پدر معلوم التاريخ شد حق با اوست و عقدش صحیح است و اگر جد تاریخ عقدش معلوم باشد حق با اوست و عقد او هم صحیح است و فرقی بین اب و جد نیست.

[مسألة ۴ (شرايط صحّة تزويج الاب و الجد)]

اشاره

۲۶ مسئله ۴ (شرايط صحّة تزويج الاب و الجد ...) ۷۹ / ۷ / ۲۶

مسألة ۴: يشترط في صحّة تزويج الاب و الجد و نفوذه (تزويع)

عدم المفسدة و الا يكون العقد فضولياً كالاجنبى يتوقف صحته على اجازة الصغير بعد البلوغ بل الاحوط (احتياط وجوبی) مراعاة المصلحة.

عنوان مسأله:

شرط در صحّت و نفوذ تزویج اب و جد، عدم مفسده است و اگر مفسده داشت، عقد فضولی است و صبر می‌کنیم تا دختر بالغ شود و از او نظرخواهی شود، مثل این که عقد را اجنبی خوانده باشد که اجنبی همیشه فضولی است، و عقد پدر و جد اگر مفسده داشته باشد فضولی است. بلکه نبودن مفسده کافی نیست و احتیاط واجب این است که مراعات مصلحت کنند.

صور مسأله:**اشاره**

مسأله دو صورت دارد: ۱- مع المفسده. ۲- مع عدم المفسده.
(الف: مع المصلحه. ب: لا مع المصلحه و لا مع المفسده).

(۱) ح ۲، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۳۳

۱- مع المفسده:

عقدی که مع المفسده باشد، بالاجماع باطل است. از کسانی که ادعای اجماع کرده‌اند مرحوم نراقی در مستند است. می‌فرماید:
...الظاهر وجوب مراعاة الولی عدم المفسده فی النکاح لظاهر الاجماع... و هل يجب مراعاة المصلحه فی النکاح؟ الظاهر: لا للأصل، و العمومات «۱»
پس کسی قائل به صورت مع المفسده نشده.

۲- مع عدم المفسده:

آیا عدم المفسده کافی است یا مصلحت هم لازم دارد؟ مرحوم صاحب مسالك فرموده است که اتفاق داریم بر اعتبار عدم المفسده؛ ولی از مرحوم علامه در تذکره و مرحوم محقق ثانی اعتبار مصلحت دیده می‌شود، حواشی عروه هم به عدم المفسده کفایت کرده‌اند.
پس عدّه قلیلی قائل به اعتبار مصلحت هستند.

دلایل اعتبار عدم المفسده:**۱- اصل:**

اصل در همه عقود فساد است (اصالة الفساد) یعنی ما نمی‌دانیم که با وجود مفسده عقد ثابت می‌شود یا نه، اصل فساد عقد است، پس در صورت مفسده عقدی واقع نشده است و آثار زوجیت جاری نمی‌شود؛ البتّه اصالة الفساد اصل عملی است و اصل عملی در جائی است که دلیل دیگر نداشته باشیم.

۲- اجماع:

اجماع داریم که عقد مع المفسده باطل است، آیا اجماع در اینجا با اینکه ادله دیگری داریم می‌تواند حجت باشد؟ خیر، چون دلایل دیگری داریم پس اجماع مدرکی است؛ ولی بعنوان مؤید خوب است.

۳- عموماً لا ضرر:

این عقد برای دختر ضرر و مفسده دارد پس لا ضرر حکم به فساد می‌کند (دلیل خوبی است).
ان قلت: بین عموماً و لاییت اب و جد و بین عموم لا- ضرر تعارض است، عموماً می‌گفت «الاب و الجد حکمهما نافذ» که عام است و مقید به قید مصلحت و عدم المفسده نیست، به این معنی که حتی مع المفسده هم صحیح است، حال نسبت بین این دو دسته عموماً چیست (عموم لا ضرر و عموماً و لاییت اب و جد)؟
قلنا: نسبت، عموم و خصوص من وجه است چون لا- ضرر هم باب نکاح را می‌گیرد و هم موارد دیگر را، و لاییت هم صورت مصلحت را می‌گیرد و هم صورت مفسده را؛ ولی عموماً لا ضرر دلیل حاکم است و در باب حکومت نسبت سنجیده نمی‌شود. چون لا ضرر ناظر و مفسر بقیه احکام است و سنجیدن نسبت، مربوط به تعارض است نه تفسیر. به تعبیر دیگر لا ضرر عنوان ثانوی است و عنوان ثانوی با عنوان اولی تعارض نمی‌کند و حاکم است.

۴- انصراف:

این که به اب و جد و لاییت داده‌اند برای این نیست که به او ضرر بزنند، بنابراین عموماً و لاییت اب و جد بدون لا- ضرر هم منصرف است به صورتی که مفسده‌ای نباشد.
آیا مصلحت نیز معتبر است؟ عده‌ای گفته‌اند که مصلحت معتبر نیست ولی ضرر هم نرساند. باید دید نگاه ما به عنوان «ولایت» چگونه است؟ در این مسأله دو دیدگاه وجود دارد:
۱- اگر نگاه ما به عنوان ولایت «مالکیت» است (انت و مالک لا ینک)؛

اب هر کاری خواست می‌کند، چون مالش می‌باشد و اختیارش را دارد، در این صورت مفسده‌اش هم اشکال ندارد، حتی لا ضرر هم نمی‌تواند جلوی او را بگیرد (ولایت امتیاز به پدر است).

۲- اگر نگاه ما به عنوان ولایت این است که دلسوزترین فرد برای دختر، اب و جد است، برای اینکه منافع او را تأمین می‌کنند، مانند وکیل، در این صورت شارع مقدس نمی‌خواهد امتیازی به پدر بدهد بلکه امتیازی است برای دختر، که در این صورت مصلحت مولی علیه را باید در نظر گرفت و عدم المفسده کافی نیست.

۲۷ ادامه مسئله ۴ ... ۲۷ / ۷ / ۷۹

دلیل اعتبار مصلحت: آیه: «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ». «۲» *

اشاره

آیه، مصلحت را در تصرفات در اموال یتیمی شرط می‌کند. در اموال، مشهور است که رعایت مصلحت شرط است و ادعای اجماع

هم کرده‌اند که البتّه اجماعی نیست چون مخالف دارد، ولی مشهور است.

سه اشکال در مورد آیه مطرح است که باید به آن توجه شود:

اشکال اول: ما در مورد اب و جد صحبت می‌کنیم و حال آن که یتیم کسی است که پدر از دست داده است

و آیه در مورد بیگانگان

(۱) مستند نراقی، ج ۱۶، ص ۱۶۷.

(۲) آیه ۱۵۲ سوره انعام و آیه ۳۴ سوره اسراء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۳۴

است که باید مصلحت یتیم را رعایت کنند.

قلنا: مرحوم شیخ انصاری در مکاسب محرّمه در جواب می‌گوید: آیه شامل جد که می‌شود، یعنی ممکن است پدر مرده؛ ولی جد زنده باشد، چنین بجهای هم یتیم است، پس اگر جد را شامل شد که تصرّفات جد باید از روی مصلحت باشد، در این صورت اب را هم شامل می‌شود چون کسی میان اب و جد فرق نگذاشته است. پس آیه شامل اب و جد می‌شود.

اشکال دوم: آیه می‌گوید: «بِأَلْتِي هِيَ أَحْسَنُ» * یعنی احسن (اصلاح) را شرط می‌کند و نمی‌گوید احسن،

به این معنی که اگر صالحی باشد و اصلاحی باید سراغ اصلاح رفت و حال آنکه احدی نگفته است که اصلاح واجب است بلکه اصلاح مستحب است پس آیه، حمل بر استحباب می‌شود و از کار می‌افتد.

قلنا: آیات قبل صراحتاً در مورد محرمات است:

قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْ أَلَّا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا ... ۱»

آیه از محرمات شروع می‌کند، ابتدا شرک را می‌گوید و بعد قتل نفس و فواحش را ذکر می‌کند که همه از محرمات هستند و لحن آیه لحن مستحب نیست پس معنی ندارد در بین آنها مستحب را ذکر کند، بنابراین نمی‌توانیم احسن را حمل بر مستحب کنیم و از طرفی هم رابطه صالح و اصلاح دو گونه است: گاهی صالح و اصلاح فاصله زیادی دارند، که اگر اصلاح را رها کنند و سراغ صالح بروند عرف می‌گوید خیانت است، بعنوان مثال مال یتیم را یکی به قیمت خیلی گرانتر می‌خرد، اگر به دیگری که ارزانتر می‌خرد، بفروشیم خیانت است، و لو در هر دو سود در نظر گرفته شود و گاهی صالح و اصلاح فاصله زیادی ندارند، در اینجا اگر کمی ارزانتر بفروشیم خیانت نیست، چون عرف این مقدار تفاوت کم را خیانت نمی‌داند. آیه که می‌گوید احسن، اصلاح‌های قسم اول را می‌گوید که خیانت است.

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ ه

ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۲، ص: ۳۴

اشکال سوّم: سلّمنا که آیه مصلحت را در اموال شرط کند، در نکاح به چه دلیل شرط است؟

(آقای خوئی همین بحث را مطرح می‌کند) و با وجود روایات عدیده‌ای که در باب ولایت اب و جد داشتیم چه نیازی به این آیه است؟

قلنا: شرط مصلحت در صحت نکاح اب و جد به طریق اولویّت است به این بیان که وقتی می‌خواهد خرید و فروش مالی بشود باید احسن بودن رعایت شود؛ آیا در امر مهمّ ازدواج که مدت طولانی می‌خواهد با کسی زندگی کند، می‌شود احسن شرط نباشد؟ پس به طریق اولویّت شرط است.

نتیجه: آیه در ما نحن فیه قابل استناد است و اشکالات سه‌گانه وارد نیست.

۲۸ ادامه مسئله ۴ ... ۳۰ / ۷ / ۷۹

ان قلت: احادیث می‌گویند

«انت و مالک لاییک»

حتّی در مسائل نکاح به این روایت تمسک شده است، این نشان می‌دهد که این ولایت امتیازی است برای پدر، نه فرزند، بنابراین باید بگوئیم حتی با مفسده هم جایز است ولی چون در روایات دیگر جلوی مفسده گرفته شده است مفسده را استثنا می‌کنیم و لذا مصلحت لازم نیست.

قلنا: به یقین این یک مسئله اخلاقی و استحبابی است نه یک مسئله وجوبی و الزامی، حتّی اگر انسان کبیر شود تا پدر بالای سر اوست باید احترام پدر را نگه دارد و اگر روایت

«انت و مالک لاییک»

را الزامی بگیریم لوازمی دارد که هیچ کس به آن ملتزم نشده است:

۱- ولی، بر کبیر و کبیره ولایت داشته باشد، ولایت بر دختر را عده‌ای گفته‌اند ولی ولایت بر پسر را، احدی نگفته است.

۲- لازم‌اش این است که مع المفسده هم عقد جایز باشد که احدی این را نگفته است و اجماع بر خلافش است.

۳- پدر بتواند اموال پسر خود را به میل خود بفروشد که احدی این را نگفته است بلکه گفته‌اند همانگونه که نفقه پسر بر پدر لازم است نفقه پدر هم بر پسر لازم است اگر معسر باشد پس اگر بنا باشد که هرچه دارد برای پدر باشد، نفقه معنا ندارد و

«انت و مالک لاییک»

یک حکم تکلیفی الزامی نیست، بلکه یک حکم اخلاقی و استحبابی و غیر الزامی است بلاشک.

اضف الی ذلک: (به آیه و بنای عقلا و معنای ولایت) احادیثی هم داریم که از آنها برای اثبات مصلحت می‌توان استفاده کرد سه روایت که دو روایت از آن «دلالتش» خوب، و یکی قابل خدشه است.

...* عن فضل بن عبد الملک، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: لا تستأمر الجاریه الّتی بین ابویها اذا اراد ابوها ان یزوّجها، هو انظر

لها «... ۲»

(در سند این روایت جمعی از واقفیه هستند ولی ثقات هستند) مفهومش این است که پدر بهتر رعایت مصالح را می‌کند و این جمله به منزله تعلیل است که اگر واقعاً علت باشد الحکم یدور مدارها. تنها

(۱) آیه ۱۵۱ سوره انعام.

(۲) ح ۶، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۳۵

اشکالی که می‌شود این است که حکمت است نه علت (علت دائمی است و حکمت غالبی است) ولی این ادعای حکمت تمام نیست و ممکن است کسی بگوید این علت است، زیرا روایت می‌گوید چون رعایت مصلحت می‌کند نظر او بر نظر دختر مقدم است، حال اگر حکمت را هم بگیریم لا اقل مؤید است.

... عن الفضل بن عبد الملك، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: إنَّ الجد اذا زوّج ابنة ابنه و كان ابوها حیّاً و كان الجد مرضیّاً جاز (۱...)

به شرط اینکه جد مرضی باشد عقدش صحیح است آیا از لفظ مرضی عدم المفسده استفاده می‌شود یا رعایت مصلحت؟ صحت عقد جد به این جهت است که مصلحت را رعایت می‌کند و خیانت نمی‌کند، پس این علت و حکمت نیست که آن بحثها بیاید، بلکه قضیه شرطیه است و مفهوم دارد که اگر رعایت مصلحت نشود چنین پدر و جدی عقدشان مورد قبول نیست و نکاحشان باطل است.

... عبيد بن زرارۀ قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الجاريةُ يريدُ ابوها ان يزوّجها ... فقال: الجدّ اولى بذلك ما لم يكن مضارّاً (۲...)

روایت می‌فرماید

«الجدّ اولى بذلك ما لم يكن مضارّاً»

و ظاهرش عدم المفسده است؛ ولی ممکن است که بگوئیم این دختر که خواستگاری برای او پیدا شده، خواستگاری بهتر از این هم برای او پیدا می‌شد چرا شما به عدم المفسده اکتفا کردید؟ در حالی که رعایت مصلحت هم ممکن بود، این ضرر است و مصداق مضار، زیرا

«ترك المصلحة في موارد امکان المصلحة مصداق للمضرة»

، پس در بدو نظر این دو روایت دلیل بر قول مشهور است؛ ولی عند التأمل دلیل بر قول ما (رعایت مصلحت) هم می‌تواند باشد. پس این ادله (آیات، روایات، مفهوم ولایت در بنای عقلا) من حیث المجموع می‌رساند که مصلحت باید رعایت شود خصوصاً که اصل هم فساد است (یعنی اصل عدم ولایة احد علی احد است) و قدر متیقن آن رعایت مصلحت است که زائد بر آن دلیل می‌خواهد، و جائی که مصلحت رعایت شود از این اصل خارج است.

بقی هنا امران:

الامر الأوّل: در زمان ما مصلحتی در عقد صغیر و صغیره نیست و حکم ولایت عوض نشده؛

ولی موضوع ولایت بر صغیر و صغیره مع المصلحة و عدم المفسده عوض شده است و کمتر اتفاق می‌افتد که برای صغیر و صغیره ازدواجی واقع شود و بعد از کبیر شدن مخالفتی نکنند و دعوا نشود، اگر هم مخالفت نشود، لا اقل خوف مخالفت هست و این خوف مخالفت مفسده است، پس باید بگذاریم تا کبیر شوند حتی در اوائل بلوغ هم شاید مصلحت نباشد باید عقلشان کاملتر شود، تا اختلافی پیش نیاید، پس ما که در صغیر و صغیره طرفدار مصلحت هستیم، در زمان خودمان اجازه نمی‌دهیم، حتی مشهور هم که قائل به عدم مفسده هستند، باید در زمان ما عقد صغیر و صغیره را اجازه ندهند، چون مفسده دارد. باید توجه کرد که در اینجا حکم عوض نشده است بلکه موضوع عوض شده و با تغییر موضوع، حکم آن نیز عوض می‌شود.

الامر الثانی: اگر اب و جد رعایت مصلحت نکردند یا رعایت عدم المفسده نکردند (طبق قول مشهور) آیا این عقد باطل است یا فضولی است؟

فرموده‌اند فضولی است چون زمینه‌های عقد وجود دارد و اگر کبیر شد و خودش همین را پسندید اشکالی ندارد و لو مصلحت نداشته باشد.

عقد فضولی هم معنایش این است که زمینه‌ها حاصل است و شرایط غیر حاصل، در ما نحن فیه هم زمینه‌ها هست و شرطش این است که بزرگ شود و اجازه دهد. دلیل عدم بطلان چنین عقدی (پدر و جد بدون رعایت مصلحت یا عدم مفسده عقدی خوانده‌اند) همان ادله عقد فضولی است که در جای خودش عقد فضولی را عقدی می‌دانند که مشروط بر اجازه است.

مسئله ۵: إذا وقع العقد من الأب أو الجد عن الصغير أو الصغيره مع مراعاة ما يجب مراعاته

اشاره

۲۹ مسئله ۵ (عقد الولی من العقود اللّازم ...) ۱ / ۸ / ۷۹

مسئله ۵: إذا وقع العقد من الاب أو الجد عن الصغير أو الصغيره مع مراعاة ما يجب مراعاته لا خيار لهما بعد بلوغهما بل هو لازم عليهما.

عنوان مسئله:

اگر عقدی از سوی ولی صغیر یا صغیره واقع شد و تمام شرایط در آن عقد جمع بود (اگر مصلحت را شرط می‌دانیم مصلحت و اگر عدم المفسده را شرط می‌دانیم عدم المفسده رعایت شده باشد) و زوج و زوجه هم شدند، آیا بعد از بلوغ خیار فسخی برای آنها ثابت است؟

به تعبیر دیگر، عقد ولی لازم است که قابل فسخ نباشد یا شبیه عقود جایز است که قابل فسخ باشد. (بیع بالصیغه و معاطاه هر دو بیع هستند، نقل و انتقال در هر دو حاصل شده است ولی اولی لازم و غیر قابل فسخ است و دیگری جایز و قابل فسخ).

(۱) ح ۴، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

(۲) ح ۲، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۳۶

اقوال مسئله:

نسبت به صغیره اجماع است که بعد البلوغ عقد قابل فسخ نیست و نسبت به صغیر اختلاف است؛ مشهور گفته‌اند عقد قابل فسخ نیست؛ ولی تعدادی از بزرگان گفته‌اند که صغیر می‌تواند فسخ کند (البته لازم نیست طلاق دهد بلکه فسخ می‌کند و فرق فسخ و طلاق را بعداً بیان می‌کنیم).

مرحوم صاحب ریاض می‌فرماید:

... و لا خيار للصبييه مع البلوغ لو زوجها الولي قبله اجماعاً، (شاهد در این اجماعاً است) حکاه جماعة ... و في الصبي قولان اظهرهما و اشهرهما انه كذلك (لا خيار له ...) خلافاً للشيخ و جماعة، فاثبتوا له الخيار بعد الادراك (ای البلوغ). «۱»

مرحوم شیخ طوسی می‌فرماید:

و متى عقد الرجل لابنه على جارية، و هو غير بالغ؛ كان له الخيار اذا بلغ. «۲»

مرحوم نراقی در مستند می‌فرماید:

و کذا الصبی عند الاکثر «۳» نسبت به صبیّه خلافی نیست (نسبت به صغیره ادعای اجماع به عدم خیار کرده است) و نسبت به صغیر هم قائل به عدم خیار شده است.

ادله:

۱- اصل:

اصل، در مسأله عدم الخیار است (اصالة اللزوم)، شیخ انصاری در دو جا اصالة اللزوم را مطرح می‌کند، یکی اوائل بیع و دیگری در باب خیارات، به این معنی که اصل در عقود لزوم است چون «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» می‌گوید تا آخر عقد لازم الوفاء است، شما که می‌خواهید آن را به هم بزنید دلیل می‌خواهد، مادام که دلیلی بر خیار نباشد هیچ عقدی قابل فسخ نیست، البته در اینجا عموماتی غیر از «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» هم داریم.

۲- روایات:

اشاره

روایات متعددی بر عدم الخیار بعد البلوغ وارد شده است (فعلاً در مورد صغیره صحبت می‌کنیم).

...* عن محمد بن اسماعیل بن بزیع قال: سألت أبا الحسن

(امام رضا علیه السلام)

عن الصبیة یزوجها ابوها ثم یموت و هی صغیره فتکبر قبل أن یدخل بها زوجها، یجوز علیها التزویج

(تزویج پدر برای او لازم است)

أو الامر الیها؟

(حق فسخ داشته باشد)

قال: یجوز علیها تزویج أبیها «۴».

یعنی اختیاری ندارد. یجوز یعنی واجب است چون در مقابل آن «الامر الیها» است (سند و دلالت حدیث، هر دو خوب است).

...* عن علی بن یقظین قال: سألت أبا الحسن علیه السلام: أ تزوج الجاریة و هی بنت ثلاث سنین أو یزوج الغلام و هو ابن ثلاث

سنین و ما ادنی حدّ ذلك الذی یزوجان فیه، فاذا بلغت الجاریة فلم ترض فما حالها؟ قال: لا بأس بذلك اذا رضی ابوها او ولیها. «۵»

...* عن عبد الله بن الصلت قال: سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الجاریة الصغیره یزوجها ابوها لها امرٌ اذا بلغت؟

(اختیاری دارد)

قال: لا، لیس لها مع أبیها امرٌ

(هیچ حقی ندارد، روایت صریح است «...» ۶)

عبد الله بن الصلت از اصحاب حضرت رضا علیه السلام و امام جواد علیه السلام بوده و ثقة است.

روایات معارض:

در مقابل، روایات معارضی نیز وجود دارد:

... عن محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الصبي يزوج الصبيته، قال: ان كان ابوا هما اللذان زوجاهما فنعم جازي، و لكن لهما الخيار اذا ادركا (بالغ شدن)

فان رضيا بعد ذلك «... ۷»

این روایت با کمال وضوح، اثبات خیار می‌کند.

... عن برید او یزید کناسی قال: قلت لأبی جعفر علیه السلام: متى يجوز للاب أن يزوج ابنته و لا يستأمرها؟ قال: اذا جازت تسع سنين فان زوجها قبل بلوغ التسع سنين كان الخيار لها «... ۸»

«برید کناسی» مجهول الحال است، در بعضی نسخ به جای برید، «یزید» دارد که او هم مجهول است و این روایت مشتمل بر بعضی مسائل مخالف اجماع هم هست.

جمع بین روایات:

۱- جمع شیخ طوسی:

روایاتی که می‌گویند خیار ندارند حفظ کنیم و روایات مقابل (محمد بن مسلم) را در ناحیه زوج حمل بر «طلاق» کنیم و در ناحیه زوجة حمل بر «مطالبة طلاق» کنیم.

جواب: این جمع درست نیست چون خیلی روشن است که هر مردی می‌تواند طلاق دهد و هر زنی می‌تواند مطالبة طلاق کند و نیاز

(۱) ریاض، ج ۱۰، ص ۹۱.

(۲) نهاییه، ص ۴۶۷.

(۳) مستند نراقی، ج ۱۶، ص ۱۳۲.

(۴) ح ۱، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۵) ح ۷، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۶) ح ۳، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۷) ح ۸، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۸) ح ۹، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۳۷

نبود روایت، آن را بیان کند.

۲- جمع مرحوم آقای خوئی:

«۱» طایفه اولی عام است یعنی هم جائی را شامل است که احدهما صغیر است و هم جائی که کلاهما صغیر هستند و طایفه دوم خاص است، فقط جائی را شامل است که کلاهما صغیر هستند، پس روایات اول را که عام است به خاص تخصیص می‌زنیم.

روایات دوم می گوید دختر و پسر، هر دو صغیر باشند لهما الخيار و اگر یکی صغیر و دیگری کبیر باشد خيار ندارند.

جواب: کلام آقای خوئی دارای دو اشکال است:

اولاً: شاید این فرد (احدهما صغیر) نادر باشد چون غالباً هر دو صغیره هستند و یک صغیر و یک کبیر کمتر است شما تخصیص اکثر می زنید و فرد غالب را خارج می کنید در حالی که در اصول خوانده ایم که تخصیص اکثر باطل است.

ثانیاً: عرف فرقی بین این دو مورد (که هر دو صغیر یا یکی صغیر و دیگری کبیر) نمی گذارد و عرف، الغاء خصوصیت قطعیه می کند از آنجائی که هر دو صغیر هستند به آنجائی که یکی صغیر باشد.

نتیجه: می گوئیم این دو دسته روایات تعارضاً و لذا سراغ مرجحات می رویم و مرجحات موافق با قول اول است و اجماع بر آن قائم است یکی از مرجحات شهرت است و در اینجا اجماع هست که از شهرت بالاتر است.

۳۰ ادامه مسئله ۵ ... ۷ / ۸ / ۷۹

ادله عدم الخيار:

۱- اصل:

اصل عدم خيار است و منظور از این اصل مراجعه به عموماً «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» است، یعنی به عقدی که خوانده اید وفا کنید و به آن ملتزم باشید که معنای آن عدم الفسخ است.

ان قلت: در تفسیر أَوْفُوا بِالْعُقُودِ گفته اند «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» به منزله «أوفوا بعقودکم» است و در اینجا صبی عقدی نبسته؛ ولی عقد را بسته است و او باید وفا کند، و صبی بعد از بلوغ می تواند بگوید «انّ هذا لیس بعقدی» و من مسئول عقد دیگران نیستم.

قلنا: ولی از طرف خودش عقد نمی کند و عقد الولی به منزله عقد المولی علیه است کما انّ عقد الوکیل بمنزله عقد الموکل، حتی ولایت از جهات مختلف از وکالت بالاتر است.

پس مشکلی از ناحیه اصل نیست و باید توجه داشت که اصل در اینجا به معنی استصحاب نیست که بعد از فسخ، بقاء عقد را استصحاب کنیم، چون استصحاب در شبهات حکمیّه جاری نمی شود و اینجا شبهه حکمیّه است.

۲- روایات:

اشاره

دو طایفه روایت داریم:

طایفه اول: عقد ولی بر صغیر صحیح است ولی طلاق صحیح نیست، صبی نیز مانند صبیّه حق فسخ ندارد.

□

...* عن الحلبي قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الغلام له عشر سنين فيزوجه ابوه في صغره، أ يجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين؟ قال:

فقال: أمّا تزويجه فهو صحیح، و أمّا طلاقه فينبغي ان تحبس عليه امرأته حتى يدرك فيعلم أنّه كان قد طلق، ... قلت فان ماتت أو مات؟

قال: یوقف المیراث حتّی یدرک ایّهما بقی «... ۲»

از این روایت استفاده می‌کنند که صبی خیار ندارد.

جواب: سند روایت صحیح است؛ ولی آیا این روایات واقعاً دلالت دارد و نفی خیار می‌کند به این معنا که آیا صحیح بودن عقد لازم بودن را هم می‌رساند و یا ممکن است عقد صحیح جایز هم باشد؟ روایت می‌گوید ارث می‌برد، یعنی عقد صحیح است نه اینکه عقد لازم باشد، و عقد صحیح تاره لازم است و تاره جایز و قابل فسخ است و هر دو صحیح است و در هر دو ارث می‌برند. تنها کسی که به این نکته توجه داشته است آقای حکیم در مستمسک است که می‌گوید صحت عقد دلیل بر عدم خیار نیست. پس این روایت از حیث سند خوب است ولی دلالتش درست نیست.

... عن محمّد بن مسلم، عن ابی جعفر علیه السلام فی الصبی یتزوّج الصّبیة یتوارثان؟

(آیا ارث می‌برند)

فقال: اذا کان ابواهما اللّذان زوّجاها فنعیم، قلت فهل یجوز طلاق الاب؟ قال: لا. «۳»

جواب: این روایت هم مثل روایت قبلی است و ارث بردن دلیل بر صحت عقد است نه دلیل بر لزوم و عدم الخیار، در یک سلسله از عیوب حق فسخ است (در زنان در ۷ عیب و در مردان در ۵ عیب)، عقد صحیح است ولی خیار فسخ دارند، در واقع خیار عیب است و اگر عقد بسته شد و قبل از آنی که زوج و زوجه اعمال فسخ کنند یکی از آنان بمیرد، طرف دیگر ارث می‌برد، پس توارث هست و در عین حال خیار فسخ هم وجود دارد.

... عن عبید بن زرارۀ، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: سألته عن الصّبی یتزوّج الصّبیة هل یتوارثان؟ قال: ان کان ابواهما هما

اللّذان

(۱) مستند عروء، ج ۲ نکاح، ص ۲۷۸.

(۲) وسایل، ج ۱۷، ح ۴، باب ۱۱ از ابواب میراث الازواج (کتاب الارث).

(۳) ح ۱، باب ۱۲ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۳۸

زوّجاها فنعیم، قلنا: یجوز طلاق الاب؟ قال: لا. «۱»

نتیجه: هیچ روایتی برای اثبات عدم الخیار پیدا نکردیم، عمده همین سه روایت است که دوتای آنها در باب توارث مطرح شده است و دلالتی بر ما نحن فیه ندارد.

بعضی ما نحن فیه را به فضولی تشبیه کرده‌اند که این هم درست نیست چون در ما نحن فیه عقد صحیح است و بحث در لزوم و عدم لزوم است و باید به معاطات تشبیه شود.

تنها یک روایت داریم که در مستدرک از دعائم الاسلام نقل کرده است که دلالتش قوی است ولی سند آن مرسله است:

* و عن علی علیه السلام، إنّه قال تزویج الآباء جائز علی البنین و البنات اذا کانوا صغاراً، و لیس لهم خیار اذا کبروا «۲»

ممکن است کسی بگوید که ضعف سند با انضمام به قول مشهور جبران می‌شود؛ ولی آیا کتاب دعائم الاسلام که گمنام است در دسترس مشهور بوده است که به آن استناد و عمل کنند؟ شاید به جهت اصل (عدم الخیار) این حرف را مشهور زده‌اند پس نمی‌توان عمل مشهور را جابر دانست، چون روایت باید در کتب مشهور که در مرأی و منظر است، باشد تا بتواند جابر ضعف سند گردد، پس عدم الخیار دلیل معتبری ندارد جز اصل.

طایفه دوم: نقطه مقابل روایات قبل است و می‌گوید صبی خیار دارد

پس طایفه دوم اجازه فسخ را به پسر می‌دهد: □

...* عن الفضل بن عبد الملك، عن ابی عبد الله علیه السلام فی حدیث قال:

إذا زوّج الرجل ابنه فذاك الی ابنه

(پسر خیار دارد)

و إذا زوّج الابنة جاز

(لازم است). «۳»

آیا این روایت ناظر به کبیر است یا صغیر؟ اگر ناظر به کبیر باشد، ربطی به بحث ما ندارد چرا که معنایش این است که ولی ولایت بر پسر بالغ ندارد اما بر دختر بالغ ولایت دارد، پس اینکه امام می‌گوید «ذاک الی ابنه»

و نمی‌گوید «ذاک الی ابنه بعد البلوغ» دلیل این است که الان بالغ است، و ربطی به بحث ما ندارد.

...* عن محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر علیه السلام: عن الصبی یزوّج الصبیة، قال: ان كان ابواهما اللذان زوّجاهما فنعم جائز، و لكن لهما الخیار اذا ادرکا فان رضیا بعد ذلك فانّ المهر علی الاب «... ۴»

...* عن برید أو یزید الكناسی قال: قلت لأبی جعفر علیه السلام: متى يجوز للاب أن یزوّج ابنته و لا یستأمرها؟ قال: اذا جازت تسع سنین فان زوّجها قبل بلوغ التسع سنین كان الخیار لها اذا بلغت تسع سنین ...، فقال: یا ابا خالد انّ الغلام اذا زوّجه ابوه و لم یدرک كان بالخیار اذا ادرک و بلغ خمس عشرة سنة «... ۵»

مضمون این دو روایت می‌گوید: هنگامی که دختر و پسر صغیرند عقدشان خوانده شد، وقتی کبیر شدند هر دو اختیار دارند در حالی که نسبت به دختر اجماع بود که حق فسخ ندارد، و روایاتی هم داشتیم که در مورد دختر فسخ نیست، آیا می‌توانیم به این دو روایت استناد کنیم و بگوئیم چون در دختر اجماع و روایت بر خلاف این دو روایت بود، نسبت به دختر این روایات قابل قبول نیست و حق فسخ ندارد؛ ولی در مورد پسر به آن استناد کنیم چون دلیل روایی نداریم و فقط اصل داریم و اصل در مقابل روایت نمی‌تواند بایستد.

کراراً گفته شده است که تفکیک به این شکل صحیح نیست، چون عمده دلیل حجّیت قول ثقه، بناء عقلا- است و عقلا- چنین تفکیکی را نمی‌پذیرند بنابراین حدیث اول بر کبیر حمل شد و این دو حدیث هم مشکل تفکیک دارد پس این روایات هم از کار افتاد و فقط اصل باقی ماند که طبق اصل گفتیم پسر هم حق فسخ ندارد.

۳۱ ادامه مسئله ۵ ... ۷۹ / ۸ / ۸

نکته: آیا نکاح جایز داریم؟ یعنی نکاحی که در طبیعتش خیار باشد.

مسئله‌ای که ما را به قول مشهور امیدوارتر و دلگرم‌تر می‌کند این است که ما نکاح جائز نداریم و هر کجا نکاحی است لازم است ولی بیع جایز داریم یعنی به حسب ذاته ممکن است بیع جایز باشد یا لازم باشد، ولی در نکاح عقد جایز نداریم و فقط سه نوع خیار در نکاح داریم. خیار عیب که مثل خیار عیب در باب بیع است منتهی در نکاح عیوب معین است و منصوص، دیگری خیار تدلیس است، به این معنی که هر یک از زوجین را به گونه‌ای جلوه دهند که در واقع این گونه نیستند در اینجا هر یک خیار تدلیس دارند و خیار سوم خیار تخلف شرط است نه خیار شرط، (خیار شرط یعنی این که زن یا شوهر برای خود شرط خیار کنند که تا هر زمان که خواستند بتوانند عقد را فسخ کنند که این اجماعاً باطل است) یعنی اگر شرط کنند شرایطی را و آن شرایط تخلف شود خیار

تخلف شرط هست. در این سه مورد می‌توان از خيارات استفاده نمود ولی طبیعت نکاح

(۱) ج ۱۷، ح ۳، باب ۱۱ از ابواب ارث، باب میراث الازواج.

(۲) مستدرک الوسائل، ج ۱۴ و ح ۲، باب ۵ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۴، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۸، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۵) ح ۹، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۳۹

لزوم است و خيارات استثنا است و ظاهراً همین امر باعث شده است که علما در این مسأله قائل به خیار برای صبی نشده‌اند، حتی در عرف عقلا هم نکاح لازم است.

ولی مرحوم آقای خوئی مطابق آنچه که در مستند «۱» آمده دو روایت دیگر برای قول مشهور پیدا کرده‌اند، و ما هم یک روایت دیگر (مجموعاً سه روایت) اضافه می‌کنیم. روایت اول برای عیید بن زراره و روایت دوم برای فضل بن عبد الملک است تصور ما این است که این دو نفر روایتی طولانی از امام علیه السلام نقل کرده‌اند که این روایت در مورد مهریه، نکاح، و ارث بوده است و بعداً روایت در ابواب مختلف تقطیع شده است.

... عن عیید بن زراره، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوّج ابنة و هو صغير؟ قال: ان كان لابنه مال فعليه المهر، و ان لم يكن للابن مال فالاب ضامن المهر، ضمن او لم يضمن. «۲»

... عن الفضل بن عبد الملك قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوّج ابنة و هو صغير. قال: لا بأس، قلت: يجوز طلاق الاب؟

قال: لا، قلت: على من الصداق؟ قال: على الاب ان كان ضمنه لهم و ان لم يكن ضمنه، فهو على الغلام الا ان لا يكون للغلام مال فهو ضامن له و ان لم يكن ضمن «...، ۳»

مضمون روایت این است که مهریه از مال صبی است در صورتی که مالی داشته باشد و اگر صبی مالی نداشته باشد از مال ولی پرداخت می‌شود، آقای خوئی می‌گوید این روایت دلالت دارد که صبی حق فسخ ندارد.

جواب: از کجای روایت استفاده می‌شود که صبی حق فسخ ندارد؟ روایت می‌گوید مهر مال صبی است سواء كان النكاح لازماً او جائزاً. آیا اثبات مهر دلیل بر لزوم است؟ نه، دلالت بر لزوم ندارد کما اینکه ثبوت ارث دلالت بر لزوم ندارد، و نکاح اگر جایز هم باشد، باید ارث و مهر را بدهد.

آقای خوئی متوجه اشکال بوده است و در جواب کسانی که اشکال می‌کنند: إثبات مهر دلیل بر لزوم نیست، همانطوری که اثبات ارث دلیل بر لزوم نیست، می‌فرماید: اطلاق این روایات می‌گوید که فسخ بکنی یا نکنی باید مهر را بدهی، پس فسخ مؤثر نیست و به این وسیله از اطلاق وجوب مهر استفاده می‌شود که فسخ بی‌اثر است.

لكن الانصاف: استدلال به روایت از دو جهت اشکال دارد:

۱- این روایت در مقام بیان نیست و اطلاق‌گیری در جایی درست است که اطلاق در مقام بیان باشد و در اینجا روایت می‌خواهد بیان کند که چه کسی مسئول مهریه، است خودش یا پدرش، (بمن يتعلق المهر).

۲- این استدلال شما شبیه همان استدلال به اصل است، چون اصل را هم به مقتضای اطلاق ثابت کردیم و ما در اینجا نص می‌خواهیم و این استدلال شما شبیه تمسک به «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» است و مطلب اضافه‌ای ندارد، بخلاف روایاتی که می‌گفت

«اذا بلغ له الخيار»

که اینها روایات خاصه بود.

و اما روایت سوم، روایت «علی بن یقظین» است. سند حدیث ظاهراً اشکالی ندارد و علی بن یقظین از اصحاب موسی بن جعفر علیه السلام است:

...* عن علی بن یقظین قال سألت أبا الحسن عليه السلام: أتزوج الجارية و هي بنت ثلاث سنين أو يزوج الغلام و هو ابن ثلاث سنين و ما أدنى حد ذلك الذي يزوجان فيه، فإذا بلغت الجارية فلم ترض، فما حالها؟ قال: لا بأس بذلك إذا رضی ابوها أو وليها. «۴»
وقتی پدر دختر راضی بوده عدم رضایت دختر ثمری ندارد یعنی نمی تواند فسخ بکند. این روایت در مورد دختر است و بحث ما در مورد پسر؛ ولی بگوئیم سکوت راوی از سؤال در مورد پسر دلیل بر این است که پسر حق فسخ دارد.

جواب: این سکوت، مشکل ما را حل نمی کند، شاید راوی محلّ ابتلاش پسر نبوده و لذا سؤال نکرده است، زیرا راوی گاهی از چیزی سؤال نمی کند بخاطر این که «لیس له محل من الابتلاء» نه این که مسلم بوده، پس این روایت هم قول مشهور را ثابت نمی کند همانطوری که آن دو روایت قول مشهور را ثابت نکرد. پس ما هستیم و اصل، و اصل این بود که حق فسخ ندارد.

مسئله ۶: لو زوج الولی الصغیره بدون مهر المثل

اشاره

۳۲ مسئله ۶ (تزویج الولی الصغیره بما دون مهر المثل ... ۷۹ / ۸ / ۹)

مسئله ۶: لو زوج الولی الصغیره بدون مهر المثل (کمتر از مهر المثل)

أو زوج الصغیر بأزید منه (مهریه سنگین)

فإن كانت هناك مصلحة تقتضى ذلك صح العقد و المهر و لزم، و إن كانت المصلحة فى نفس التزویج دون المهر فالاقوى صحه العقد و لزومه و بطلان المهر بمعنى عدم نفوذه، و توقفه على الاجازة بعد البلوغ، فإن أجاز استقر، و إلا رجع إلى مهر المثل.

(۱) مستند عروه، ج ۲، ابواب نکاح.

(۲) وسایل، ج ۱۵، ح ۱، باب ۲۸ از ابواب المهور.

(۳) وسایل، ج ۱۵، ح ۲، باب ۲۸ از ابواب المهور.

(۴) ح ۷ باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۴۰

عنوان مسأله:

اگر ولی با رعایت مصلحت صبی و صبیّه را عقد کرد و مصلحت اقتضا می کرد که صبیّه را به مادون مهر المثل عقد کند و یا برای صبی با مهر سنگین زن بگیرد، چون مصلحت بوده، عقد صحیح است و بعداً مورد اشکال واقع نمی شود و در این صورت هم عقد صحیح است و هم مهر.

و امّا اگر عقدی برای صبیّه بکند که ذات عقد خوب است، امّا مهرش کم است و مصلحت ندارد و یا در صبی همسری برایش اختیار کرده بسیار مناسب، ولی مهریه آن سنگین است و به مصلحت پسر نیست، پس مصلحت در اصل عقد هست ولی در مهر

نیست در اینجا چه کنیم؟ آیا حکم به صحت عقد و مهر کنیم یا فساد هر دو و یا صحت عقد و فساد مهر؟

اقوال:

در اینجا سه قول است:

۱- فساد عقد و مهر: (قول مرحوم صاحب جواهر، صاحب وسایل، صاحب عروه و محشین عروه)

۲- صحت عقد و فساد مهر: (قول مرحوم امام در متن تحریر، شرایع و بعضی از محشین عروه).

۳- صحت عقد و مهر: (قول مرحوم شیخ طوسی در خلاف)، عبارت خلاف این است:

«اذا زوّج الأب أو الجدّ مَنْ له اجبارها على النكاح (کسی که اب و جد ولایت بر او دارند)، من البکر الصغیره أو الکبیره بمهر دون مهر المثل، ثبت المسمی (هم عقد صحیح است و هم مهر)، و لا یجب مهر المثل (قول سوم)، و به قال ابو حنیفه (صحت کلیهما) و قال الشافعی: یبطل المسمی، و یجب مهر المثل (قول دوم). سپس مرحوم شیخ طوسی دلیل می آورد: دلیلنا: انّ المسمی لا خلاف أنّه واجب علیه. و مَنْ اوجب مهر المثل فعليه الدلالة «۱» (استدلال به قدر متیقن) دلیل می گوید مهر المسمی دون مهر المثل است، اشتغال ذمه به مهر المسمی ثابت است و قدر متیقن در صبیّه مهر المسمی است و زائد بر آن را شک داریم اصل (برائت) را جاری می کنیم. مرحوم شیخ فقط صبیّه را مورد بحث قرار داده است و به حکم صبیّ متعرض نشده است.

محل بحث:

آیا روی مبنای کسانی بحث می کنیم که مصلحت را شرط می دانند یا لاقول عدم المفسده را یا روی مبنای کسانی که هیچ کدام را شرط نمی دانند؟ اگر هیچ کدام را شرط ندانیم و بگوئیم «انت و مالک لاییک»

دعوائی در این مسأله نیست پس کلام شیخ طوسی خارج از محل بحث است چون ایشان مصلحت را شرط نمی داند و مفسده را مضر نمی داند، لذا از بحث ما خارج است.

شیخ انصاری نیز مانند شیخ طوسی به همین قول قائل است و می گوید «انت و مالک لاییک»

، ولایت پدر مثل ولایت موالی و عبد است.

پس بحث ما در محور دو قول اول و دوم دور می زند یا هر دو صحیح و یا هر دو فاسد و ما بر اساس شرطیت مصلحت بحث می کنیم و قول سوم روی مبنای کسانی است که مصلحت و عدم المفسده را شرط نمی دانند.

در این مسأله نصّی نداریم که اگر پدر به مادون و مافوق مهر المثل برای صبیّه و صبی عقدی بخواند چه می شود، پس باید سراغ قواعد برویم و ابتدا باید بینیم ریشه مسأله کجاست؟ آیا مهر و عقد دو چیز است به عباره آخری آیا از باب تعدد مطلوب است یا وحدت مطلوب؟ (عقد یک مطلوب و مهر هم مطلوب دیگر) یا به تعبیر سوم آیا در حکم دو انشاء است یا این که انشاء واحدی است؟ اگر بگوئیم که به هم گره خورده اند و یک مطلوب و یک انشاء است در این صورت هر دو باطل می شوند، چون دومی که قطعاً باطل است اولی هم باطل می شود، اما اگر گفتیم دو مطلوب است و در واقع دو انشاء است، در این صورت یکی صحیح است و بر اساس مصلحت، و دیگری باطل است و بر خلاف مصلحت.

ما معتقدیم: حق با کسانی است که می گویند هر دو (عقد و مهر) یک چیز است و در احادیث ما به بیع تشبیه شده است، مثلاً روایت می گوید وقتی برای خواستگاری می روی حق داری نگاه کنی، چون شبیه بیع است و معاوضه و یا عقد بلامهر (اگر بگوید زوّجتک

نفسی بلامهر) باطل است، مثل بیع بلا ثمن است.

ان قلت: ما در کلمات فقها داریم که اگر کسی عقد را بدون ذکر مهر بخواند، عقد صحیح است و باید مهر المثل را بدهد و هکذا اگر کسی عقدی بخواند با مهریه حرام، می گویند عقد صحیح و مهر باطل است و باید مهر المثل را بدهد، آیا این فتاوی دلیل بر تعدد مطلوب نیست.

قلنا: نه تنها این دلیل به نفع شما نیست بلکه به ضرر شماست چون معنایش این است که مهر علی کل حال جزء عقد است، منتهی کسی که مهر را ذکر نمی کند لا بد به مهر المثل قانع است و در واقع ذکر

(۱) الخلاف، ج ۴، کتاب الصّداق، مسئله ۳۷، ص ۲۰۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۴۱

مهر شده است منتهی از این باب که معلوم بوده، لازم به ذکر نیست، مثل کارگری که استخدام می شود، اگر مزدش طی نشده باشد باید اجرة المثل عرف عادی به او داده شود و اجاره، حتماً با اجرة المثل است و بدون اجرة المثل اجاره امکان ندارد و باطل است پس این قول و لو ظاهرش فریبنده است ولی باطنش، برعکس دلالت می کند.

و دلیل بر شرطیت مهر است.

۳۳ ادامه مسئله ۶ ... ۱۱ / ۸ / ۷۹

دلینا: هم عقد باطل است و هم مهر، به دو دلیل:

دلیل اول: وحدت مطلوب

آیا عقد و مهر از قبیل تعدّد مطلوب است یا وحدت مطلوب؟

مسئله تعدّد مطلوب و وحدت مطلوب در عبادات و معاملات هست (یعنی هر جائی که قید و مقیدی است) ظاهرش این است که یک چیز است، اما اگر قرائن حاصل شد که هر کدام منفصل است، اگر دستمان به یکی نرسید، دیگری را عمل می کنیم و در این صورت می گوئیم عقد مصلحت داشت و صحیح است و مهر فاقد مصلحت بود و باطل است، شبیه این بحث را در عبادات و معاملات داریم. در بیع مایملک و ما لا یملک قائل به تعدّد مطلوب شده اند و گفته اند بیع در مایملک صحیح و در ما لا یملک باطل است و برای جلوگیری از ضرر مشتری، خیار تبعض صنفه را قرار داده اند. در قربانی هم همین بحث است که آیا ریختن خون یک مطلوب است و مصرف گوشت مطلوب دیگر و یا این که هر دو با هم یک مطلوب است، ما می گوئیم ظاهر ادله وحدت مطلوب است یعنی ریختن خون همراه با مصرف.

در ما نحن فیه نیز وحدت مطلوب است و لذا تفکیک قائل نمی شویم چون اگر تعدّد مطلوب باشد دلیل می خواهد. تعبیر تازه ای هم در اینجا هست: شما عقدی می خوانید، یک جزء ش مصلحت دارد و یک جزء ش مفسده، آیا مفسده به مصلحت سرایت می کند یا نه؟ می گوئیم مفسده مهر سرایت به عقد می کند.

دلیل دوم: قاعده لا ضرر

این دختر که به مادون مهر المثل عقد شده است اگر اَوْفُوا بِالْعُقُودِ شامل این عقد شود ضرر و زیان است بر دختر، در موارد دیگر خیار فسخ داریم و ضرر جبران می شود؛ ولی در نکاح قائل به خیار نیستیم و نمی تواند فسخ کند و اگر مهر المثل را اختیار کنیم،

ضرر بر پسر است چون پسر عقد را بر پنج سگه بسته است حالا شما می گوئید پنج سگه باطل است چون ضرر بر دختر است پس مهر المثل را که مثلاً یکصد و پنجاه سگه است بدهد که این ضرر بر پسر است و یا به عکس مثلاً دختر با مهر بالائی ازدواج کرده، بعد گفتند که این مافوق مهر المثل است اگر بگوئیم با ده سگه که مهر المثل است، عقد شود در این صورت ضرر بر دختر است در حالی که فسخ هم نمی تواند بکنند چون خیار فسخ در عقد بر خلاف اجماع است، پس مجبور است که تن به عقد ناخواسته دهد و این کار ظلم و ضرر است و شرع آن را نمی پذیرد. پس ما قائل می شویم که هر دو باطل است تا دچار این مشکل نشویم.

[مسئله ۷ نکاح السفیه المبذّر]

اشاره

۳۴ مسئله ۷ (نکاح السفیه المبذّر ...) ۱۴ / ۸ / ۷۹

مسئله ۷: السفیه المبذّر المتصل سفیه بزمان صغره او حُجر علیه للتبذیر، لا یصحّ نکاحه الاّ یاذن أبیه أو جدّه أو الحاکم مع فقدهما، و تعیین المهر و المرأة إلى الولی، لو تزوّج بدون الاذن وقف علی الاجازة، فان رأى المصلحة و أجاز جاز و لا یحتاج إلى إعادة الصیغه.

عنوان مسئله:

از جمله مسائل عقد نکاح، عقد سفیه است، تا بحال صحبت درباره عقد صغیر بود و الآن صحبت در مورد سفیه کبیر است. سفیه و سفاهت انواعی دارد؛ گاهی در امور مالی سفاهت دارد و گاه در انتخاب همسر هم (منهای مهر و مسائل مالی) سفیه است. از کلام امام و صاحب شرایع و صاحب جواهر استفاده می شود که سفیه مورد بحث آنها سفیه مالی است (عنوان بحث امام السفیه المبذّر است یعنی سفیهی که در امور مالی ریخت و پاش می کند) امام سفیه در امور مالی را دو قسم می کند:

۱- سفیهی که سفاهتش متصل است به زمان صغر (المتصل سفاهته بالصغر)، ولی او پدر و جد است.

۲- صغیر بزرگ شده و عاقل و هوشیار بوده ولی بر اثر بیماری یا کبر سن، عقل سالمی ندارد و حالت سفاهت به او دست می دهد، در این قسم، ولّیش پدر و جد است، یا حاکم شرع، محلّ بحث است.

آیا سفیه اگر بدون اذن ولی نکاح کرد، عقد او باطل است یا فضولی؟ امام می فرماید چرا باطل باشد، عاقل و بالغ است و عقد را درست خوانده، پس عقد فضولی است و منوط به اجازه ولی، اگر اجازه داد اعاده صیغه نکاح لازم نیست.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۴۲

فروع مسئله:

اشاره

در واقع این مسئله دو فرع دارد:

فرع اول: سفیه مبذّر بدون اذن ولی نمی تواند عقد بخواند.

فرع دوم: اگر بدون اذن ولی عقد خواند، فضولی است.

توضیح فرع اول: [سفیه مبذّر بدون اذن ولی نمی تواند عقد بخواند.]

اشاره

بسیاری از بزرگان به همین فرع فتوا داده‌اند. مرحوم محقق در شرایع، علمامه در قواعد، محقق ثانی در جامع المقاصد، علامه در تذکره، که عبارت علامه چنین است:

«و لیس للسفیه ان یتقل بالتزویج لان النکاح یشتمل علی مؤن (جمع مؤنّه) مالیه (نکاح مشتمل بر مؤونه‌های مالی است مثل مهر و نفقه) و لو استقل به لم یؤمن ان یفنی ماله فی المهر و النفقه فلا بد له من مراجعۀ الولی». (۱)
محقق ثانی در جامع المقاصد «۲»، شهید ثانی در مسالک «۳» و صاحب جواهر «۴» هم شبیه به همین بحث را دارند.

ادلّه:**اشاره**

-۱-

قاعده:**اشاره**

صغری: «النکاح من الامور المالیة» چون مهر در او هست و نفقه زن‌ها با هم فرق می‌کند، کبری: «کَلِمَا کان من الامور المالیة فان السفیه محجورٌ فیها» فرض ما هم این است که سفیه مبذّر است و اگر اموالش به دستش باشد به باد فنا می‌دهد و نکاح هم از امور مالی است.
نتیجه: «السفیه محجورٌ من النکاح» پس نکاح به دست خودش نیست و ولی می‌خواهد، منتهی در اینجا دو شرط دارد:

شرط اول: ولی باید زوجه و مقدار مهر را تعیین کند.

مرحوم آقای حکیم در مستمسک «۵» در ذیل همین مسأله می‌فرماید، سفیه مبذّر تعیین زوجه را می‌تواند بکند و مهر را نمی‌تواند تعیین کند پس ولی فقط در مهر دخالت کند و تعیین زوجه به دست ولی نیست. مثل این که سفیه در انتخاب لباس مشکل ندارد ولی در قیمت مشکل دارد.

جواب: در برابر فرمایش آقای حکیم می‌گوئیم:

اولاً: گاهی می‌شود که انتخاب همسر به مسئله مالی ارتباط پیدا می‌کند؛ مثلاً دو زن که هر دو کفو هستند یکی دختر امین التّجّار است با نفقه و مهر سنگین؛ ولی دیگری دختر کاسب محل است، با نفقه و مهر سبکتر، در اینجا انتخاب همسر با مسائل مالی ارتباط پیدا می‌کند، پس مراد این موارد است، یعنی زوجه‌ای که تعیین او دخالت در مهریه داشته باشد، باید به دست ولی او باشد.
ثانیاً: ممکن است کسی سفیه در مال و انتخاب همسر هر دو باشد یعنی کفو را هم نمی‌تواند تعیین کند این چنین افراد اجازه ولی را در هر دو می‌خواهند.

عبارات علما فقط امور مالی را عنوان کرده است، در این صورت ما به همان جواب اول اکتفا می‌کنیم که مراد علما مواردی است که تعیین کفو دخالت در امور مالی داشته باشد.

نتیجه: باید مطابق قواعد پذیریم که در سفیه مبذّر، تعیین مهر به عهده ولی است و اگر انتخاب کفو به امور مالی مربوط باشد انتخاب کفو نیز به عهده ولی است.

شرط دوم: انحصار جواز ازدواج سفیه به ضرورت

اگر ضرورت نباشد، نباید ازدواج کند، صاحب جواهر می‌فرماید: خلافتی در این مسأله نیست که باید رعایت ضرورت کرد، «اذا كان فيه اتلافٌ لِماله» «۶» و شرطش این است که ازدواجش به حسب ضرورت باشد و اگر ضرورت ایجاب نکرد ازدواج نکند. جواب: اگر چه صاحب جواهر ادعای اجماع کرده ولی ما می‌گوئیم با سفیه هم باید مثل دیگران رفتار کرد، زیرا ازدواج برای خیلی از افراد ضروری نیست و در میان عقلاء ازدواج به عنوان یک امر مشروع است نه به عنوان یک ضرورت، پس در سفیه هم باید همین گونه باشد نه اینکه منحصر شود به ضرورت، مثلاً در سفیه آیا فقط به اندازه زنده بودن به او غذا می‌دهند و به همان کفایت می‌کنند؟ نه، بلکه به او غذاهای مختلف می‌دهند و این تلف مال نیست تا زمانی که اسراف نباشد، پس سفیه را نباید در تنگنا قرار داد تا وقتی که کارد به استخوان رسید، ازدواج کند این شرط درست نیست، و این که می‌گویند مالش تلف می‌شود کجا تلف می‌شود؟ در حالی که خرج ازدواج، خانه، ماشین و خوراک او می‌شود.

توضیح فرع دوم: (اگر بدون اذن ولی ازدواج کرد فضولی است)

اشاره

مطابق قواعد ازدواجش صحیح است چون سفیه غیر از مجنون و صغیر است، و مجنون و صغیر مسلوب العبارة هستند یعنی عقدی را که می‌خوانند، باطل است اما سفیه، بالغ و عاقل است و همه چیز را می‌فهمد و فقط در امور کلان مالی مشکل دارد و عقد را درست

(۱) تذکره، چاپ قدیم، ج ۲، ص ۶۱۰.

(۲) جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۹۹.

(۳) مسالک، ج ۷، ص ۱۵۰.

(۴) جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۹۱.

(۵) مستمسک، ج ۱۴، ص ۴۵۹.

(۶) جواهر، ج ۲۹، ص ۱۹۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۴۳

خوانده است پس سفیه، مسلوب العبارة نیست و لذا عقدش صحیح است.

نکته مهم:

بعضی خواسته‌اند بگویند اجازه ولی شرط نیست، عقد صحیح ولی مهر باطل است، یعنی عقد خوانده است مثلاً با شش برابر مهر المثل در اینجا بگوئیم عقد صحیح است و مهر باطل و سراغ مهر المثل برویم. اما در جواب همان حرف قبل می‌آید و باید بگوئیم

عقد هم باطل است چون:

اولاً: لا ضرر را با چه چیزی برطرف کنیم چون دختر به امید چنین مهری زن او شده است چون اگر مهر المثل را می‌خواست با بهتر از او ازدواج می‌کرد، در اینجا ضرر هست، خیار فسخ هم نیست در حالی که ازدواج اجباری را به گردن او گذاشته‌ایم، پس لا ضرر حاکم است و عقد باطل.

ثانیاً: مسئله وحدت مطلوب و تعدد مطلوب هم در اینجا می‌آید یعنی از جهتی شبیه معاوضه است (روایات متعدد داشتیم) اگر بگوئیم عقد درست است و مهر باطل و مهر المثل را باید بدهد درست نیست، چون عقد و مهر از قبیل وحدت مطلوب است، پس عقد نیز باطل است.

۳۵ ادامه مسئله ۷ ... ۱۵ / ۸ / ۷۹

-۲

روایات:

متأسفانه بعضی از بزرگان در نصوص بحث نکرده‌اند و بعضی گفته‌اند که نصی نداریم در حالی که در این مسأله نصوص خاصه‌ای وارد شده است که دلالت بر همان چیزی دارد که قاعده دلالت داشت (نصوص بر خلاف قاعده نیست)، عجب این است که مرحوم صاحب حدائق صریحاً می‌گوید:

لم اقف لهم فی هذا المقام علی نصّ يعتمد الیه. «۱» با این که ایشان در اخبار احاطه وسیع و گسترده‌ای داشته و این نصوص هم در ابوابی است که مرتباً روی آن بحث می‌شده، چگونه این نصوص از نظر ایشان مخفی مانده است؟

... عن الفضیل بن یسار و محمد بن مسلم و زرارة و برید بن معاویة عن ابی جعفر علیه السلام قال: المرأة التي قد ملکت نفسها غیر السفیة و لا المولی علیها (مجنون و صغیر نیست)

تزویرها بغیر ولی جایز. «۲»

«غیر السفیة» وصف است ولی مفهوم دارد چون در مقام احتراز است و هر قیدی (مکان، زمان، لقب و صف، غایه) ... در مقام احتراز مفهوم دارد و معنی اینست که سفیه نکاحش جایز نیست.

ان قلت: حدیث در مورد حکم «سفیهة» است نه سفیه، و حال آن که بحث ما در مورد سفیه است.

قلنا: در حدیث می‌گوید زنی که از نظر مالی محجور نیست می‌تواند ازدواج بکند پس زنی که نمی‌خواهد مهریه بدهد و محجور مالی است، و نکاحش باید به اذن ولی باشد و به طریق اولی سفیه که می‌خواهد مهر دهد اذن ولی می‌خواهد. پس با الغاء خصوصیت و قیاس اولویت، حکم سفیه استفاده می‌شود، (حدیث از نظر سند محکم و صحیح الفضلاست و دلالت آن هم واضح است).

... * موسی بن بکر

(مجهول الحال)

عن زرارة، عن ابی جعفر علیه السلام قال: اذا كانت المرأة مالكة امرها تبيع و تشتري و تعتق و تشهد و تعطي من مالها ما شاءت (یعنی در امور مالی رشیده است)

فان امرها جایز تزوج ان شاءت بغیر اذن ولیها، و ان لم تکن كذلك

(رشیده نیست)

فلا يجوز تزويجها الا بامر وليها (۳).

«مرأه» وقتی سفیه و ممنوع از تصرف باشد «رجل» به طریق اولی از تصرف ممنوع است (سند آن مشکل دارد).

...* عن ابی الحسین الخادم بیاع اللؤلؤ، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: سأله أبی و انا حاضر عن الیتیم، متى يجوز امره ...؟ جاز

علیه امره الا ان یكون سفیهاً او ضعیفاً

(ضعیف از نظر عقلی یعنی مجنون) (۴)

این شخص را ثقه دانسته‌اند و بعضی هم تشکیک کرده‌اند که اسم این شخص چیست؟ بعضی گفته‌اند «آدم ابن المتوکل» است، اگر این همان باشد ممکن است کسی قائل به وثاقتش شود چون بعضی او را ثقه دانسته‌اند ولی عدّه‌ای از علماء رجال می‌گویند اینها دو نفر هستند و «بیاع اللؤلؤ» مجهول است و «آدم» احتمالاً ثقه است.

بنابراین حدیث وضعش از نظر سند متزلزل است چون اولاً «آدم» متزلزل است که ثقه است یا نه. و ثانیاً اگر هم ثقه باشد احتمال دارد که «آدم» غیر از «بیاع اللؤلؤ» باشد پس نمی‌توان گفت که ثقه است، منتهی این روایت از نظر دلالت بر مذکر بهتر از روایات قبل است.

البته این روایت تصریح به نکاح ندارد بلکه از اطلاق استفاده می‌شود که فی النکاح و غیره و فی الاموال و غیرها جاز امره؛ ولی این

(۱) حدائق، ج ۲۳، ص ۲۴۷.

(۲) ح ۱، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۶، باب ۹ از ابواب عقد النکاح.

(۴) وسائل، ج ۱۳، ح ۵، باب ۲ از ابواب حجر.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۴۴

روایات من حیث المجموع شاهد برای بحث می‌باشد و شاید صاحب حدایق که به اینها استدلال نکرده است نه به خاطر این است که این روایات را ندیده، بلکه از این جهت است که این روایات را قابل عمل نمی‌دانسته، چون دلالت بر استقلال باکره دارد و خیلی‌ها استقلال باکره را قبول ندارند و این روایات غیر معمول بها بوده و لذا استدلال نکرده‌اند و روایت آخر هم که نکاح ندارد و شاید به امور مالی برمی‌گردد که غالباً در مورد سفیه از امور مالی بحث می‌شود.

به هر حال ما این روایات را مؤید، بلکه دلیل می‌دانیم چون قائل به استقلال بودیم.

جمع‌بندی: تا اینجا قواعد و روایات را بیان کردیم، ذکر مخالفین و بررسی اسناد شد، پس این روایات می‌تواند برای ما دلیل باشد اجمالاً.

بحث موضوعی:

اشاره

حکم مسأله که سفیه و سفیهه حق نکاح ندارند، بیان گردید، اکنون در موضوع بحث می‌کنیم:

ان قلت: قاعدتاً موضوع مقدم است بر حکم چرا ابتدا از حکم بحث می‌کنید؟

قلنا: در مقام واقع و ثبوت موضوع مقدم است بر حکم (تا شرابی نباشد، حرمتی نیست) ولی در مقام اثبات باید حکم را قبل از

موضوع بحث کرد چون باید بینیم در لسان دلیل حکم روی چه رفته است، پس باید عنوان را از لسان دلیل گرفت و لذا ابتدا حکم را می‌خوانیم و ادله و عنوان ادله را می‌بینیم بعداً سراغ موضوع می‌رویم.

سفیه و سفیهه چه کسی است؟

اشاره

«سفیه» در مقابل «رشید» است. در مورد موضوع سفاهت صاحب جواهر و مرحوم شهید در مسالک و علامه در قواعد بحث کرده‌اند و رشید و سفیه را تفسیر کرده‌اند.

صاحب جواهر می‌فرماید: «ما حقیقت شرعی‌ای مثل صلاة و زکات در مورد سفیه نداریم و حقیقت لغویّه مخالف عرف هم نداریم.

مدار ما بر عرف است، مفهوم عرفی سفیه معلوم است بنابراین بحثی در آن نداریم.» (۱)

لکن الانصاف: مسأله خیلی واضح نیست بلکه باید آن را موشکافی کرد. مرحوم علامه در قواعد می‌فرماید:

«فهو (رُشد) کیفیت نفسانیّه تمنع من افساد المال، و صرفه فی غیر الوجوه اللائقه بأفعال العقلاء.» (۲)

مرحوم شهید در مسالک می‌فرماید:

«لیس مطلق الاصلاح موجبا للرشد (اگر کسی مالش را خوب خرج کرد دلیل بر رشد نیست بلکه باید ملکه باشد)، بل الحق انّ

الرُشد ملکه نفسانیّه، تقتضی اصلاح المال، و تمنع من افساده و صرفه فی غیر الوجوه اللائقه بأفعال العقلاء.» (۳)

آیا «تنمیه و تکسب» هم شرط رشد است؟ (یعنی بهره‌برداری از مال و اضافه کردن آن هم رشد است) آیا کسی که تکسب به مال و

تنمیه نمی‌کند، سفیه است؟ گفته شده است که تنمیه شرطش نیست.

بلکه آن را که خرج می‌کند بیهوده خرج نکند.

در اینجا دو حدیث مرسله هم در مورد سفاهت و رشد داریم، یکی در مجمع البیان مرحوم طبرسی در تفسیر «فَإِنْ أَنْسَيْتُمْ مِنْهُمْ

رُشْدًا.» (۴)

«و الاقوی أنّ یحمل علی انّ المراد به العقل و اصلاح المال ... و هو المروى عن الباقر علیه السلام.» (۵) (منظور عقل اقتصادی است).

و دیگری در مجمع البحرین در ماده رشد از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند

* قال الصّدوق: و قد روی عن الصادق علیه السلام ... قال: ایناس الرشد، حفظ المال. (۶)

۳۶ ادامه مسئله ۷ ... ۱۶ / ۸ / ۷۹

آیا عدالت هم شرط رشد است؟ به این معنی که علاوه بر ملکه اصلاح مال، عادل هم باشد که اگر عادل نباشد اموالش را به دستش

نمی‌دهند، و در واقع «فَإِنْ أَنْسَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا» هم رشد اقتصادی و هم رشد اخلاقی (عدالت) را بیان می‌کند.

مشهور فقهاء عامه و خاصه عدالت را شرط نمی‌دانند؛ ولی اقلیتی از آنان قائل به اعتبار عدالت شده‌اند.

از کسانی که عدم اعتبار از آنها نقل شده، مرحوم علامه در تذکره است که می‌فرماید:

«قال اکثر اهل العلم الرشد الصّلاح فی المال خاصیه (مقابل این است که مسائل غیر مالی دخالتی در مسئله رشد ندارد) سواء كان

صالحاً فی دینه أو لا (بنابراین عدالت شرط نیست) و هو قول مالک و أبی حنیفه و احمد (از فقهاء اهل سنت) و هو المعتمد عندی

(عدم

(۱) جواهر، ج ۲۶، ص ۴۸.

(۲) قواعد، ج ۲، ص ۱۳۴.

(۳) مسالک، ج ۴، ص ۱۴۸.

(۴) آیه ۶، سوره نساء.

(۵) مجمع البیان، ج ۳، ص ۹.

(۶) ۸. و سائل، باب ۴۵ من ابواب احکام الوصایا، ح ۶.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۴۵

اشترای عدالت). «۱»

علامه دلائل زیادی برای عدم اعتبار عدالت می آورد که عمده آن دو دلیل است:

۱- در بقاء، عدالت شرط نیست، در حدوث چرا؟ یعنی اگر به یتیم پولهایش را دادیم، آیا باید تا آخر عمر عادل باشد؟ کسی این را نگفته است، پس بقاء عدالت شرط نیست حدوثاً چرا شرط باشد.

«لأنَّ العَدَالَةَ لَا یَعْتَبَرُ فِی الرِّشْدِ فِی الدَّوَامِ فَلَا یَعْتَبَرُ فِی الْإِبْتِدَاءِ» «۲»

۲- منظور از اعتبار شرط رشد در اعطاء اموال یتیم به او این است که بتواند مال خودش را حفظ کند و تعبد نیست و اگر هدف این است، عدالت شرط نیست چون انسان در مال خودش خیانت نمی کند پس عدالت برای چه لازم باشد، بله اگر اموال دیگران را بخواهند به او بدهند عدالت شرط است. چون ممکن است در اموال دیگران خیانت کند.

و اما شیخ طوسی در کتاب خلاف، در تفسیر رشد چنین می فرماید:

«ان یکون مصلحاً لماله، عدلاً فی دینه، فاذا کان مصلحاً لماله غیر عدل فی دینه او کان عدلاً فی دینه غیر مصلح لماله، فأنه لا یدفع الیه ماله. و به قال الشافعی». «۳»

شیخ با صراحت قائل به اشتراط عدالت شد و معلوم می شود تنها کسی که از عامه قائل به اشتراط عدالت شده است شافعی است بعد شیخ طوسی برای اعتبار عدالت دلیل می آورد و در بعضی از کلمات استدلال به قدر متیقن می کند که قدر متیقن کرده و می گوید: اگر هر دو باشد (عدالت و صلاح) اموال را به او می دهند و اگر یکی باشد نمی توان اموال را به او داد ولی، بعداً خواهیم گفت که جای قدر متیقن نیست و دلیل بر عدم اعتبار عدالت داریم.

مختار ما: در اینجا سه نکته باید مورد توجه قرار گیرد:

نکته اول: مسئله اعتبار عدم سفاقت قبل از اسلام و قبل از اینکه حکم شرعی باشد در عرف عقلا بوده است،

پس باید ببینیم در عرف عقلاء سفیه و رشید به چه کسی می گویند؟

در عرف به کسی می گویند که توان اصلاح مال را ندارد مثلاً به مادون قیمت می فروشد یا به مافوق قیمت می خرد، اموالش را به غیر ثقه می سپارد و اموال خود را حفظ نمی کند و یا اموالش را در معرض فساد قرار می دهد. نقطه مقابل، رشید است که به قیمت می خرد، به قیمت می فروشد، به اشخاص معتبر می دهد و مدرک می گیرد و اموالش را حفظ می کند.

در لغت هم به همین معنی است منتهی کمی وسیعتر. راغب می گوید سفیه در حقیقت به معنی: «قلمه الوزن فی البدن بحیث لا یقدر، علی المشی متعادلاً»، بعد توسعه داده اند و خفت وزن عقل را هم سفیه گفته اند.

در شرع معنای سفیه را روی زاویه خاصی می برد یعنی عدم تعادل فکری در مسائل مالی. پس سفاقتی که در این ابواب گفته

می‌شود، عدم اعتدال فکر در مسائل مالی و اصلاح مال است ولی گاهی در لسان روایات و آیات سفاهت به یک معنی وسیعتری هم گفته شده است: مثل: «سَيَقُولُ السُّفَهَاءُ» ... که سفیه در معارف الهی مراد است به جهت وجود قرینه و یا در بعضی از روایات شارب الخمر را سفیه دانسته‌اند که سفیه اخلاقی مراد است ولی بحث ما در سفاهت از نظر مالی است به قرینه آیه شریفه «فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» (۴).

نکته دوم: جای تردید نیست که اعتبار عدالت لازم نیست،

چون در مال خودش هوش اقتصادی می‌خواهد، نه عدالت و در مال دیگران عدالت جا دارد، چون انسان که به خودش خیانت نمی‌کند، پس اگر مصلح مال است، نیاز به عدالت ندارد و شاهد این مطلب که عدالت شرط نیست این است که ریشه بحث، بناء عقلا است، که اموال سفیه را به او نمی‌دهند چون حفظ نمی‌کند. آیا عقلا که مال را به سفیه نمی‌دهند عدالت را شرط می‌دانند؟ در شرع هم امضای بنای عقلا شده است، پس شکی نیست که عدالت معتبر نیست. مضافاً به اینکه دلیلی بر اعتبار عدالت نداریم و قدر متیقن دلیل نمی‌شود و اطلاق «فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا» منصرف است به رشد مالی نه رشد اخلاقی گوئی که در اینجا خلطی بین رشد عقلی و رشد اقتصادی شده است مثلاً «أَلَيْسَ مِنْكُمْ رَجُلٌ رَشِيدٌ» قرینه است که رشد اخلاقی مراد است. پس آیه بهترین قرینه است که معتبر رشد مالی است نه رشد اخلاقی.

نکته سوم: للسفاهة و الرشدة درجات و مراتب،

ممکن است کسی در مقابل پنجاه هزار تومان رشید باشد، اما در مقابل پنج میلیون تومان رشید نباشد و یا لباس می‌تواند بخرد اما خانه نمی‌تواند بخرد، یا زن با

(۱) ج ۲، ص ۷۵.

(۲) تذکره، ج ۲، ص ۷۵.

(۳) کتاب الحجر، ج ۳، ص ۲۸۳، مسأله ۳.

(۴) آیه ۶، سوره نساء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۴۶

مهریه مناسب نمی‌تواند بگیرد، اگر درجات داشته باشد، ممکن است کسی در یک درجه رشید؛ ولی در درجه دیگر سفیه باشد در این صورت به اندازه‌ای که رشد دارد مالش را به او می‌دهیم و در غیر آن به او نمی‌دهیم. اضمحالی ذلك: رشد اقتصادی با رشد انتخاب همسر جداست، یعنی کسی ممکن است در انتخاب همسر رشید باشد که در این صورت او را در انتخاب همسر آزاد می‌گذاریم ولی بر تعیین مهر نظارت می‌کنیم.

[مسأله ۸ تزویج الولی المولی علیه بمن له عیب]

اشاره

مسأله ۸: اذا زوج الولی المولی علیه بمن له عیب لم یصحّ و لم یفد سواه کان من العیوب الموجبة للخیار أو غیرها ککونه منهمکاً فی المعاصی و کونه شارب الخمر أو بذی اللسان سیئ الخلق امثال ذلك، الا اذا كانت مصلحة ملزمة فی تزویجه، و حیثند لم یکن خیار الفسخ لا- له و لا- للمولی علیه اذا لم یکن العیب من العیوب المجوزة للفسخ، و ان کان منها فالظاهر ثبوت الخیار للمولی علیه بعد بلوغه، هذا کله مع علم الولی بالعیب، و الا فیه تأمل و تردد و ان لا تبعد الصّحة مع اعمال جُهدیه فی احراز المصلحة، و علی الصّحة له الخیار فی العیوب الموجبة للفسخ، كما انّ للمولی علیه ذلك بعد رفع الحجر عنه و فی غیرها لا خیار له و لا للولی علی الاقوی. □

عنوان مسأله:

ولی برای مولی علیه خود همسر معیوبی را تزویج می کند و فرق نمی کند از عیوبی باشد که با آن نکاح فسخ می شود یا عیوب دیگر دینی (نماز نخوان، شراب خوار یا در معاصی فرورفته) یا دنیوی (تندخو، بدزبان یا بی رحم) باشد. در اینجا سه صورت متصور است:

۱- دانسته این کار را می کند (می داند و انتخاب می کند) که خود دو صورت دارد:

الف) می داند و مصلحت است که این کار را می کند مثلاً خود شخص هم معیوب است و کس دیگری سراغش نمی آید و لذا مصلحتش این است که این همسر معیوب را برای او انتخاب کند (صورت اول).

ب) می داند و بدون مصلحت است (صورت دوم).

۲- نمی دانسته و جاهلاً این کار را می کند یعنی همسری انتخاب کرد و نمی دانست که معیوب است (صورت سوم).

البته این صورت را هم می توان دو قسم کرد مع المصلحة یا مع عدم المصلحة ولی متعرض آن نشده اند.

دلیل:

ظاهراً در این مسأله نصّ خاصی نداریم بلکه بر اساس قواعد باید بحث کنیم. بسیاری از بزرگان که متعرض این مسأله شده اند استناد به هیچ نصّی نکرده اند، شیخ طوسی، محقق ثانی در جامع المقاصد، شهید ثانی در مسالک، صاحب حدائق و از معاصرین آیه الله خوئی در مستند عروه و آیه الله حکیم در مستمسک عروه و آقای سبزواری در مهذب متعرض این مسأله شده اند و مرحوم صاحب جواهر هم مفصلاً از آن بحث کرده است؛ ولی متعرض نصّی نشده اند. پس باید سراغ قواعد برویم.

اصل:

صورت اول (عالمی مع المصلحة):

در اینجا امام (قدس سزه) می فرماید اگر مصلحت اقتضا می کرده خیار فسخ ندارد، نه ولی خیار فسخ دارد و نه مولی علیه بعد البلوغ مگر اینکه از عیوب مجوز فسخ باشد (۵ عیب در مرد، ۷ عیب در زن) که صغیر بعد از اینکه کبیر شد حق فسخ دارد. مقتضای قاعده و اصل در این مسأله صحت است، چون عقد مع المصلحة است و ظاهراً هم اختلافی در صحت نیست، اما چرا ولی خیار ندارد؟ چون عالم بوده است و عامد، و وقتی راضی شده دیگر خیار ندارد (فرض مسأله این است که عیوب را می دانسته است)، به عباره آخری خیار عیب برای جاهل است هم در بیع و هم در نکاح، و مسلم است که عالم به عیب، خیار فسخ ندارد و اما مولی علیه آیا حق فسخ دارد یا نه؟ در اینجا سه قول است: ۱- مولی علیه هم خیار فسخ ندارد.

۲- مولی علیه خیار فسخ دارد. ۳- در عیوب منصوصه خیار فسخ داشته باشد.

دلیل قول اول (مولی علیه خیار ندارد):

کار ولی کار مولی علیه است مثل وکیل است بلکه بالاتر (لأنّ اختيار الولی بمنزلة اختيار المولی علیه) و در عرف عقلا ولی، نسبت به مولی علیه من جمیع الجهات وجود تنزیلی دارد.

دلیل قول دوم (مولی علیه خیار فسخ دارد):

دو بیان در این مسأله است:

بیان محقق ثانی:

محقق ثانی ثبوت خیار را این گونه تفسیر می‌کند:

«انّ النکاح یتعلّق بالشهوة فلا یكون رضاه بالعیب ماضياً علی

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۴۷

العیب» «۱» نکاح مربوط به علاقه جنسی است و رضایت ولی به عیب، دلیل بر امضاء عیب نیست. آیا مفهوم مستدلّی برای این عبارت می‌توان پیدا کرد؟ یعنی ولی راضی به اصل نکاح شده است نه راضی به عیب و رضایت به اصل نکاح، دلیل بر رضایت به عیب نیست.

جواب:

اولاً: فرض ما این است که اصل عقد را از عیب نمی‌توان جدا کرد، چون در خارج از هم جدا نیستند، یا این زن را می‌خواهی با تمام عیوبش، یا نمی‌خواهی. چون وجود واحد است، در خارج نمی‌تواند بگوید زن را می‌خواهم ولی عیبش را نمی‌خواهم و این دو قابل تفکیک نیست (وجود واحد فی الخارج اصله و فرعه، المرأة مع عیبها و الرجل مع عیبه) و لذا اگر عالم به عیب بود و نکاح کرد معنایش این است که راضی شده است و اگر بگوید اصلش را می‌خواستم پذیرفته نمی‌شود.

ثانیاً رضایت ولی جانشین رضایت مولی علیه شده است. پس این بیان جامع المقاصد قابل قبول نیست.

بیان شهید ثانی:

«... اما ثبوت الخیار فلو وجود العیب الموجب له لو كان هو المباشّر للعقد جاهلاً (اگر خود مولی علیه جاهل بود خیار داشت اینجا هم

خیار دارد و علم ولی به درد نمی‌خورد) و فعل الولی له حال صغره بمنزلة الجهل». «۲»

جواب: آیا این حرف درست است که صغیر جاهل است؟ خیر علم ولی به منزله علم مولی علیه و اقدام او، اقدام مولی علیه و رضای او رضای مولی علیه است، چطور رضای ولی، رضای مولی علیه باشد؛ ولی علم ولی علم مولی علیه نباشد. پس بیان ایشان هم درست نیست.

دلیل قول سوم (در عیوب منصوصه، خیار فسخ داشته باشد):

دلیل امام شاید تمسک به اطلاق ادلّه عیوب است، چون اطلاق ادلّه می‌گوید که بعد از کبیر شدن خیار فسخ بخاطر عیب دارد.

جواب: ادلّه عیوب تخصیص خورده است، به صورت جهل و اجماعی و مسلم است که در صورت علم خیار ندارد، وقتی علم ولی علم مولی علیه است در این صورت مثل این است که صغیر عالم بوده و کبیر هم که شد، حق فسخ ندارد.

نتیجه: در صورت اول نه ولی حق فسخ دارد و نه مولی علیه. در اینجا از تحریر الوسیله جدا می‌شویم که نه در عیوب منصوصه و نه در عیوب غیر منصوصه حق فسخ ندارند نه ولی و نه مولی علیه.

صورت دوم (عالمًا دون المصلحة):

ظاهر مسأله این است که باطل است، چون ما مصلحت را شرط می‌دانستیم؛ ولی بعضی از بزرگان در اینجا قائل به صحت شده‌اند.

شیخ طوسی در خلاف همین مسأله را متعرض می‌شود و می‌فرماید صحیح است:

«للاب ان یزوج بنته الصغیره بعدد أو مجنون، أو مجذوم، أو ابرص، أو خصی و قال الشافعی: لیس له ذلك، دلیلنا: أنا قد بینا انّ الكفاءة لیس من شرطها الحریه و لا غیر ذلك من الاوصاف.» (۳)

جواب: ظاهراً شیخ طوسی کفائت شرعی را با کفائت عرفی مخلوط کرده است، بحث این است که آیا فقط کفائت شرعی کافی است یا کفائت عرفی نیز لازم است، اگر مصلحت را شرط بدانیم باید قائل به کفائت شرعی و عرفی بشویم و اگر هم مصلحت را شرط ندانیم و فقط عدم المفسده را شرط بدانیم و ضرر را مضر عقد بدانیم بازهم نکاح مجذوم و مجنون و خصی ... دارای مفسده است و باطل.

۳۸ ادامه مسئله ۸ ... ۱۸ / ۸ / ۷۹

صورت سوم (جاهلاً بالعیب):

چه بسا تلاش و کوشش هم کرده ولی نفهمیده که معیوب است، آیا اصل عقد باطل است یعنی لا ینفذ و یکون فضولياً (هرجا در این بحث باطل گفتیم یعنی فضولی است) و یا این که ولی به جهت عیب خیار فسخ دارد، یا در هنگام بلوغ خودش خیار فسخ دارد، کدام قول است؟

عبارت امام ذیل مسئله هشت این بود:

«... هذا کله مع علم الولی بالعیب، و الا (مع جهل الولی)

ففيه تأمل و تردّد و ان لا تبعد الصّحّه مع اعمال جُهدیه فی احراز المصلحه، و علی الصّحّه له (ولی)

الخيار فی العیوب الموجبه للفسخ، كما انّ للمولّی علیه ذلك (ای الخیار)

بعد رفع الحجر عنه، و فی غیرها لا خیار له و لا للولی علی الاقوی».

حل مسأله از دو راه است:

۱- آیا مصلحتی که ولی باید رعایت کند مصلحت واقعی است و در مقام ثبوت، یا مصلحت خیالی و در مقام اثبات و ظاهر (تلاش و کوشش کرده و بجائی نرسیده و همین کافی باشد)؟
اگر گفتیم مصلحت در مقام ثبوتی است، عقد باطل است چون در

(۱) جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۴۴.

(۲) مسالک، ج ۷، ص ۱۷۱.

(۳) کتاب النکاح، ج ۴، ص ۲۸۵، مسئله ۴۹.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۴۸

باطن مفسده داشته؛ ولی اگر مقام اثباتی باشد، عقد صحیح است (مع اعمال جهده فی احراز المصلحه)

قاعدتاً مصلحت واقعی شرط است، مثلاً اگر واقعاً وکیل اشتباه کرد و چیزی را به عشر قیمت فروخت آیا بیع او درست است؟ قطعاً درست نیست و مصلحت واقعی شرط است پس نکاح باطل است یعنی لا ینفذ و یکون فضولياً.

ان قلت: شما که می گوئید مدار ولایت، مصلحت واقعی است چه کسی می تواند به واقع برسد؟

قلنا: از طریق علم و علم ما علم طریقی است نه موضوعی، گاهی علم موضوعی است یعنی اذا علمت المصلحه فالنکاح صحیح که اگر خلاف واقع هم در بیاید نکاح صحیح است، چون علم موضوعی بوده و در موضوع اخذ شده؛ ولی در ما نحن فیه مصلحت واقعی را با علم طریقی کشف کرده ایم ثم انکشف که این علم خطا بوده و به واقع نرسیده ایم پس ولایت درست نبوده و باطل است.

ان قلت: اگر شک کردیم علم طریقی است یا موضوعی چه باید کرد؟

قلنا: اصل در علم، طریقت است الا ما خرج بالدلیل

۲- اگر عیب از عیوب موجب فسخ باشد، در اینجا لا ضرر جاری نمی‌شود چون ضرر با خیار فسخ جبران می‌شود (الضرر منجر بالخیار) اما اگر عیب دیگری باشد (آدم بی‌دین، حقه‌باز، بدزبان و ...) که هیچ یک از این عیوب موجب فسخ نیست، اگر بگوئیم عقد صحیح است در اینجا «لا ضرر» جلوی صحت عقد را می‌گیرد، چون خیار فسخی ندارد که جبران کند و خیار در نکاح محدود است و مثل بیع نیست، پس لا- ضرر در اینجا جاری می‌شود. لا ضرر در همه ابواب جاری می‌شود و منحصر به چند باب نیست. گاهی ضرر نیست بلکه «حرج» است یعنی مثلاً زن با این شوهر جانش به لبش می‌رسد و شب و روز ندارد پس لا حرج هم در اینجا هست. حال اگر بگوئیم عقد صحیح است این دو بسوزند و بسازند در مقابل لا ضرر و لا حرج چه جوابی داریم (مرحوم امام هم قائل به صحت بود).

نتیجه: ما قائل به تفصیل شدیم، اگر از عیوبی باشد که خیار فسخ دارد عقد صحیح است و لا ضرر و لا حرج هم با خیار جبران می‌شود اما اگر از عیوبی باشد که خیار فسخ ندارد باید بگوئیم عقد باطل است. (لا ینفذ فیکون فضولاً)

[مسئله ۹ (استحباب استیذان المرأة من الولی)]

اشاره

۳۹ مسئله ۹ (استحباب استیذان المرأة من الولی ...). ۲۱ / ۸ / ۷۹

مسئله ۹: ینبغی بل یتحب (ینبغی جنبه عقلانی و یتحب استحباب شرعی مسأله است)

للرأه المالكه أمرها (تعبیر به المالكه امرها به جهت وجود مبانی مختلف است که در مسئله دوم بیان شد) آن تستأذن ابها أو جدّها و ان لم یكونا فأخاها و ان تعدّد الاخ قدّمت الاکبر.

عنوان مسأله:

هر زنی که استقلال در نکاح دارد مستحب است که از ولی خود در امر ازدواج اجازه بگیرد. این یک مسئله استحبابی و یکی از آداب عرف عقلا و شرع مقدّس اسلام است.

موضوع مسأله:

«الرأه المالكه امرها» است که مراد استقلال در امر نکاح است (یا باکره است و عقیده ما این بود که باکره رشیده استقلال دارد و یا اگر استقلال باکره رشیده را قائل نباشیم در این صورت مراد ثبیه است که استقلال دارد به بیانی که در مسئله دو تحریر الوسيله گذشت).

اقوال:

از نظر اقوال بسیاری از فقهاء متعرض این مسأله شده‌اند: مرحوم محقق در شرایع، صاحب جواهر در ذیل مسئله ۱۱ از لواحق باب عقد نکاح، مرحوم صاحب عروه در مسئله ۱۴ از مسائل اولیاء العقد و محشین عروه هم تا آنجا که اطلاع داریم مخالفتی ندارند، پس مخالفی در مسأله نداریم، به خصوص که مستحبی است که با عرف عقلا هم سازگار است.

ادله:**الف - دلیلی عقلی:****اشاره**

این مسأله دو دلیل عقلی دارد:

دلیل اول: مقتضای رعایت ادب

مقتضای ادبی است که باید بین پدر و دختر باشد حتی پسر هم مستحب است اجازه بگیرد، پس ادب اقتضا می کند که فرزند در مسائل مهم زندگی اجازه بگیرد و چه مسئله‌ای مهمتر از مسئله ازدواج؟ بخصوص اینکه مسائل مربوط به ازدواج فرزندان در زندگی پدر و مادر و برادران تأثیر می گذارد، اگر خوب در بیاید اثر مثبت و اگر بد در بیاید اثر منفی دارد. پس پدر چگونه می تواند بی تفاوت باشد و حال آنکه مفاسد و مصالح زندگی فرزندان به زندگانی پدر و مادر سرایت می کند، بنابراین یک ادب تشریفاتی و خشک و خالی نیست، بلکه ادبی است که منشأ اثر است.

دلیل دوم: استفاده از تجارب

پدر تجاربی دارد هم در ازدواج خودش و هم در ازدواج

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۴۹

نزدیکان، که می تواند برای فرزند روشنگر باشد و فرزند مستغنی از آن نیست. (در جواهر اشاره‌ای به آن شده است) اینها از قبیل استحسانات ظنی نبوده، بلکه از مستقلات عقلی است (مثل حُسن احسان و قبح ظلم) و بدون استدلال می توان آنها را درک کرد و «کَلِّمًا حَكَمًا بِه الْعَقْل، حَكَمًا بِه الشَّرْع» پس می توانیم از این دو دلیل عقلی، استحباب شرعی استفاده کنیم.

ب - دلیل نقلی:

روایات متعددی در این مسأله وارد شده است، ظاهر روایات می گوید که واجب است اذن بگیرد، منتهی ما بین این روایات و روایات استقلال (که در مسئله دوم گذشت) جمع کرده و حمل بر استحباب می کنیم.

...* عن ابن ابی یعفور، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: لا تنكح ذوات الآباء من الابكار الا باذن آبائهنَّ (۱)

. ظاهر روایت این است که واجب است باکره رشیده بدون اذن ازدواج نکند.

...* عن الحلبي، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: سألته عن البكر

(مراد صغیره است به قرینه اذا بلغت مبلغ النساء)

اذا بلغت مبلغ النساء أ لها مع أبيها امر؟ فقال: ليس لها مع أبيها امر ما لم تتيب (۲)

. این روایت هم از نظر سند معتبر است.

...* عن ابن بکیر، عن رجل

(مرسله است) □

، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: لا بأس ان تزوج المرأة نفسها اذا كانت ثیباً بغير اذن أبيها اذا كان، لا بأس بما صنعت «۳» . مفهوم قضیة شرطیه این است که اگر باکره باشد بدون اذن آنها نکاح نکند.

روایات دیگری غیر از این موارد هم داریم.

ظاهر این روایات می گفت که واجب است باکره رشیده بدون اذن ازدواج نکند و در مسئله دوم روایاتی داشتیم که استقلال را ثابت می کرد، چه کنیم؟ در ابواب مختلف فقهی مواردی داریم که دو دسته روایت است یک دسته مجوزه که نص در جواز فعل است و طایفه دیگر ظهور در منع دارد که در چنین مواردی جمع بین نص و ظاهر به این است که حمل بر استحباب می کنیم و این جمع عرفی در بین فقها معمول است هم در ابواب عبادات و هم غیر عبادات.

اگر پدر و جدی ندارد مستحب است □ از برادر اجازه بگیرد و اگر متعدّد باشند اول از برادر بزرگتر اجازه بگیرد.

...* عن ابی بصیر، عن أبی عبد الله علیه السلام

(حدیث مرسله است به دلیل اینکه در سلسله روایت حدیث عن البرقی أو غیره دارد)

قال:

سألته عن الذی بیده عقدة النکاح، قال: هو الاب و الاخ و الرجل یوصی الیه «... ۴»

روایت می فرماید عقد نکاح به دست اینهاست ظاهرش این است که اذن واجب است ولی در هنگام جمع بین اینها و روایات استقلال حمل بر استحباب می شود.

...* عن محمد بن مسلم کلاهما عن ابی جعفر علیه السلام: مثله «۵»

(که عین روایت قبل را نقل کرده اند).

...* عن بعض اصحابنا، عن الرضا علیه السلام قال: الاخ الاکبر بمنزلة الاب. «۶»

اضف الی ذلک: دو دلیل عقلی که در مورد اب آوردیم در مورد اخ هم هست زیرا اولاً آداب اجتماعی اقتضا می کند که برادر در جریان باشد و اگر بی اطلاع او کاری کنند، باعث رنجش می شود و خوب و بد زندگی خواهر در زندگی برادر تأثیر دارد و زندگی برادر و خواهر به هم گره خورده است و ثانیاً مسئله تجارب هم هست چون پسرها در جامعه بازتری زندگی می کنند و تجربه شان بیشتر است و اگر بیشتر هم نباشد انسان از کسی که از نظر تجربه با او مساوی است کسب مشورت کند، خوب است.

در ذیل این مسأله، صاحب جواهر می فرماید: استحباب از روایت در نمی آید بلکه «کراهة الاستبداد» «۷» از روایت استفاده می شود، و بین این دو تفاوت است و هر چیزی که مکروه شد، ضدش جزء مستحبات نیست مثلاً خوردن غذای داغ مکروه است؛ ولی خوردن غذای سرد مستحب نیست. در ما نحن فیه روایت از استبداد نهی کرده است و باید آن را حمل بر کراهت کنیم، صاحب حدائق هم به این نکته توجه کرده است که از روایات ناهیه کراهت استبداد استفاده می شود نه استحباب استیذان.

صاحب جواهر در ادامه نکته ای می گوید:

«اللهم الا ان یدعی استفاده ذلک عرفاً من امثال تلک الخطابات» «۸» وقتی گفته اند استبداد مکروه است یعنی استیذان مستحب است و بین این دو عرفاً ملازمه است.

(۱) ح ۵، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۲) ح ۱۱، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

- (۳) ح ۱۴، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.
 (۴) ح ۴، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.
 (۵) ح ۵، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.
 (۶) ح ۶، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.
 (۷) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۲۹.
 (۸) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۲۹.
 کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۵۰
 نکته:

دو دلیل عقلی که قبلاً بیان کردیم مؤید استحباب است زیرا استیذان از علامات ادب و مؤید استحباب است و هکذا استفاده از تجارب هم مؤید استحباب است، چون امر کرده‌اند ما را به استفاده از تجارب دیگران، فعلی هذا آن دو دلیل مؤید می‌شود که اگر در ما نحن فیه علما گفته‌اند استحباب الاستیذان از باب ملازمه بوده است.

مسئله ۱۰ (هل للوصی ولاية فی النکاح)

اشاره

۴۰ مسئله ۱۰ (هل للوصی ولاية فی النکاح ...) ۲۳ / ۸ / ۷۹

مسئله ۱۰: هل للوصی أى القیم من قبل الاب او الجد ولاية على الصغیر و الصغیره فی النکاح؟ فیه اشکال، لا یترک الاحتیاط. (و لو مصلحت هم باشد وصی حق دخالت در ازدواج را ندارد).

عنوان مسئله:

آیا بحث از وصی است که دایره وصایتش عام بوده یا وصی که دایره وصایتش محدود بوده است؟ ما در جائی بحث می‌کنیم که وصی من جمیع الجهات باشد و اگر فقط وصی در اموال باشد که دعوائی ندارد، پس تعبیر به «قیم» تعبیر خوبی است، زیرا قیم من جمیع الجهات است.

اقوال:

مرحوم محقق نراقی می‌فرماید:

«فی المسألة اقوال: الاوّل نفی الولاية مطلقاً، اختاره فی موضع من المبسوط و الشرائع و النافع و القواعد و التذکره و اللعنه و الکفایه، بل هو المشهور كما فی المسالك (ولى مسالك «۱» تعبیر به اشهر دارد) و الروضة. الثانی: ثبوتها (ای الولاية) كذلك (ای مطلقاً) و هو للمبسوط ایضاً و عن المختلف و شرح الارشاد للشهید و الروضة. الثالث: ثبوتها اذا نص الموصی على النکاح و عدمه بدونه و هو المحکی عن الخلاف و الجامع و المحقق الثانی و غیرهم. «۲»
 (تفصیل بین جائی که موصی تصریح کند که تو وصی هستی حتی در نکاح اما اگر تصریح نکند حق ندارد).

اصل در مسئله مطابق کدام قول است؟

اصل، عدم ولایت است چون هرکس مستقل آفریده شده و ولایت دلیل می‌خواهد و لذا در ولایت فقیه هم دلیل می‌آوریم و بعبارة اخرى، سابقاً گفتیم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» یعنی «اوفوا بعقودکم» اگر صغیر بعد از بلوغ دید وصی پدرش، برایش زن گرفته می‌تواند بگوید ولایت او در نکاح ثابت نیست زیرا «عقودکم» شامل اینجا نمی‌شود چون شبهه مصداقی عموم اوفوا است، پس اصل عدم ولایت وصی در نکاح است و اگر بخواهیم ولایت را ثابت کنیم نیاز به دلیل دارد. و اصل در مسأله مطابق قول اول است (نفی الولاية).

۴۱ ادامه مسئله ۱۰ ... ۲۴ / ۸ / ۷۹

ادله قائلین به ثبوت الولاية (قول دوم مختار ما):

۱- مفهوم وصیت: (دلیل اصلی)

این مطلب را به چند تعبیر می‌توان بیان کرد:

تعبیر اول: آیا وصی «من يقوم بامر الاموال» است یا محتوای وصیت یک معنی عامی دارد یعنی «يقوم مقام الاب في جميع اموره» به این معنی که پدر می‌گوید من پایم از این دنیا کشیده می‌شود تا خودم بوم مراقب اموال و ازدواج و تحصیل و بیماری و ... بچه‌هایم بوم، اکنون تو به جای من آنها را سرپرستی کن، معلوم می‌شود که او فقط وصی در اموال نیست، خصوصاً که تعبیر به «قیم» هم بود و قیم یعنی «من يقوم مقام الاب».

تعبیر دوم: آیا فلسفه وصایت، فقط حفظ اموال است یا حفظ اولاد من جميع الجهات؟ ظاهر این است که فلسفه آن حفظ اولاد است من جميع الجهات، نکاح را کنار می‌گذاریم در بیماری یا تحصیل چه کسی باید دخالت کند؟ آیا وصی یا قیم می‌تواند بگوید من فقط در اموال مأمور هستم؟ اگر وصی در این امور دخالت نکند خیانت کرده و مردم او را مسئول می‌دانند.

تعبیر سوم: وصایت قبل از اینکه در شرع بیاید در بین عقلاء بوده است و شارع هم آن را امضاء کرده است نه تأسیس (مثل بیع، نکاح، هبه و ...) و عقلاً حقیقت وصایت را مخصوص اموال نمی‌دانند بلکه هر نیاز و ضرورتی برای طفل باشد وصی باید آن را انجام دهد.

تعبیر چهارم: اگر بچه غیر از اموال حاجتی پیدا کرد آیا شرع برای این بچه مسئولی معین کرده است یا نه؟ مسئول آن یا حاکم شرع است یا وصی و قیم؟ اگر بگوئید بچه مسئول ندارد کسی باور نمی‌کند که اسلام چنین خلتی را در سرپرستی ایتام قائل شود و اگر بگوئید سرپرست حاکم شرع است، اتفاقاً اگر پیش حاکم شرع هم بروند تعیین قیم می‌کند. در ما نحن فیه پدر تعیین قیم کرده آیا پدر مقدم است یا حاکم شرع؟ مسلماً پدر مقدم است، پس علی القاعده وصی از جانب ولی مقدم است بر حاکم شرع.

این چهار تعبیر از مفهوم وصایت استفاده می‌شود و در پایان صغری و کبری را می‌چینیم:

(۱) ج ۱، ص ۴۵۳.

(۲) مستند، ج ۱۶، ص ۱۳۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۵۱

صغری: پدر این شخص را بر تمام امور، وصی قرار داده است (نصب الاب الوصی لجميع منافع و مصالح الایتام).

کبری: وصایت را وصی قبول کرده است و وصایت از عقود است و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ شامل او می‌شود، زیرا در حیات موصی قبول وصایت از ناحیه وصی شرط است.

نتیجه: وصی در تمام امور دخالت می‌کند و حافظ تمام منافع بچه است و به مقتضی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ شارع او را قرار داده تا آن بچه را

سرپرستی کند، پس باید به عقد خود وفا کند و در تمام امور بچه دخالت کند، نه فقط در اموال او.

ان قلت: ولایت پدر در حال حیات قابل واگذاری نیست پس چگونه بعد از موت می‌خواهد این ولایت را واگذار کند.

قلنا: در حال حیات دلیلی برای جواز واگذاری نداریم ولی در حال ممات دلیل شرعی داریم (عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و عموم ادله وصیت)

۲- آیات:

آیه اول: «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ» (۱)

این آیه از تغییر وصیت نهی می‌کند و می‌گوید هر کسی که وصیت را تغییر دهد گناهش بر گردن اوست و خداوند شنوا است و فرض ما هم این است که مفهوم وصیت عام است، پس در این صورت نیاز به صغری و کبری و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ نداریم و آیه خودش دلالت دارد.

ان قلت: آیه فقط مخصوص اموال است و آن هم برای والدین به قرینه آیه قبل «كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ» گفته شده که «كُتِبَ» به معنای وجوب نیست بلکه مستحب است (ذاتاً وصیت مستحب است) مگر اینکه دینی به گردن او باشد و «خَيْراً» در اینجا به معنی مال است، مال بهترین خیرات و بدترین شرور است، پس به این قرینه منظور وصیت مالی است و آن هم در ناحیه والدین.

قلنا: اولاً: اگر چه آیه در مورد اموال است؛ ولی مخصص نیست و کبری (تغییر وصیت) عام است «فَمَنْ بَدَّلَهُ» یعنی «فمن بدل الوصیة» ثانیاً: قرآن می‌گوید «بِالْمَعْرُوفِ» اساس، معروف بودن وصیت است و مال خصوصیت ندارد. پس معروف باشد یعنی کار پسندیده‌ای باشد و نکاح هم جزء معروف است، همچنان که مداوا و تحصیلات هم جزء معروف است ثالثاً: در کتاب الوصایا «۲» به این آیه بطور عام استدلال شده است و اختصاص به موردی ندارد و دلیل بر این است که آیه عام است. رابعاً: اشکال والدین وارد نیست چون بعد از آن «اقربین» را هم دارد.

پس این آیه من حیث المجموع دلالتش خوب است و علما به به فمّن بدلّه به طور عام در تمام امور استدلال می‌کنند و در تمام وصیت‌نامه‌ها می‌آورند.

البتّه شأن نزول آیه در مورد اموال است ولی شأن نزول در اینجا مخصّص نمی‌تواند باشد.

آیه دوم: «وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ» (۳)

«اصلاح» عام است و اصلاح اموال، ابدان، تحصیل، نکاح، همه را شامل می‌شود عموم این آیه از آیه قبلی روشن‌تر است.

ان قلت: همه مخاطب آیه هستند، آیا شما به همه اجازه می‌دهید که در کار یتامی دخالت کنند؟

قلنا: بعضی از آیات قرآن خطابات عامه‌ای دارد؛ ولی مسئول معینی برایش تعیین شده است، مثلاً در «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا» (۴) آیه عام است؛ ولی آیا هر کسی می‌تواند دست دزد را قطع کند؟ خیر، قطعاً مسئول دارد و آن حاکم شرع است. یا مثلاً در «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا» (۵... ۵) آیه عام است؛ ولی مخاطب آن حکومت است. در ما نحن فیه هم همین گونه است و مرجع ضمیر در این موارد در بین عقلاء معلوم است و در عین این که عام است و همه را شامل می‌شود ولی برای آن مسئول معین شده است.

۴۲ ادامه مسئله ۱۰ ... ۲۵ / ۸ / ۷۹

۳- روایات:

روایت، از ابو بصیر، سماعه و حلبی نقل شده، پس در واقع سه روایت است.

... عن ابی عبد الله علیه السلام فی قول الله عز و جل: «وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً (تعیین مهریه)

فَنصَفَ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ

(زنها)

أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ» «۶»

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ ه
ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۲، ص: ۵۱
(سؤال شد که گره نکاح دست کیست)
قال: هو الاب أو الاخ أو الرجل

(۱) آیه ۱۸۱ سوره بقره.

(۲) وسائل، ج ۱۳، باب ۳۲ از کتاب الوصایا.

(۳) آیه ۲۲۰ سوره بقره.

(۴) آیه ۳۸ سوره مائده.

(۵) آیه ۲، سوره نور.

(۶) آیه ۲۳۷، سوره بقره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۵۲

یوصی الیه، و الذی یجوز امره فی مال المرأة فیتباع لها فتجیز
(و یتجر)

فاذا عفا فقد جاز. «۱»

این شخص چهارم که در روایت با

«الذی یجوز امره» ...

معرفی شده است و کیل تام الاختیار در امر مالی است که از جمله امور مالی مهر است. این روایت اگر همه اسنادش معتبر نباشد بعضی از آن معتبر است. دلالت و سند روشن است.

ان قلت: در روایت کلمه «اخ» وجود دارد و برادر به اجماع علماء ما ولایت ندارد، پس چطور می توان به حدیث عمل کرد، در حالی که تجزیه هم ممکن نیست؟

قلنا: بهترین توجیه این است که بگوئیم برادری مراد است که وکیل شده است، (تفویض اختیار به او شده).

ان قلت: آیا قرینه‌ای بر چنین معنی وجود دارد؟

قلنا: دو قرینه داریم.

قرینه اول: ذیل روایت است که وکیل را می گوید منتهی وکیل بیگانه، و این وکیل است که برادر هم است. ولایت و وکالت با هم می تواند در یک روایت جمع شود و منافاتی با وحدت سیاق ندارد.

قرینه دوم:

...* عن اسحاق بن عمار قال: سألت جعفر بن محمد عن قول الله:

«إِذَا أَنْ يَعْفُونَ» قال: المرأة تعفو عن نصف الصداق، قلت: «أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ» قال: ابوها اذا عفا جاز له، و اخوها اذا

كان يقيم بها

(برادری که قیم است)

و هو القائم عليها فهو بمنزلة الاب و يجوز له، و اذا كان الاخ لا يهتم بها و لا يقوم عليها لم يجز عليها امره «۲»

. پس برادر دو حالت دارد یک برادر

«يقوم بامرها»

است که اختیار خواهر دست اوست و یک برادر «لا يقوم بامرها» است که اختیار خواهر به دست او نیست. سند این روایت مرسله است.

تفسیر عیاشی روایات خوبی دارد؛ ولی برای اختصار، سند روایات را حذف کرده و روایت مرسله شده است؛ ولی برای بحث ما مؤید می‌شود. پس روایت قبل را نجات دادیم و آمدن اخ در آن روایت، روایت را از کار نینداخت و دلالت روایت بر ولایت وصی خوب است.

...* عن ابی بصیر، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: سألته عن الذی بیده عقدة النکاح، قال: هو الاب و الاخ و الرجل یوصی الیه، و

الذی یجوز امره فی مال المرأة فیبتاع لها و یشتري فأی هؤلاء عفا فقد جاز. «۳»

(احتمال دارد که این روایت همان روایت أبو بصیر باشد که در ابواب مهور ذکر شده است).

...* عن محمد بن مسلم كلاهما، عن ابی جعفر علیه السلام مثله الا أنه قال: فأی هؤلاء عفا فعفوه جاز فی المهر اذا عفا عنه. «۴»

پس در این مسأله ۴ روایت (روایات أبو بصیر، سماعه، حلبی و محمد بن مسلم) داریم که همگی معتبر است.

نتیجه: با آیات و روایات و سیره عقلا در مفهوم وصایت ثابت کردیم که وصی بر صغار ولایت دارد مطلقا حتی در امر نکاح (قول دوم).

۴۳ ادامه مسئله ۱۰ ... ۲۸ / ۸ / ۷۹

ادله عدم ولایت (قول مشهور یا شهر)

۱- اصل:

اصل «عدم ولایة احد علی احد» است که این اصل را قبلاً اثبات کردیم و گفتیم که «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» یعنی «عقودکم» و عقودکم شامل اینجا نمی‌شود و عقد وصی واجب الوفاء بر صغار نیست زیرا باید ولایت وصی ثابت شود تا وفاء بر عقد وصی لازم باشد.

۲- روایات:

در اینجا چند حدیث داریم که مضمون روایت آخر با بقیه متفاوت است:

...* عن محمد بن مسلم

(صحيح السند)

، عن ابی جعفر علیه السلام فی الصبی یتزوج الصبیة یتوارثان؟

(سؤال از ارث است که ارث هم لازمه نکاح است و توارث فرع بر صحت نکاح است)

فقال: اذا كان ابواهما اللذان زوّجاهما، فنعم

(از اذای شرطیه مفهوم گرفته‌اند که دیگری نمی‌تواند عقد کند، یعنی اگر وصی عقد کرده باشد عقد صحیح نیست و ارث نمی‌برند)

قلت: فهل يجوز طلاق الاب؟ قال: لا. «۵»

پس از روایت استفاده می‌شود که اگر پدر سبب ازدواج باشد درست است و غیر از او کسی نمی‌تواند و جد را هم از باب توسعه در مفهوم داخل می‌کنیم.

... عن محمد بن مسلم

(که این روایت هم به همان مضمون روایت قبل است و ظاهراً همان روایت است که تقطیع شده است)

قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الصبي يزوّج الصبيّة؛ قال: ان كان

(۱) وسایل، ج ۱۵، ح ۱، باب ۵۲ از ابواب مهور.

(۲) ح ۵، باب ۵۲ از ابواب مهور.

(۳) ح ۴، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۵، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.

(۵) ح ۱، باب ۱۲ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۵۳

ابواهما اللذان زوّجاهما فنعم جایز و لكنّ لهما الخيار اذا ادرکا «... ۱»

... عن عبيد بن زرارة، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الصبي يزوّج الصبيّة هل يتوارثان؟ قال: ان كان ابواهما هما

اللذان زوّجاهما فنعم، قلنا: يجوز طلاق الاب؟ قال: لا. «۲»

استدلال به این روایات از دو جهت قابل مناقشه است:

۱- وصی به منزله الاب است و وصی اب مثل وکیل اب است، آیا اگر وکیل اب صغار را ازدواج دهد باطل است؟ خیر، پس حدیث می‌گوید

الاب و كل من كان بمنزلة الاب، و الوصي بمنزلة الاب.

۲- حصر در روایت حصر اضافی است یعنی نسبت به بیگانه‌ها و لذا جد را نگفته است در عین این که جد ولایت دارد. حتی در صورتی که وصی و قیم نداشته باشد و ضرورت هم ایجاب کند، حاکم شرع ولایت بر او دارد ولی روایت آن را هم نگفته است. پس حصر، اضافی و در مقابل بیگانگان است و حاکم و وصی و وکیل بیگانه نیستند.

نتیجه: این احادیث دلالت ندارند.

... عن محمد بن اسماعيل بن بزيع قال: سأله رجل

(روایت مضمومه است مگر اینکه بگوئیم ابن بزيع از اصحاب امام رضا علیه السلام است و هرچه را نقل کرده از اوست)

عن رجلٍ مات و ترك أخوين و ابنةً و البنت صغيرة فعمد

(اقدام کرد)

احد الاخوين الوصي فزوّج الابنة من ابنة ثم مات ابو الابن المزوّج، فلمّا أن مات قال الآخر: اخي لم يزوّج ابنة فزوّج الجارية من ابنة،

فقیل للجاریه: ای الزوجین احب الیک الاول او الآخر؟

(یعنی دختر بزرگ شده است و به او گفته اند که کدام را امضاء می کنی؟)

قالت: الآخر

، (تا اینجا دو عقد خوانده شده است یکی از ناحیه وصی یعنی برادر اول و دیگری از ناحیه غیر وصی یعنی برادر دوم) ثم ان الاخ الثانی مات و للاح الاول ابن اکبر من الابن المزوج، فقال للجاریه: اختاری ایهما احب الیک الزوج الاول او الزوج الآخر. فقال علیه السلام: الروایه فیها أنها للزوج الاخیر، و ذلك إنها قد کانت ادرکت حین زوجها (در موقع تزویج دوم بالغ بوده است) و لیس لها ان تنقض ما عقدته بعد ادراکها «۳».

این روایت می گوید نه عقد برادر اول درست بوده است و نه عقد برادر دوم و بعد از بلوغ آن که انتخاب کرده است درست است، پس روایت می رساند وصی حق ندارد، و قبل از بلوغ هیچ عقدی صحیح نبوده حتی عقد وصی، این روایت حال و هوای بهتری دارد و مفهوم نیست بلکه صریح است.

جواب: این روایت قابل خدشه است

اولاً: اضطراب و اضمار

اضطراب در متن دارد (الروایه فیها یعنی چه؟ روایت چه کسی، پیامبر، امام رضا، دیگران، چه کسی مراد است؟) همچنین تعبیر «الروایه فیها» شبیه عبارات معصومین نیست اضمار هم دارد (سأله مراد کدام امام است؟)

ثانیاً: اتهام وصی

احتمال دارد که عدم صحه عقد وصی به این جهت باشد که وصی متهم است که مصلحت موصی له را در نظر نگرفته است، چون برای پسر خودش عقد کرده است پس عقد وصی زیر سؤال می رود.

ثالثاً: عدم وسعت دایره وصایت

شاید این وصی فقط وصی در مال بوده چون بسیاری از اوصیاء، اوصیاء مال هستند و لا اقل شک داریم که دایره وصایت چقدر بوده آیا فقط در اموال بوده یا شامل نکاح هم می شده است، اصل عدم این ولایت است (جواب مرحوم خوئی در مستند عروه) سلّمنا این احادیث با اشکالاتی که بیان شد دلالت داشته باشد در مقام معارضه و تعارض این روایات با روایات قبلی (که اثبات ولایت برای وصی در امر نکاح می کرد) احادیث قبل اظهر و اقوی است. بنابراین قول قبلی را انتخاب می کنیم.

دلیل قول به تفصیل (قول سوم):

اشاره

قول سوم می گوید: در صورتی که تصریح به نکاح کرده باشد عقد درست است، چون داخل در «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ» ...

می شود یعنی تغییر وصیت جایز نیست و در جایی که تصریح نکرده است باید بگوئیم روایات ناهیه نهی می کند.

جواب: بحث ما در جایی است که ظهور عرفی در عموم داشته باشد (الاموال و النکاح). اگر ظهور حجّت است ما الفرق بین التصریح فی النکاح او الظهور فی عموم النکاح و الاموال هر دو داخل در فَمَنْ بَدَّلَهُ می شود.

ریشه نزاع:

ظاهراً نزاع بین بزرگان در اینجا لفظی است آنهائی که می‌گویند عقد وصی برای صغیر صحیح نیست می‌گویند دامنه وصایت شامل نکاح نمی‌شود و فقط اموال را می‌گیرد و لذا گفته‌اند که اگر اب تصریح کند قبول است و آنهائی که می‌گویند ولایت وصی در عقد جایز است جایی را می‌گویند که وصایت عمومیت داشته باشد. (تصریح یا اطلاق عموم).

(۱) ح ۸، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۲) وسایل، ج ۱۵، ح ۲، باب ۳۳ از ابواب مقدمات طلاق.

(۳) ح ۱، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۵۴

جمع‌بندی: اگر تصریح کند به نکاح یا وصایت عام باشد در این صورت وصی می‌تواند در امر نکاح دخالت کند.

۴۴ ادامه مسئله ۱۰ ... ۲۹ / ۸ / ۷۹

بقی هنا شیء: آیا وصی ولایت بر مجنون دارد؟

اشاره

جنون یا متصل به صغر است که از بچگی دیوانه بوده بلغ فاسد العقل، و یا اینکه بعد از بلوغ فاسد العقل شده است، این قسم نیز خود دو قسم است: در حیات اب مجنون شده است (پسر عاقلماً بالغ شده و بعد از بلوغ در حیات اب مجنون شد) و یا این که پدر که زنده بود بچه عاقل و بالغ بود و بعد از ممات پدر فاسد العقل شده، پس مجموعاً سه قسم است. امام اسمی از مجنون نبرده است. نکته: مباحثی که در مورد مجنون داریم نه فقط برای نکاح، بلکه برای ابواب مختلف است و ریشه‌های بحث در اینجا حل می‌شود.

اقوال:

مرحوم محقق یزدی در عروه می‌فرماید:

و للوصی ان یزوج المجنون «۱» (وصی ولایت بر مجنون دارد، بدون اینکه تفصیلی دهد) ولی از کلمات دیگران استفاده می‌شود که ولایت وصی بر مجنون برای قسم اول است (من بلغ فاسد العقل).

مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید:

للووصی ان یزوج من بلغ فاسد العقل (غیر فاسد العقل را نمی‌گوید) اذا کان به ضروره الی النکاح (نیاز به نکاح داشته باشد) بل نفی بعضهم الخلاف عن ثبوتها فی ذلك (مسأله اجماعی است که وصی ولایت بر مجنون بالغ فاسد العقل دارد) بل عن ظاهر الکفایة الاجماع علیه «۲». ظاهر عبارت جواهر این است که محل بحث جنون متصل است.

مرحوم آیه الله حکیم در مستمسک وقتی به شرح کلام عروه می‌رسد می‌فرماید کلام عروه مطلق است در حالی که ظاهر کلام اصحاب اختصاص ولایت وصی به جنون متصل است.

از مجموعه گفتگوها استفاده می‌شود که در جنون متصل بحثی نیست؛ ولی در جنون منفصل بحث و تأمل است؛ زیرا نسبت به خود اب و جد هم بحث است که آیا بر مجنون منفصل ولایت دارند یا نه؟

بعضی می‌گویند حتی اب و جد هم ولایت ندارند و باید سراغ حاکم شرع رفت پس وقتی پدر ولایت ندارد وصی پدر به طریق اولی ولایت ندارد.

دلیل:

اشاره

در این مسأله نصّ خاصّی نداریم، ما هستیم و مقتضای قواعد و اصل هم عدم ولایت است باید دید دلیل بر ولایت چیست؟ از همان راهی که در وصی بر صغار داشتیم راه را در مجنون طی می‌کنیم.

الف - جنون متصل به صغر:

پدیری از دنیا می‌رود و مجنونی دارد وصیت می‌کند و قیمی برای او قرار می‌دهد اگر ظاهر وصیت عام باشد وصی، جانشین اب می‌شود و باید سرپرستی اموال و ازدواج او را بکند هم به حکم بناء عقلا و هم به حکم «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ» ... و یا اگر وصیت هم عام نبود در صورتی که موصی به امر نکاح، تصریح کند، وصی جانشین اب می‌شود.

ب - جنون منفصل:

گاهی در حیات پدر است و گاهی بعد از حیات پدر، ابتداءً باید ببینیم که پدر بر مجنون منفصل ولایت دارد یا نه؟ مشهور فقهاء این است که پدر بر مجنون منفصل ولایت ندارد و حاکم شرع ولی اوست که البته خلاف سیره عقلا است. اگر بچه‌ای در خانواده‌ای دیوانه شد چه کسی باید او را سرپرستی کند؟ آیا جای تعجب نیست، اگر با وجود پدر به حاکم مراجعه شود؟ بله اگر دیوانه‌ای زنجیری باشد که نتوان او را نگهداری کرد در این صورت به دولت مراجعه می‌شود پس بنا به سیره عقلا پدر باید او را نگهداری کند، حالا که پدر مسئولیت دارد می‌تواند همین را به وصی منتقل کند. کسانی که قائل به ولایت وصی در جنون منفصل نشده‌اند در پدر هم قائل به ولایت نبوده‌اند. و اما اگر جنون منفصل، بعد ممات الاب باشد، در این صورت اگر وصایت عام بوده، عموماً شامل اینجا می‌شود، یعنی اگر گفته است این بچه‌های من تحت سرپرستی توست حتی اگر بعد از مردن من دیوانه شوند، در این صورت وصی ولایت دارد، پس ولایت وصی بر جنون منفصل بعد ممات الاب فرع بر این است که وصایت عام باشد. جمع بندی: وصی بر صغیر و مجنون ولایت دارد به اقسام سه گانه جنون، منتهی مجنون و صغیری که نکاح برایشان ضرورت داشته باشد.

[مسأله ۱۱ (ولایة الحاكم فی النکاح)]

اشاره

۴۵ مسأله ۱۱ (ولایة الحاكم فی النکاح ...) ۳۰ / ۸ / ۷۹

مسأله ۱۱: «لیس للحاکم ولایة فی النکاح علی الصغیر ذکراً کان أو أنثی مع فقد الاب و الجد (اب و جد باشد بحثی نیست که حق

ندارد در صورت نبودن هم حقی ندارد)

، و لو اقتضت الحاجة و الضرورة

(۱) عروء، مسئله ۱۲ نکاح.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۱۹۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۵۵

و المصلحة اللازمة المراعاة النکاح بحيث ترتب على تركه مفسدة يلزم التحرز عنها، قام الحاكم به (حاکم اقدام به نکاح صغیر و صغیره می کند)

، و لا یرک الاحتیاط بضم اجازة الوسی للاب او الجد مع وجوده، (ای الوسی) (صورت اول)
و کذا فی من بلغ فاسد العقل (مجنون متصل) (صورت دوم).

أو تجدد فساد عقله اذا كان البلوغ والتجدد في زمان حياة الاب أو الجد (صورت سوم).

عنوان مسأله:

این مسأله در مورد ولایت حاکم است، آیا حاکم بر صغار، مجنون، کبیره ولایت دارد؟

مسأله چهار صورت دارد که مرحوم امام سه صورت از چهار صورت را بیان کرده‌اند:

- صورت اول: صغیر و صغیره که حاکم ولایت ندارد.

- صورت دوم: مجنون متصل.

- صورت سوم: مجنون منفصل.

در این دو صورت حاکم ولایت دارد

- صورت چهارم: باکره رشیده‌ای که پدرش مرده است اگر قائل به استقلال باکره رشیده باشیم همان گونه که پدر دخالت نمی‌کرد حاکم شرع هم دخالتی ندارد اما اگر گفتیم پدر ولایت بر باکره رشیده دارد در این صورت بعد از ممات پدر آیا حاکم ولایت دارد؟

خیلی‌ها گفته‌اند که حاکم بر این قسم ولایت ندارد.

اقوال:

صاحب ریاض در شرح عبارت محقق در المختصر النافع (لا یزوج الوسی و کذا الحاكم) می‌فرماید:

فلا یزوج الصغیرین مطلقاً فی المشهور و البالغین فاسدی العقل مع وجود الاب و الجد اجماعاً ... و یزوجهما مع فقدهما مع الغبطة (حاکم شرع کبیر و کبیره فاسد العقل را با نیاز ازدواج می‌دهد) اجماعاً لانه ولیهما فی المال فیتولی نکاحهما «۱» بعد ادله‌ای ذکر می‌کند تا به اینجا می‌رسد که یکی از دلایل احتیاج و نیاز است و می‌فرماید که اگر این دلیل (دلیل نیاز) در فاسدی العقل هست در صغیر و صغیره هم این دلیل وجود دارد چون آنها هم نیاز دارند و فرض این است که پدر و جد هم نیست، پس حاکم بر صغیر و صغیره هم ولایت دارد.

صاحب جواهر می‌فرماید:

عند فقد الاب و الجدد بالغه باکره رشیده اگر اب و جد از دنیا رفتند مستقل می‌شود و ادعای اجماع می‌کند. در مورد مجنون هم

می گوید: بلا خلاف آنچه در ظاهر کونه مجمماً علیه. (۲)

ابن قدامه صاحب کتاب المغنی می فرماید:

لا- نعلم خلافاً بین أهل العلم فی أنّ للسلطان (حاکم شرع) ولایة تزویج المرأة عند عدم اولیائها او عضلهم (ای منعهم) و به یقول مالک و الشافعی و اسحاق و أبو عیید و أصحاب الرأی (ابو حنیفه و پیروانش)، و الاصل فی قول النبی صلی الله علیه و آله فالسلطان ولی من لا ولی له (۳).

پس در بین علماء عامه هم جمع زیادی قائل به ولایت شده‌اند.

تا اینجا معلوم شد که ولایت حاکم شرع در بین ما و در بین عامه اجماعی است اجمالاً.

دلیل:

اشاره

در این مسأله نصّ خاصی در مورد دخالت حاکم در نکاح نداریم مائیم و قواعد عامه و دایره اختیارات حکومت اسلامی، که آیا ولایت نکاح را هم می گیرد یا نه؟

مقدمه:

اشاره

حوادثی که در جامعه واقع می شود و امور مورد ابتلاء مردم دو قسم است:

الف - قسمی که مسؤل خاصی دارد:

مثل حضانت فرزند که بر عهده پدر و مادر است، نفقه فرزند که بر عهده پدر است و اگر پدر نباشد بر عهده مادر است (اگر مالی داشته باشد)، موقوفاتی که متولّی دارد خواه موقوفات عامه باشد یا موقوفات خاصه، کوچه‌های بن بست که مسؤل آن همان خانه‌هایی هستند که در آن کوچه هستند و امثال این موارد که به مسؤل خاصش رجوع می شود.

ب - مسائل مهمی که مسؤل معینی ندارد:

مثل حفظ نظام جامعه، امن السبیل (امتیّت جاده‌ها)، قتال العدو، حفظ اموال غیب (افرادی غایب هستند و مثلاً سیلی در شهر افتاده و اموال آنها تلف می شود کسی باید اموال آنها را حفظ کند)، حفظ اموال قُصیر (ایتامی که کسی را برای سرپرستی ندارند) اصلاح شوارع، اجراء حدود، احقاق حقوق، در این موارد شخص خاصی متولّی نیست. در عرف عقلا از قدیم الایام این گونه امور بدون متولّی خاص، به عهده حکومت بوده و اصلاً فلسفه تشکیل حکومت همین است که این مشکلات را که متولّی خاصی ندارد بعهده بگیرد. گاهی از این امور یا بعضی از اینها را به امور حسبیّه تعبیر می کنند که بر عهده حکومت است. بنابراین دایره اختیارات حاکم شرع تمام امور زمین مانده

(۱) ریاض، ج ۲، ص ۸۱.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۱۸۹.

(۳) المغنی، ج ۷، ص ۳۵۰.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۵۶

جامعه است که مسئول خاصی ندارد و اگر حکومت متولی آن نباشد، هرج و مرج می‌شود و نظام مختل می‌گردد. بنابراین دائرة اختیارات حاکم نامحدود است و این روایت نبوی که می‌گوید:

السلطان ولی من لا ولی له

که در کلام مغنی بوده امضاء بناء عقلا است و این روایت در کتب ما هم هست «۱» و دیگران از فقهاء ما هم آن را ذکر کرده‌اند. پس اسلام این بناء عقلا را امضاء کرده است و اصل حکومت را پذیرفته، منتهی برای متولی امر حکومت، شرایطی را قائل شده است.

بعد از ذکر این مقدمه سراغ حکم چهار قسم مسأله می‌رویم:

۱- صغیر و صغیره‌ای هستند که اولیاء سه‌گانه را از دست داده‌اند (پدر، جد، وصی)

این فرد دو حالت دارد، یک حالت نیازی به ازدواج ندارد که در این صورت حاکم دخالت نمی‌کند و غالباً هم ضرورتی نیست، اگر ضرورتی پیش آمد (یا برای حفظ جان یا برای محرمیت) در اینجا چون کار زمین مانده است، حاکم شرع دخالت می‌کند و اینکه صاحب جواهر و دیگران ادعای اجماع بر عدم ولایت حاکم بر صغیر و صغیره کرده‌اند شاید نظرشان به آنجائی باشد که ضرورتی نبوده که غالباً هم همین است و در جائی که نیاز باشد احدی نمی‌گوید که حاکم دخالت نکند.

۲ و ۳- جائی که مجنون باشد (خواه متصل، یا منفصل) ولی هم ندارد

و یا ولی دارد اما بگوئیم در جنون منفصل حق دخالت ندارد (کما اینکه بعضی گفته‌اند) پس کار زمین مانده است و مجنون هم حاجت به ازدواج پیدا کرده (ضرورت در کبیر مجنون، فرد نادری نیست). همان فقهائی که در صغیر به عدم ولایت حاکم فتوا می‌دادند، در اینجا می‌گویند حاکم ولایت دارد و باید دخالت کند و نمی‌تواند در مقابل چنین مجنونی بی تفاوت باشد زیرا ممکن است در غیر این صورت باعث مشکلات بیشتری شود.

امام در اینجا جمله‌ای دارد:

«کذا فی من بلغ فاسد العقل او تجدد فساد عقله اذا كان البلوغ والتجدد فی زمان حیاة الاب أو الجد» (اگر جنون بعد از فوت پدر بود مجنون بلا تکلیف می‌شود) چرا باید حاکم دخالت نکند، این چه حکمی است؟ اینجا که بدتر است و حاکم حتماً باید مسئول باشد. امام این قید را برای چه آورده‌اند؟

شاید به این جهت باشد که امام در مسئله قبل وصی را دخالت دادند، که احتیاطاً از وصی هم اجازه بگیرند، و بگوئیم این قید ناظر به دخالت دادن وصی است نه حاکم، که اگر در حیات اب مجنون شد وصی دائرة کارش مجنون در حیات اب را می‌گیرد، پس

باید از وصی هم اجازه بگیریم ولی اگر بعد از حیات پدر دیوانه شد اجازه وصی نمی‌خواهد، و فقط مربوط به حاکم شرع است. این توجیه اگر چه خلاف ظاهر هم باشد کلام امام هیچ توجیه دیگری غیر از این ندارد.

۴- در بالغة رشیده باکره عاقله تا پدرش بود اجازه پدر را می‌خواست

(ما به عنوان ثانوی گفتیم؛ ولی عدّه زیادی به عنوان اولی می‌گویند که اجازه پدر در باکره رشیده شرط است) وقتی پدر از دنیا رفت آیا باکره رشیده برای ازدواج باید از حاکم اجازه بگیرد؟

فرموده‌اند: اجازه نمی‌خواهد چون کار زمین مانده نیست، و دختر عاقله و بالغه است و خودش راه را پیدا می‌کند و ادّعی اجماع بر استقلال شده است. امّا اگر بگوئیم مفسده دارد (همان عنوان ثانوی که ما قائل بودیم) و ممکن است فریب بخورد و کار به طلاق کشیده شود و یا مفاسدی بر آن مترتب شود و اختلافات و طلاقها در جامعه زیاد شود در این صورت باید اجازه حاکم شرع باشد تا مفسده‌ای پیش نیاید پس در این صورت ما اجازه حاکم را شرط می‌دانیم.

۴۶ ادامه مسئله ۱۱ ... ۱ / ۹ / ۷۹

ادّله عدم ولایت:

۱- اجماع:

اجماع قائم است بر عدم ولایت حاکم بر صغیر و صغیره.

جواب: چون این مسأله ادّله دیگری هم دارد، در چنین مواردی توسل به اجماع بعنوان مؤید خوب است نه بعنوان استدلال.

۲- اصل:

اصل عدم ولایه احد علی احد است، و از جمله، حاکم شرع، پس اصل این است که ولایت نداشته باشد الا ما خرج بالدلیل. جواب: شما می‌گوئید الا ما خرج بالدلیل و ما دلیل اقامه کردیم، در آن جایی که ضرورت اقتضا کند که ازدواجی برای صغیر و صغیره انجام بگیرد و فرض هم این است که اولیاء ثلاثه (اب، جد، وصی) وجود ندارند، اگر حاکم شرع دخالت نکند در این صورت مصالح مهم صغیر و صغیره از بین می‌رود پس به حکم عقلا از اهل عرف و به حکم روایاتی که در شرع وارد شده (السلطان ولی من لا ولی له)

این مصلحت زمین مانده را باید حاکم شرع انجام دهد، و دلیل عقلانی و شرعی قائم است بر ولایت حاکم بر صغیر و صغیره، و همچنین است حال مجنون متّصل و منفصل. پس اصل هم با وجود دلیل کنار می‌رود.

(۱) ریاض، ج ۲، ص ۸۱

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۵۷

۳- روایات:

روایات سابقه که در باب عدم ولایت وصی به آن استدلال شده بود (روایت محمد بن مسلم از امام باقر و امام صادق، روایت عبید بن زراره). مضمون روایات این بود که شخصی صغیر و صغیره‌ای را به زوجیت درآورده، آیا زوجیت صحیح است؟ امام در جواب فرمود:

«ان كان ابواهما اللذان زوّجاهما فنعم» (۱)

مفهوم قضیه شرطیه این است که اگر غیر از اب دخالت کند باطل است، مفهوم شرط از مسلمات است خصوصاً که مقام، مقام احترام است یعنی حاکم شرع و وصی ولایت ندارد و فقط ولایت مخصوص اب است، روایت عبید بن زراره هم همین را می‌گفت. جواب: این حصر، حصر اضافی است و ناظر به برادر و سایر خویشان است که آنها ولایت ندارند و ناظر به وصی جانشین اب و حاکم شرعی که از طرف خدا مأمور است نمی‌باشد.

اضف الی ذلک: این روایات در مقابل عامّه وارد شده است، عامّه می‌گفتند: تمام قرابات اب (عصبه) برادر اب، عموزاده‌ها همه ولایت دارند، این روایت حصر اضافی است و آنها را رد می‌کند و کاری به حاکم و وصی ندارد و انصاف این است که این روایات و لو مفهوم دارد ولی ناظر به حاکم و وصی نیست و اگر احتمال هم بدهیم که حصر، حصر اضافی است برای از کار انداختن مفهوم کافی است (اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال).

تا اینجا ادله نافی حکومت حاکم بر صغیر و صغیره را دانستیم.

نکته: گمان ما این است که نزاع در این مسأله لفظی است.

آن جائی که ضرورتی نباشد همه می‌گویند که حاکم دخالت نکند، و غالباً اینها ضرورت ندارند و آنها که می‌گویند ولایت ندارد ناظر به همین جهت بوده‌اند اما آن جائی که ضرورت ملزمه (تلف شدن - مشکل محرمیت) باشد آنها که منکر هستند در اینجا به حاکم ولایت می‌دهند و کدام فقیه است که بگوید حاکم دخالت نکند و بچه تلف شود. پس نزاع ظاهراً لفظی است. نتیجه: اگر مصلحت ملزمه‌ای ایجاب کند در صغیر و صغیره و در مجنون منفصل و متصل حاکم باید دخالت کند چون کار زمین مانده است و اگر دسترسی به حاکم شرع نبود سراغ عدول مؤمنین می‌روند.

[مسأله ۱۲ (شرائط الولاية)]

اشاره

۴۷ مسأله ۱۲ (شرائط الولاية ...) ۲ / ۹ / ۷۹

مسأله ۱۲: یشرط فی ولاية الاولیاء (چهار شرط هست و بعضی شرط پنجمی هم اضافه کرده‌اند)

البلوغ و العقل و الحریة و الاسلام اذا كان المولی علیه مسلماً، (مثلاً اگر مسلمانی از دنیا رفت بخواهد به غیر مسلمان وصیت کند که مواظب بچه‌های او باشد، جایز نیست و وصی باید مسلمان باشد).

فلا ولاية للصغیر و الصغیره علی احد بل الولاية فی موردها لولیهما، و کذا لا ولاية للاب و الجد اذا جنّا (مجنون شوند)

، و ان جنّ احدهما یختص الولاية بالآخر و کذا لا ولاية للاب الکافر علی ولده المسلم (مادر مسلمان است یا پدر عند انعقاد نطفه مسلمان بود و بعد از آن کافر شد)،

فتکون للجد اذا كان مسلماً (اگر پدر و پسر هر دو کافر بودند آیا ولایت کافر بر کافر هست؟)،

و الظاهر ثبوت ولایته (ای الاب)

علی ولده الکافر اذا لم یکن له جدّ مسلم (جدّ مسلمان مقدم است بر پدر کافر و لو بچه هم کافر باشد)،

و الا فلا یبعد ثبوتها له (جدّ مسلم)

دون الکافر.

عنوان مسأله:

اشاره

مرحوم امام در این مسأله، ۴ شرط برای ولی قائل شده‌اند:

۱- بلوغ:

آیا می‌شود ولی نابالغ پیدا کنیم یعنی پدری باشد نابالغ؟ خیر، مصداقی ندارد. بله در مورد وصی و حاکم ممکن است مصداقی پیدا شود مثلاً وصی هست چهارده‌ساله ولی هوشیار مثل بوعلی سینا یا علامه حلّی، اینجا جای بحث است که بگوئیم چون بالغ نیست نمی‌تواند حاکم شرع یا وصی باشد پس نسبت به اب و جد غیر بالغ موضوعی ندارد ولی نسبت به حاکم شرع و وصی موضوع دارد، البتّه در بین معصومین افرادی داریم که در صغر به مقام نبوت و امامت رسیده‌اند، یکی از آنها حضرت یحیی علیه السلام است «آتَيْنَاهُ الْحُكْمَ صَبِيًّا» (۲) (ظاهرش حکم نبوت است)، و دیگری حضرت عیسی علیه السلام «قَالَ إِنِّي عَبْدُ اللَّهِ آتَانِيَ الْكِتَابَ وَجَعَلَنِي نَبِيًّا» (۳) که با این دو آیه بسیاری از شبهات در ناحیه امامت امیر المؤمنین و امام جواد علیه السلام جواب داده می‌شود؛ ولی غیر از معصومین و بعضی از پیامبران قول غیر بالغ در اموری مثل حکومت و وصایت پذیرفته نمی‌شود و معصومین و پیامبران از باب استثناء است.

۲- حریت:

حریت هم بحثی ندارد، چون عبد در مقابل مولی از خودش اختیاری ندارد مگر مولی به او اجازه بدهد که بعید نیست با اجازه مولی وصایت و حاکمیت شرع را بپذیریم، البتّه چون محلّ ابتلاء

(۱) ح ۱، باب ۱۲، ح ۸، باب ۶ از ابواب عقد نکاح و ح ۲، باب ۳۳ از ابواب مقدمات طلاق.

(۲) آیه ۱۲، سوره مریم.

(۳) آیه ۳۰، سوره مریم.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۵۸

نیست از آن بحثی نمی‌کنیم.

۳- عقل:

در مورد دیوانه نیز بحثی نیست و همه می‌دانند که دیوانه نمی‌تواند حاکم شرع یا وصی شود، (قضایا قیاساتها معها) پس این سه شرط مسلم است و بحثی ندارد و آنکه باید روی آن بحث شود شرط اسلام است.

۴- اسلام:

در صورتی که مولی علیه مسلمان باشد اجماعی است که ولی باید مسلمان باشد. صاحب ریاض، صاحب جواهر، مسالک، حدائق و کشف اللثام آن را نقل کرده‌اند.

صاحب حدائق می‌فرماید:

الظاهر أنه لا خلاف بين الاصحاب في اشتراط الاسلام في الولاية (ولی صغیر و حتی کبیر مثل مجنون باید مسلمان باشد) فلا تثبت للكافر - أباً كان أو جده أو غيرهما - الولاية على الولد المسلم صغيراً أو مجنوناً، ذكراً كان أو انثى، «۱» در ادامه می‌فرماید چگونه می‌شود پدر کافر، اما فرزند مسلمان باشد. ایشان چهار صورت را ذکر می‌کند:

۱- مادرش مسلمان باشد. ۲- جدش مسلمان باشد. ۳- خودش بعد از بلوغ مسلمان شد، بعد دیوانه شد. ۴- بالغ عاقل مسلمان اما باکره رشیده بنا بر قول به اذن، آیا پدر بر این دختر مسلمان ولایتی دارد، می‌گویند نه. صورت دیگری هم تصور کرده‌اند و آن اینکه بچه نابالغ مسلمان بشود، اگر بگوئیم که اسلام بچه نابالغ پذیرفته می‌شود.

ما می‌گوئیم بچه نابالغ اگر عاقل و هوشیار باشد و مسلمان شود پذیرفته می‌شود چون صحت نماز و روزه بچه عاقل و فهمیده، فرع بر این است که اسلام او پذیرفته شود.

مرحوم حکیم در مسئله ۱۶ از مسائل عروه، اجماع را از مسالک و کشف اللثام نقل می‌کند.

ادله:**۱- اجماع:**

اجماع قائم است بر عدم ولایت کافر بر مسلمان.

جواب: چون دلیل‌های دیگر داریم اجماع مدرکی است و حجت نیست. زیرا مادامی که دلیل‌های دیگر باشد اجماع فقط مؤید است.

۲- آیات:

الف- آیه: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً» «۲».

اشاره

آیه قابل بحث است زیرا در مورد «سبیل» چهار احتمال داده‌اند.

۱- غلبه نظامی،

(الغلبه العسکریه) یعنی کافران بر مؤمنان غلبه نظامی نخواهند کرد ولی این درست نیست و مانعی ندارد که کفار در جنگی پیروز شوند. مانند پیروزی آنان در جنگ احد (این احتمال خوبی نیست).

۲- غلبه منطقی

(الغلبه من ناحیه الحجّه)، مرحوم طبرسی در مجمع البیان این احتمال را می‌دهد که غلبه منطقی و حجت و استدلال بر مؤمنین ندارند

و منطق اسلام از همه قوی تر است (این احتمال خوبی است).

۳- غلبه در آخرت،

یعنی در آخرت طلبکار از مسلمانان نخواهند بود این تعبیر به خاطر ضمیمه شدن قسمت قبلی آیه است که خداوند می فرماید: **فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ** «... ۳»

۴- غلبه تشریحی:

ولایت، حکم تشریحی است که خداوند برای کافران ولایت بر مؤمنان را قرار نداده است، این در عالم تشریح است. اگر احتمال آخر را بتوانیم درست کنیم و بقیه احتمالات کنار رود، آیه به برای استدلال مناسب است، البته احتمال دارد که سه احتمال آخر با هم مورد نظر باشد یعنی نه غلبه منطقی و نه سبیل آخرت و نه سبیل تشریحی قرار نداده و سبیل هم عام است و تمام موارد را شامل می شود. بعضی می گویند در عالم تشریح خداوند ولایت قرار داده است، مثل این که انسان مسلمان اجیر شخص کافر شود؛ ولی در جواب باید گفت در چنین موردی ولایت نیست، چون در این صورت حاکمیت نیست و فقط نوعی معامله است. پس این آیه زنده شد و مطابق این آیه عمل می کنیم.

ب- آیه «وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ» «۴»

مفهوم آیه این است که مؤمنین می توانند ولی هم شوند ولی کفار نه، و آیه: «وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ» «۵» می فرماید: بعضی از کفار می توانند ولی بعضی دیگر شوند.

۳- روایت:

استدلال به حدیث نبوی

«الاسلام یعلو ولا یعلی علیه» «۶»

که احتمالات چهارگانه در مورد آیه در این روایت هم مطرح است

(۱) حدائق، ج ۲۳، ص ۲۶۷.

(۲) آیه ۱۴۱ سوره نساء.

(۳) آیه ۱۴۱ سوره نساء.

(۴) آیه ۷۱ سوره توبه.

(۵) آیه ۷۳ سوره انفال.

(۶) بحار، ج ۳۹، ص ۴۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۵۹

«یعلی» یعنی غلبه نظامی یا غلبه منطقی یا غلبه در آخرت و یا غلبه تشریحی.

این روایت مرسله است ولی مشهور به آن عمل کرده اند که عمل اصحاب جبران ضعف روایت می کند.

نکته: کافر بر مسلمان ولایت ندارد ولی آیا کافر بر کافر ولایت دارد؟ بعضی سخت‌گیری کرده‌اند و معتقدند که مشکل است کافر بر کافر ولایت داشته باشد.

ما معتقدیم که آیه می‌فرماید ولایت دارند و سیره عقلا هم بر این است و حتی بچه‌های مسیحی‌ها و یهودیهایی که در جامعه مسلمانان زندگی می‌کردند، حکومت بر آنها ولایت نمی‌کرد بلکه پدر بر آنها ولایت داشت، حتی در جائی که جد مسلمان و پدر و بچه مسیحی هستند ما می‌گوئیم پدر ولایت دارد.

نتیجه: آنچه مسلم است کافر بر مسلمان ولایت نخواهد داشت و ولایت کافر بر کافر هیچ مشکلی ندارد.

[مسئله ۱۳ (عقد الفضولی)]

اشاره

۴۸ مسألة ۱۳ (عقد الفضولی ...) ۷۹ / ۱۰ / ۱۲

مسألة ۱۳: العقد الصادر من غير الوكيل و الولی (مرحوم امام (ره) باید زوج و زوجه کبیر را هم اضافه می‌کرد ولی به هر حال منظور از غیر، کسی است که صاحب اختیار نیست اجنبی)

المسمی بالفضولی (المسمی صفت برای «غیر» است نه برای عقد، چون عقد فضولی نیست بلکه شخص، مسمی به فضولی است) یصح (ای العقد)

مع الاجازة، سواء كان فضولياً من الطرفين (زوج و زوجه)

او من احدهما (یک طرف اصیل و یک طرف فضولی)

، و سواء كان المعقود عليه صغيراً او كبيراً (اگر صغیر باشد، باید ولی اقدام کند ولی اجنبی اقدام کرده)،

و سواء كان العاقد قريباً للمعقود عليه كالآخ و العمّ و الخال أو اجنبياً، و منه (ای عقد الفضولی)

العقد الصادر من الولی او الوكيل على غير الوجه المأذون فيه بان أوقع الولی على خلاف المصلحة أو الوكيل على خلاف ما عينه الموكل.

عنوان مسأله:

هر کسی که اختیار عقد را نداشته باشد و آن را انجام دهد «عقد فضولی» است و فرقی بین ولی، وکیل، خویشاوندان و یا اجنبی نیست. در فضولی عقد از لحاظ اجرای صیغه کامل است و فقط عاقد اجازه نداشته است. این مسأله از امهات مسائل است چون ساری و جاری در سایر ابواب فقه است، عقود و حتی ایقاعات هم فضولی دارد.

معنای فضولی:

منسوب به فضول را «فضولی» می‌گویند و «فضول» در لغت به معنی زوائد و اضافات است بنابراین فضولی کسی است که مسائل اضافی را انجام می‌دهد (من يفعل الفضول)

ارباب لغت می‌گویند: الفضولی هو من يتعرض لما لا يعنيه و این که در فارسی می‌گوئیم: «فضولی کرد» از باب تسامح است بلکه باید بگوئیم: «کار فضول کرد». پس فضولی کسی است که متعرض کاری می‌شود که از اختیارات او خارج است.

و اما در اصطلاح فقهاء فضولی به کسی می‌گویند که سراغ عقد یا ایقاعی می‌رود که اختیارش را ندارد (هو من يتعرض لعقد او

ایقاع لیس له سلطه علیه). بنابراین وقتی می‌گوئیم عقد فضولی، باید به صورت اضافه باشد یعنی «عقد الفضولی» (عقدی که شخص فضولی می‌خواند) نه بصورت توصیف «العقد الفضولی» (عقد متّصف به صفت فضولیت) زیرا دانستیم «فضولی» شخص است نه عقد. در کلمات علماء گاهی به عقد تسامحاً فضولی گفته شده است.

در ذیل این مقام ذکر دو نکته لازم است.

نکته اول: فضولی، معنی وسیعی دارد و عقد فضولی گسترش دارد، همان گونه که امام (ره) در عنوان مسأله فرمودند، حتی وکیل و ولی گاهی فضولی هستند.

نکته دوم: هر عقدی را نمی‌توان گفت عقد فضولی است، زیرا در عقد فضولی باید رابطه‌ای در کار باشد، مثلاً اگر به بنگاهی گفته شود برای فلان منزل مشتری پیدا کند ولی او قولنامه را هم می‌نویسد و منزل را بدون اجازه می‌فروشد، این فضولی است و یا برادری، به خواهرش می‌گوید برای دختر تو شوهری پیدا کردم و عقدی خوانده‌ام، این هم فضولی است چون در آن ارتباط موجود است ولی اگر یک نفر که به تمام معنی اجنبی است؛ بگوید: خانه شما را فروختم و یا دختری را در خیابان ببیند و بگوید این دختر را به عقد شما در آوردم. این موارد که اجنبی به تمام معنی الکلمه است و هیچ رابطه‌ای در کار نیست، عقد فضولی عرفی نیست و عقلاً آن را جدی نمی‌دانند، و مواردی را اجازه می‌دهند و فضولی می‌دانند که رابطه‌ای در کار باشد و در معرض اجازه باشد.

اقوال:

مرحوم محقق در شرایع (و صاحب جواهر «۱») می‌فرماید: عقد

(۱) ج ۲۹، ص ۲۰۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۶۰

النکاح (الصادر من الفضولی) یقف علی الاجازة علی الاظهر «۱» (مرحوم محقق قید فضولی را در عبارت نیاورده است). محقق علی الاظهر می‌گوید یعنی به حسب ادله، مرحوم شهید در لمعه علی الاقرب می‌گوید یعنی به حسب قواعد و صاحب جواهر علی الاظهر می‌گوید یعنی به حسب اقوال.

در ادامه صاحب جواهر می‌فرماید: بل المشهور شهرة عظيمة بین القدماء و المتأخرین، سپس از سرائر فی الجملة نفی خلاف را حکایت می‌کند، بعد بالاتر می‌رود و از ناصریات سید مرتضی نقل اجماع می‌کند، جالب این که کسانی که در بیع منکر فضولی شده‌اند در نکاح، فضولی را قبول دارند (من انکر فی البیع افتی به فی النکاح) زیرا در نکاح ده روایت یا بیشتر داریم که در موارد فضولی فرموده‌اند با اجازه درست می‌شود ولی در بیع دست ما از روایت خالی است و تنها یک روایت معروف داریم و آن روایت «عروة باری» است و لذا کسانی که در باب بیع، فضولی را نپذیرفته‌اند در باب نکاح آن را غالباً قبول کرده‌اند ولی در عین حال در نکاح هم مخالف وجود دارد. مرحوم شیخ طوسی در دو کتاب خلاف و مبسوط مخالفت کرده و عقد فضولی را باطل می‌داند ولی در بعضی از کتابهایش مثل نهاییه، تهذیب و استبصار، با قول مشهور موافقت کرده و قائل به صحّت آن در نکاح شده است. پس ایشان یک موافق و مخالف نیمه کاره است.

مرحوم فخر المحققین هم در کتاب ایضاح الفوائد در باب بیع فضولی مخالفت کرده است. در بین قدما موافق کم داریم و در بین متأخرین موافق بیشتر است، ولی در نکاح چون از نظر اقوال وضعش خوب است، قدما و متأخرین اکثریت قائل به صحّت عقد فضولی شده‌اند.

از بعضی از اقوال بزرگان فقهاء استفاده می‌شود که در نکاح فضولی، بین فقهاء سه قول وجود دارد: فخر المحققین بیانی دارد که خلاصه آن چنین است:

فی المسأله اقوال ثلاثه، (الف) انه (عقد الفضولی) يقع موقوفاً علی الاجازه... و هو قول المفید، و المرتضی، و الشیخ فی النهایه، و ابن ابی عقیل، و سلار، و ابن البراج، و ابی الصلاح، و ابن إدیس و والدی المصنّف (علّامه در قواعد)، (ب) انه لا یقف علی اجازه،... فعقد الفضولی باطل من اصله و هو اختیار الشیخ فی الخلاف و المبسوط (ج) قول ابن حمزه انه یقع موقوفاً فی تسعه مواضع (که در نصوص خاصه آمده است) و عدّ منها عقد الاخ و الامّ و العمّ و الرشیده بدون اذن الولی (در واقع ایشان با نصوص تعبّدی برخورد کرده و نتوانسته قاعده خاصی را استنباط و استخراج کند) ثم قال (فخر المحققین) و الذی اُفتی به بطلان عقد الفضولی «۲»

بنابراین سه قول بیان شد، قول اول مشهور بین القدماء کما هو المشهور بین المتأخرین و قول دوم نظر شیخ طوسی و فخر المحققین و قول سوم قول به تفصیل. این چهره اقوال در بین فقهاء شیعه بود اما اقوال عامه که آنها هم مجموعاً سه قول را انتخاب کرده‌اند کمی با اقوال شیعه فرق دارد اقوال آنان را از مرحوم شیخ در خلاف و از کتاب المجموع نووی «۳» نقل می‌کنیم.

الاول یصحّ نکاح الفضولی مع الاجازه و ان ردّه بطل و هو قول ابی حنیفه و من تبعه و كذلك البیع عنده، الثانی انّ جمیع اقسامه لا یصحّ و هو قول الشافعی و احمد بن حنبل و اسحاق و الثالث یصحّ اذا اجازه عن قرب (اگر زود اجازه بدهد و تأخیر نیاندازد) و إن اجازه عن بُعد بطل و هو قول مالک (مرحوم شیخ طوسی بعد از نقل اقوال می‌گوید) عقد الفضولی باطل فی البیع و النکاح (قول دوم)

ادله قائلین به صحّت عقد فضولی:

۱- مقتضای قاعده:

اشاره

دو بیان دارد:

بیان اول: عمومات صحّت عقود

کبری: عمومات صحّت عقد شامل عقد فضولی می‌شود زیرا «إیّا أیّها الذین آمنوا أو فوا بالعقود» در واقع معنایش «اوفوا بعقودکم» است.

صغری: عقد فضولی در زمان صدور، عقد صاحب اصلی نبود و بعد از اجازه، مصداق «عقودکم» شده است. به عنوان مثال دلال عقدی برقرار می‌کند و به مالک می‌گوید شما به من گفته بودید با این شرایط مشتری پیدا کن، ولی با شرایط دیگری مشتری پیدا کردم، این هم قولنامه اگر می‌پذیرید آن را امضاء کنید، مالک می‌گوید می‌پذیرم و امضا می‌کند بعد از امضاء قولنامه آیا «عقودکم» صدق می‌کند؟ مسلماً صدق می‌کند.

ان قلت: در هنگام صدور عقد اجازه‌ای نبود و بعد از الحاق اجازه عقدی وجود ندارد، چون عقد تمام شده زیرا عقد و انشاء آنی

(۲) ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۲۷.

(۳) المجموع، ج ۱۷، ص ۲۴۹.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۶۱

الحصول است، زمانی که عقد بود اجازه‌ای نبود و زمانی که اجازه آمد عقدی نبود در حالی که عقد و اجازه باید با هم جمع شوند پس چگونه این دو را با هم جمع می‌کنید؟

قلنا: انشاء، آنی الحصول است، اما مُنشأً یک وجود بقادار و مستمر است (انشاء را بعضی التزام قلبی و بعضی وجود اعتباری می‌دانند) اگر انشاء التزام قلبی باشد با رفتن لفظ، الزام و تعهد باقی است و اگر انشاء را در عالم اعتبار بدانیم، لفظ ایجادکننده از بین می‌رود ولی وجود اعتباری باقی می‌ماند، پس هنگامی که صاحب عقد، عقد را امضاء می‌کند الفاظ را امضاء نمی‌کند، بلکه آن التزام قلبی و وجود اعتباری را امضاء می‌کند که در این صورت عقد فضولی هم بعد از اجازه «اوفوا بعقودکم» می‌شود. (مانند باب اکراه که در آن قضیه روشن‌تر است، اگر اجازه بعداً آمد عقد مکروه هم درست می‌شود اینجا نیز مانند باب اکراه است.)

بیان دوم: تمسک به سیره عقلا:

در میان عقلا عقد فضولی وجود دارد و شارع هم آن را امضاء کرده است از جمله، روایت «عروه باری» (از صحابه پیامبر) که در کتاب بیع نقل شده و مضمون حدیث چنین است که پیامبر به عروه یک دینار داد و فرمود
اشتر بذلك لی شاء «۱»

، او با یک دینار دو گوسفند خرید و یکی را به یک دینار فروخت و پیش پیامبر آمد و گفت این یک دینار شما و این هم گوسفندی که دستور خرید آن را فرموده بودید. عروه چرا این کار را کرد در حالی که چنین اجازه‌ای نداشت، پس اگر بین عقلا این برنامه نبود، عروه چنین نمی‌کرد تا بعداً موکل اجازه دهد، پس در بیع مواردی بوده که شخص از حد و کالت فراتر رفته و بعد هم اجازه گرفته است. از روایات باب نکاح هم معلوم می‌شود که عرف چنین کاری می‌کرده‌اند و این که روایات می‌گویند جایز است، معلوم می‌شود که این عمل در بین مردم بوده است، در زمان ما نیز رایج است که وکیل از حدود اختیارات تعدی می‌کند حتی دلال هم که وکالت ندارد چنین می‌کند.

جمع‌بندی: هم از باب سیره عقلا و هم از باب عمومات می‌توان وارد شد و به اطلاق تمسک کرد زیرا اطلاقات، مقارنه بین عقد و اجازه را لازم نمی‌دانند.

۵۰ ادامه مسئله ۱۳ ... ۱۴ / ۱۰ / ۷۹

۲- روایات:

اشاره

احادیث زیادی در باب نکاح داریم که نشان می‌دهد نکاح فضولی صحیح است، این احادیث هیچ کدام عام نیست، به گونه‌ای که صراحتاً نکاح فضولی را صحیح بدانند، ولی هنگامی که این ادله خاصه را کنار هم قرار دهیم، می‌توانیم از آن حکم کلی را استخراج کنیم بخصوص که بعضی از آنها مشتمل بر تعلیل است و می‌توان این موارد را قیاس منصوص العله دانست. این احادیث

چند طایفه هستند.

طایفه اول: روایاتی که در باب نکاح عبید و اماء وارد شده است،**اشاره**

عبید و اماء، بدون اجازه مولی حق ازدواج ندارند، زیرا ازدواج آنها برای مولی مسئولیتهائی ایجاد می‌کند. روایات متعددی در این باب داریم که اگر عبید و اماء بدون اذن ازدواج کنند و بعد مولی اجازه دهد، نکاحشان صحیح است. (مصدق بارز نکاح فضولی) نکته: روایات عبید و اماء در این زمان مورد ابتلاء نیست ولی مشتمل بر تعلیلاتی است که در همه جا می‌توان از آن استفاده کرد، از جمله مرحوم شیخ انصاری در مقام صحت بیع فضولی به این حدیث استدلال کرده است:

... عن زراره عن ابی جعفر

(امام باقر) علیه السلام

قال: سألت عن مملوك تزوج بغير اذن سيده، فقال: ذاك الی سيده، إن شاء اجازة، و إن شاء فرّق بينهما، قلت أصلحك الله (خدا شما را به سلامت بدارد که مراد از اصلح، اصلاح مزاج است)

إنّ الحكم بن عتيبة و إبراهيم النخعي

(از فقهای عامه در عصر امام باقر علیه السلام)

و اصحابهما يقولون: إنّ أصل النكاح فاسد و لا تحلّ اجازة السيد له، فقال أبو جعفر عليه السلام إنّه لم يعص الله، و إنّما عصي سيده، فإذا اجازة فهو له جائز. «۲»

می‌فرماید: خلاف فرمان خدا (مانند نکاح محارم و نکاح فی العده) رفتار نکرده است، بلکه نکاح حلال است و کمبود آن فقط، استناد به مولی است که در هر زمانی قابل تحصیل است و اشکالی ندارد.

البته مخالفت مولی، خلاف حکم شرع است ولی منظور روایت این است که خلاف قوانین غیر قابل تغییر شریعت، رفتار نکرده، بلکه خلافتی کرده است که قابل جبران و تدارک است.

از این عموم علت، در تمام عقود فضولی (بیع، اجاره، صلح) ...،

می‌توانیم استفاده کنیم، مثلاً می‌توانیم در بیع فضولی بگوئیم: بیع خمر نکرده که عصیان خدا و غیر قابل تدارک باشد، بلکه عصیان

(۱) مستدرک الوسائل، ج ۱۳، ص ۲۴۵، ح ۱۵۲۶۰.

(۲) وسائل، ج ۱۴، ح ۱، باب ۲۴ از ابواب نکاح عبید و اماء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۶۲

مالک را کرده و فقط اذن او را می‌خواهد که اگر اجازه دهد، درست می‌شود. (سند حدیث معتبر و دلالت آن واضح است).

... عن زراره

(سند این روایت خالی از ضعف نیست ولی در این باب احادیث متعدّد داریم که مجموعاً متضافر هستند)،

عن ابی جعفر علیه السلام قال: سألت عن رجل تزوج عبده «امرأة» بغير إذنه فدخل بها ثم أطلع علی ذلك مولاه، قال: ذاك لمولاه، ان

شاء، فرّق بينهما و إن شاء أجاز نكاحهما، فان فرّق بينهما فللمرأة ما أصدقها

(زن باید صداقتش را بگیرد)،

إِلَّا أَنْ يَكُونَ اعْتَدَى فَأَصْدَقَهَا صِدَاقًا كَثِيرًا

(معلوم می‌شود که مهر المسمی را باید بدهد نه مهر المثل را)

و إن أجاز نکاحه فهما علی نکاحهما الاوّل

(و دوباره صیغه نمی‌خواهد)

فقلت لابی جعفر علیه السلام: فَإِنَّ أَصْلَ النِّكَاحِ كَانَ عَاصِبًا، فَقَالَ أَبُو جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ: إِنَّمَا أَتَى شَيْئًا حَلَالًا وَ لَيْسَ بِعَاصِ لَهِ، إِنَّمَا عَصَى سَيِّدَهُ وَ لَمْ يَعِصِ اللّٰهَ، إِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ كَاتِبَانِ مَا حَرَّمَ اللّٰهُ عَلَيْهِ مِنْ نِكَاحٍ فِي عِدَّةٍ وَ أَشْبَاهِهِ. «۱»

سؤال ۱: حدیث می‌گوید اگر مولی اجازه نداد زن باید صداقش را بگیرد و حال آنکه نکاح باطل بوده، پس صداق بخاطر چیست؟
جواب: چون وطی به شبهه بوده باید مهر المسمی را بگیرد.

سؤال ۲: چه کسی باید این مهر را بدهد؟ اگر بگوئید عبد باید این مهر را بدهد، که معمولاً عبد مالی ندارد و اگر بگوئید مولی، چرا او اینجور را بکشد و حال آن که ازدواج مربوط به او نیست.

جواب: اگر عبد مالی دارد باید مهر المسمی را بدهد و اگر مالی ندارد، مولی باید خسارت او را بدهد، چون مسئولیت عبد و اعمال او بعهده مولی است.

۵۱ ادامه مسئله ۱۳ ... ۱۷ / ۱۰ / ۷۹

... عن عبید بن زرارہ،

(این حدیث خصوصیت تازه‌ای دارد و بحث از عبد مشترک می‌کند، یکی از مالکین عبد اجازه داده که عبد نکاح کند ولی دیگری اجازه نداده، پس نسبت به دو می‌فضولی بوده است)

عن ابی عبد اللّٰه علیه السلام فی عبدٍ بین رجلین زوّجه احدهما و الآخر لا یعلم، ثمّ انّه علم بعد ذلك، أله أن یفرّق بینهما؟ قال: للذی لم یعلم و لم یأذن أن یفرّق بینهما و إن شاء ترکه علی نکاحه. «۲»

نکته: اجازه به ترک هم محقق می‌شود، یعنی اگر مالک فهمید و مانع نشد کافی است و اجازه لفظی «اذنت لک» را لازم ندارد، این معنی نشان دهنده توسعه مفهوم اجازه است.

... عن معاویة بن وهب، قال: جاء رجل الی ابی عبد اللّٰه علیه السلام فقال: انّی کنت مملوکاً لقوم، و انّی تزوّجت امرأة حرّة بغير اذن مولیّ، ثم اعتقونی بعد ذلك، فأجدّد نکاحی ایها حین اعتقت؟ فقال له: أکانوا علموا أنّک تزوّجت امرأة و أنت مملوک لهم؟ فقال: نعم و سکتوا عنی و لم یغیروا علیّ

(دعوا نکردند یا تغییر ندادند)

قال:

فقال: سکوتهم عنک بعد علمهم اقرار منهم، اثبت علی نکاحک الاوّل. «۳»

حدیث ۲ و ۳ این باب از حسن بن زیاد طائی هم به همین مضمون است و با صراحت دلالت دارد که عقد نکاح فضولی، بعد از اجازه کافی است و سکوت بعد از علم به عقد، بمنزله اجازه است.

این دو حدیث ظاهراً مشکل سند دارد ولی چون احادیث متضافر هستند نیاز به بحث ندارد.

حدیث دیگر، حدیثی است که در مسئله اجازه، به دلالت التزامی قناعت می‌کند، دلالتی که از فعل، سکوت و لفظ بالاتر است منتهی حدیث سندی ندارد، و باید به احادیث دیگر ضمیمه شود.

... قال: جاء رجل الی امیر المؤمنین علیه السلام، و قال: انّ هذا مملوکی تزوّج بغير اذنی، فقال امیر المؤمنین علیه السلام:

(اگر رضایت نداری)

«فَرَّقَ بَيْنَهُمَا أَنْتَ»، فالتفت الرجل الى مملوكه و قال: يا خبيث، طَلَّقَ امرأتك، فقال امير المؤمنين عليه السلام للعبد: «إن شئت فطلق و ان شئت فامسك، ثم قال: كان قول المالك للعبد طَلَّقَ امرأتك رضى بالتزويج، فصار الطلاق عند ذلك للعبد». (۴)

نتیجه: رضایت دارای چهار مرحله است.

۱- رضایت لفظی. ۲- رضایت فعلی. ۳- رضایت بالترك.

۴- رضایت بالدلالة الالتزامية.

... * عن علي بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر عليه السلام عن أبيه، عن آبائه، عن علي عليه السلام أنه اتاه رجلٌ بعبده، فقال: انّ عبدی تزوّج بغير اذنی فقال علی علیه السلام لسیده: فرق بینهما (تا اینجا شبیه حدیث قبلی است)

، فقال السّید لعبده: یا عدّوا ... طَلَّقَ، فقال له علی علیه السلام کیف قلت له؟ قال: قلت له: طَلَّقَ، فقال علی علیه السلام للعبد: اما الآن فان شئت فطلق، و ان شئت فامسك، فقال السّید: یا امیر المؤمنین علیه السلام امرّ کان بیدی، (اذن دست من بود)

فجعلته بید غیری، قال: ذلك لانك حين قلت له: طَلَّقَ أقررت (أمضيت) له بالنكاح (۵)

. این روایت روشن تر است، منتهی تمام این احادیث قدر

(۱) ح ۲، باب ۲۴ از ابواب نکاح عیید و اماء.

(۲) ح ۱، باب ۲۵ از ابواب نکاح عیید و اماء.

(۳) ح ۱، باب ۲۶ از ابواب نکاح عیید و اماء.

(۴) مستدرک، ج ۱۵، باب ۱۹ از ابواب نکاح عیید و اماء، ح ۱.

(۵) ح ۱، باب ۲۷ از ابواب نکاح عیید و اماء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۶۳

مشترکی دارند که صحّت نکاح فضولی است، ولی خصوصیتی در این حدیث است که به دلالت التزامی هم اجازه را نافذ و کافی می‌داند و «طَلَّقَ» به دلالت التزامی یعنی «امضیت النکاح». ولی این خصوصیت چون منحصر در این حدیث است باید سندش درست باشد تا بتوانیم از آن، این خصوصیت را استفاده کنیم؛ ولی در قدر مشترک چون متضافر بود مشکلی نداشت، ظاهراً حدیث قبل هم همین حدیث است. اما سند حدیث مشکل دارد، «بنان بن محمد و موسی بن قاسم» هر دو مجهول هستند، هر چند بقیه سند خوب است.

(البته ممکن است روایت در مقام اثباتی باشد نه در مقام ثبوتی و اقرار هم، به معنی خود اقرار باشد نه بمعنی امضاء، یعنی طَلَّقَ گفتن مالک در اینجا، در مقام اثبات، قرینه شود بر اینکه قبلاً اذن داده است).

جمع‌بندی: روایات نکاح فضولی صحیح است و اجازه به یکی از صور چهارگانه ممکن است و با کمک تعلیلاتی که در ذیل روایات نکاح فضولی بود می‌توان به ابواب دیگر هم تعدی کرد.

نکته: نظر اسلام در مورد برده‌داری

اسلام نظام بردگی را پذیرفته است، بلکه به عنوان یک مسئله مقطعی روی آن کار کرده تا به آزادی بشر منتهی شود. این مسأله از سه محور قابل بررسی است:

محور اول: اسلام برده‌فروشی را بدترین کار می‌داند و در این رابطه می‌گوید:
«شَرُّ النَّاسِ مِنْ بَاعِ النَّاسِ».

محور دوم: اسلام برای آزادی بردگان فتح ابواب زیادی را کرده است که خود، فهرست مفصّلی دارد. در کفّارات، مکاتبه، تدبیر، ذات ولد و به عنوان یک مستحبّ (در روایات آمده که علی علیه السلام هزار غلام از دسترنج خود خرید و آزاد کرد) و یا اگر مولی بعضی شکنجه‌ها را به عبدش وارد کند عبد آزاد می‌شود و یا اگر عبد کافر در دست کافر مسلمان شد باید آزاد شود، و یا اگر عبد شریکی بود و یکی سهم خود را آزاد کرد دیگری هم باید آزاد کند و ... حتّی ائمّه با کمترین بهانه‌ای، بنده خودشان را آزاد می‌کردند و بدین طریق اسلام تمام راههای آزادی را به روی بردگان گشود.

محور سوم: تمام طُرُق استرقاق به روی انسانها بسته شد در حالی که در عصر جاهلیت به کمترین بهانه‌ای، انسانها برده می‌شدند، مثلاً کسی که دزدی می‌کرد و یا بدهکار بود، برده می‌گشت؛ ولی اسلام فقط در جنگها آن هم به صورت واجب مخیر (فَأَمَّا مَنْ بَعْدَ وَ إِمَّا فِدَاءً) «۱» و مع المصلحه اجازه داده است و مسلم در شرایط فعلی حاکم فقط «فداء» را اختیار می‌کند.

وقتی روی این محورها مطالعه می‌شود، معلوم می‌شود که اسلام، نظامی مخالف بردگی بوده است، منتهی اسلام در زمانی آمد که در آن برده‌داری بوده و در جامعه نفوذ داشته و ممکن نبوده این مسأله یک مرتبه کنار گذاشته شود، پس اسلام در ابتدا آن را مصلحتاً امضاء کرد، به این جهت که آزادی بردگان یکجا ممکن نبود، هم برای خودشان مشکل ساز می‌شد و هم برای مالکان آنها، چرا که منبع درآمدی برای امرار معاش نداشتند و لذا اسلام مرحله به مرحله پیش آمد و مالکین را قانع کرد و بندگان را هم کم کم به آزادی رساند و آزادی، تدریجی و بی‌دردسر شد.

۵۲ ادامه مسئله ۱۳ ... ۱۸ / ۱۰ / ۷۹

طایفه دوم: روایاتی که می‌گوید نکاح عمو، مادر، برادر، پدر نسبت به پسر کبیر و دختر کبیر، با اجازه صحیح است.

...* عن علی بن مهزیار، عن محمد بن الحسن الاشعری قال: کتب بعض بنی عمی الی ابی جعفر الثانی (امام جواد علیه السلام)

ما تقول فی صبیّه زوّجها عمّها، فلما کبرت ابت التزویج، فکتب لی: لا تکره علی ذلک و الامر امرها. «۲»
آیا معنی حدیث این است که نکاح جدیدی بکند یا این که همان نکاح قبلی را اجازه دهد؟ قطعاً همان اجازه کافی است (قول بعض عامّه که می‌گفتند «عن قرب» اجازه دهد معلوم می‌شود که فاصله زمانی مؤثر نیست).

...* عن الفضل بن عبد الملك عن ابی عبد الله فی حدیث قال: اذا زوّج الرجل ابنه فذاک الی ابنه (فضولی است و اگر پسر خواست اجازه می‌دهد)

و اذا زوّج الابنه جاز. «۳»

ذیل حدیث نشان می‌دهد تمام اختیار دختر به دست پدر است ولی نپذیرفتیم. در اینجا کاری به ذیل روایت نداریم و ذیل را در مقابل روایات دیگر تفسیر کردیم و گفتیم ممکن است مستحب باشد که دختر اختیار خود را به پدر بدهد، ولی شاهد ما صدر روایت است.

...* عن محمد بن مسلم، عن ابی جعفر

(امام باقر) علیه السلام:

انه سأل عن رجل زوّجته امّه و هو غائب، قال النکاح جائزٌ إن شاء المتزوّج

(۱) آیه ۴، سوره محمد.

(۲) ح ۲، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۴، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۶۴

قبل، و إن شاء ترک

(فضولی از نظر انشاء عقد صحیح است، منتهی یک شرط دارد و آن اجازه است)

فان ترک المترّوج تزویجه، فالمهر لازم لآمه. «۱»

اشکال: وقتی اجازه به عقد فضولی ملحق نشود، عقد باطل است و مهر ندارد پس ذیل حدیث چگونه توجیه می‌شود؟

جواب: ۱- مرحوم صاحب وسایل بیان می‌کند که بعضی از علماء ما مسأله را حمل کرده‌اند بر جایی که مادر ادّعی و کالت کند و پسر بگوید و کیل نبوده، مادر که ادّعی و کالت دارد باید مهر بدهد چون از نظر او عقد واقع شده است و پسر که منکر است، از نظر او عقدی واقع نشده و چیزی لازم نیست بدهد.

۲- حمل کنیم بر اینکه نکاح صحیح است، منتهی پسر حق فسخ دارد و اگر بخواهد طلاق بدهد و فسخ کند باید مهریه را بدهد و چون مادر سبب این زیان شده، مهر به گردن مادر می‌افتد، منتهی کسی به چنین توجیهی فتوی نداده است، اما شاهد بحث ما صدر روایت است و شاهد خوبی است.

... عن محمد بن اسماعیل ابن بزیع قال: سأله رجل عن رجل، مات و ترک اخوین و ابنه و البنت صغیره، فعمد (اقدام کرد)

احد الاخوین الوصی، فزوّج الابنه من ابنه، ثم مات ابو الابن المزوّج (برادر اول)

، فلما أن مات، قال الآخر (برادر دوم):

اخی لم یزوّج ابنه، فزوّج الجاریه من ابنه فقیل للجاریه:

(معلوم می‌شود که دختر کبیر شده است و عقد هم فضولی بوده است)

ایّ الزّوجین احبّ الیک الاول أو الآخر؟ قالت: الآخر «... ۲»

ذیل حدیث مطالبی دارد که به بحث ما مربوط نیست. تا اینجا دو عقد فضولی خوانده شده است و حضرت در ذیل می‌فرماید عقد دوّمی صحیح است، بنابراین عقد فضولی بوده و همان را امام بعد از اجازه صحیح دانسته است.

... عن ابان، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: اذا زوّج الرجل ابنه کان ذلك الی ابنه و اذا زوّج ابنه کان ذلك «۳» (عین این روایت را قبلاً داشتیم).

... عن ابی عبیده

(احتمالاً صحیح السند باشد)

قال: سألت أبا جعفر علیه السلام عن غلام و جاریه، زوّجهما و لئان لهما و هما غیر مدرکین (بالغ نبودند)

قال: فقال: النکاح جائز، ایهما ادرك کان له الخيار «... ۴»

اگر ولی اقدام کرده

«کان له الخيار»

یعنی چه؟

بعضی گفته‌اند مراد ولی عرفی است که قولش نافذ نیست، مثل برادر و عمو نه ولی شرعی، بنابراین فضولی است، و خیار در اینجا هم، یعنی خیار در امضاء عقد، پس این حدیث در مورد مسئله فضولی است که اگر اجازه لاحق شود، صحیح است. جمع بندی: از مجموع این احادیث با ضعف سند بعضی و قوت سند بعضی، و ضمیمه کردن آنها به یکدیگر استفاده می‌شود که فضولی مع لحوق الاجازه صحیح است.

طایفه سوم: روایاتی که از طرق عامه وارد شده است و ثابت می‌کند که عقد فضولی صحیح است.

* عن ابن عباس ان جاریه بکراً، اتت النبی صلی الله علیه و آله فذکرت له ان اباها زوجها و هی کارهه، فخیرها النبی «۵» (مخیری بپذیری یا نپذیری)

پیامبر فرمود که صیغه تازه بخوان، پس این حدیث هم صراحت دارد که عقد فضولی بوده و با اجازه صحیح می‌شود.

* عن ابن بريدة عن أبيه، قال: جاءت فتاة الى النبي صلی الله علیه و آله فقالت ان ابی زوجنی ابن اخیه لیرفع بی خسیسته (شاید مقام خانواده دختر بالا بوده و مقام خانواده پسر پست بوده و خواسته با این کار مقام خانواده پسر را بالا ببرد) قال: فجعل الامر اليها، فقالت: قد أجزت ما صنع ابی و لكن اردت ان تعلم النساء ان لیس الی الآباء من الامر شیء «۶»

۵۳ ادامه مسئله ۱۳ ... ۱۹ / ۱۰ / ۷۹

صاحب جواهر در ذیل این مسأله حدیثی را به عنوان نبوی از اهل سنت نقل کرده و می‌فرماید:

* زنی خدمت پیامبر آمد و عرض کرد پدر من بدون تمایل من، مرا به ازدواج درآورده است، پیامبر فرمود:

اجیزی ما صنع ابوک

بعد از این که دختر اجازه نداد، پیامبر فرمود که آزاد هستی، ما از عبارت

«اجیزی ما صنع ابوک»

استفاده می‌کنیم که نکاح فضولی با اجازه درست می‌شود. منتهی بحث در این است که این عبارت به این لفظ در کدام کتاب است؟ در صحاح سته و المعجم المفهرس لالفاظ

(۱) ح ۳، باب ۷ از ابواب عقد نکاح.

(۲) ح ۱، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۳، باب ۱۳ از ابواب عقد نکاح.

(۴) وسائل، ج ۱۷، ح ۱، باب ۱۱ از ابواب میراث الازواج.

(۵) سنن ابن ماجه، ج ۱، ص ۶۰۳ و سنن بیهقی، ج ۷، ص ۱۱۷.

(۶) سنن ابن ماجه، ج ۱، ص ۶۰۲ و سنن بیهقی، ج ۷، ص ۱۱۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۶۵

حدیث النبوی (معجمی برای صحاح سته و مسند احمد حنبل و موطن مالک و سنن دارمی) این حدیث وجود ندارد ولی در کتابهای

فقهی اهل تسنن هست، در مبسوط سرخسی «۱» و در احکام القرآن «۲» جصاص که در مورد آیات الاحکام است. در کتاب نصریات «۳» مرحوم سید مرتضی هم این حدیث وجود دارد ولی در کتب حدیث اهل تسنن این حدیث یافت نشده است. سرخسی در کتاب مبسوط به این حدیث برای فضولی استدلال نکرده بلکه برای استیذان از بکر استدلال کرده است که در باکره رشیده، اجازه گرفتن از باکره لازم است و چنین گفته و دلیل علیه (لزوم استیذان بکر) حدیث الخنساء (که زوجه شخصی بوده است)

فأنها جاءت الى النبي صلى الله عليه وآله فقالت: انّ ابي زوجني من ابن اخيه و انا لذلك كارهه، فقال صلى الله عليه وآله: اجيزي ما صنع ابوك، فقالت: ما لي رغبة في ما صنع ابي فقال صلى الله عليه وآله اذهبي فلا نكاح لك (نكاح باطل شده و كالعدم است)

انكحي من شئت، فقالت: أجزت ما صنع ابي

(قبل از اجازه، پیامبر فرمود نکاح باطل است و بعد دوباره دختر اجازه داده است).

و لکنی اردت ان تعلم النساء ان ليس للآباء من امور بناتهنّ شیء «۴».

این روایت شاهد بر این است که علی کل حال فضولی با اجازه درست می شود و احتمال می دهیم که هر چهار روایت طایفه سوم یک داستان باشد که روایت مختلف آن را نقل کرده اند، و لذا از قول عامه هم صحت عقد فضولی با روایات متضافر ثابت می شود.

طایفه چهارم: احادیثی که در ابواب دیگر، غیر از نکاح آمده است

ولی می توانیم آنها را با الغاء خصوصیت به جواز نکاح فضولی ربط دهیم.

این روایات هفت طایفه هستند:

۱- ما ورد فی باب بیع الفضولی:

از آن جمله حدیث عروه بارقی «۵» است.

۲- ما ورد فی ابواب المضاربه:

اگر عامل تعدی کند و بر خلاف قرارداد کاری انجام دهد، مثلاً جنس دیگری بخرد فضولی است، اگر خسارتی وارد شد برای عامل و اگر سودی کرد طبق قرارداد مضاربه، تقسیم می شود (بینهم بالشرط) این که می گوید سودی که می کند طبق قرارداد تقسیم می شود، معنی اش این است که، صاحب مال بدش نیامده و در واقع اجازه داده، پس فضولی با اجازه درست می شود.

۳- ما ورد فی الاتجار بمال الیتیم من غیر اذن الولی:

شخصی غاصب، مال یتیم را برای تجارت برمی دارد اگر ضرر کرد، دامنش را می گیرد و اگر سودی کرد، برای یتیم است، پس این فضولی بوده چون تصرّف به اذن ولی نبوده و چون سود کرده و سود به یتیم می رسد لا بد ولی اجازه می دهد (در روایت ندارد که بعداً اجازه داده است ولی طبیعتاً در جائی که سود کند اجازه خواهد داد).

این روایات هم مصداق واضح صحت فضولی بعد از اجازه است.

۴- ما ورد فی ابواب الخمس عند التصرف بغير اذن الامام:

کسی در خمس بدون اذن امام تصرّف کرد و امام اجازه دادند، پس آن تصرفات فضولی مع الاجازه بوده است. در زمان ما هم افرادی که در اموال غیر مخمس تصرّف می کنند، تصرفات فضولی است، البته وقتی برای حساب می آیند ما هم طبق آنچه که از ائمه یاد گرفته ایم اجازه می دهیم.

۵- ما ورد فی الخیانه فی الودیعه:

ودیعه‌ای نزد شخصی گذاشته‌اند، خیانت می‌کند و می‌گوید دزد برده است، بعد از مدتی پشیمان شده و می‌گوید: من خیانت کرده و با آن مال معامله کردم
«فجاء بالودیعه مع ربحها»

، غاصب معامله نموده و سود کرده است این کار فضولی بوده و چون هر کسی معمولاً به سود راضی است، این اجازه فضولی می‌شود.

۶- ما ورد فی امضاء الورثه الوصیة الزائده علی الثلث بعد وفاة المیت:

شخصی وصیت کرده که خانه مرا به همسرم بدهید، با این که وصیت در ثلث نافذ است و وصیت تملیک است و جزء عقود، اگر ورثه بیش از ثلث را اجازه دهند، وصیت نافذ است. این نیز فضولی است چون تملیکی است زائد بر حقیق (بیش از ثلث) و این تملیک بعد از اجازه صاحبان حق، ممضی می‌شود.

۷- ما ورد فی ابواب مجهول المالك (لقطة) اذا جاء صاحبها و رضیت كانت الصدقة له:

مال مجهول المالك صدقه داده شد و بعد صاحبش پیدا شد، اگر صدقه را اجازه دهد صدقه برای مالک است و اگر اجازه نداد ضامن است و باید عوض آن را به مالک بدهد، پس در اینجا صدقه که نوعی تملیک است، و شارع در صورت رضایت شخص، این عقد فضولی

(۱) ج ۵، ص ۲.

(۲) ج ۳، ص ۴۱۴.

(۳) ص ۳۳۱.

(۴) مبسوط سرخسی، ج ۵، ص ۲.

(۵) مستدرک، ج ۱۳، ص ۲۴۵، ح ۱۵۲۶۰.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۶۶

را صحیح می‌داند.

نتیجه: از مجموع این روایات که در ابواب مختلف آمده است می‌توانیم الغاء خصوصیت کرده و بگوئیم: الفضولی لا یختص بباب دون باب بل یصح الفضولی فی جمیع الابواب حتی النکاح، اگر الغاء خصوصیت را پذیرفیم طایفه چهارم دلیل مستقل است، و اگر الغاء خصوصیت را نپذیریم لاقلاً مؤید بسیار خوبی است ولی ما آن را دلیل می‌دانیم چون نمی‌شود همه روایات را تعبد دانست.

ادله قائلین به عدم صحّت عقد فضولی:**اشاره**

شیخ طوسی و فخر المحققین در ایضاح (از مخالفین عقد فضولی) چهار دلیل برای قولشان ذکر کرده‌اند که عمده دلیشان همان دلیل چهارم است:

۱- اصل:

اصل در معاملات و نکاح فساد است (اصالة الفساد) و زوجیت و تأثیر عقد امر تازه‌ای است که باید ثابت شود. مرحوم نراقی در مستند در همین بحث استناد به اصل کرده است.

جواب: اصل در جایی است که دلیل نباشد و حال آنکه این همه دلیل در مسأله وجود دارد (عمومات، سیره عقلا و چندین طایفه روایات).

۵۴ ادامه مسئله ۱۳ ... ۲۰ / ۱۰ / ۷۹

۲- تخلف اثر از مؤثر (دلیل عقلی):

فخر المحققین می‌فرماید:

انَّ العقد سبب الاباحه فلا یصح صدوره من غیر معقود علیه او ولیّ. «۱» عقد سبب ترتیب آثار است و ایجاب می‌کند که اجازه و رضایت در موقع انشاء عقد موجود باشد، تا آثار مترتب شود و الا اگر اجازه تأخیر بیافتد، عقدی حاصل شده ولی اباحه و ترتب آثار هم نشده است و این تخلف اثر از مؤثر است.

جواب: این که شما می‌فرمائید عقد سبب اباحه است، آیا مرادتان انشاء لفظی است یا انشاء مع جمیع الشرائط (آیا انشاء علت تامه است یا علت ناقصه؟) ما هم قبول داریم که «العقد سبب الاباحه»، اما مع وجود الشرائط، پس اگر عقد بدون شرایط حاصل شود انتظار می‌کشیم تا زمانی که شرایط حاصل شود و آن وقت، اباحه حاصل می‌شود، پس انشاء لفظی علت ناقصه و رضایت و اذن جزء اخیر علت است، که با آمدن آن آثار هم می‌آید، غایب الامر بین انشاء لفظی و اثر فاصله شده است که این هم مانعی ندارد مثلاً کسی که وصیت می‌کند، ممکن است ده سال بعد بمیرد و آثار وصیت ده سال بعد از آن محقق می‌شود، پس شرط وصیت فوت است که بعداً محقق می‌شود و آثار، مع اجتماع شرایط حاصل می‌شود و یا در خیار تخلف شرط، اگر بعد از یک سال هم خلاف شرط رفتار شد، خیار دارد در اینجا نیز شرایط بعداً حاصل می‌شود و یا وقف برای بعد از فوت (وقف مقطوع الاول) که خیلی‌ها جایز می‌دانند (ما هم جایز می‌دانیم) الان انشاء می‌کند و اثر بعداً ظاهر می‌شود، یا در عبد مدبر و ... فضولی هم مثل این موارد است.

۳- عدم تأخر شرط از مشروط (دلیل عقلی):

فخر المحققین در کتاب ایضاح می‌فرماید: رضاء المعقود علیه أو ولیه شرط و الشرط لا يتأخر عن المشروط «۲»، رضایت و اجازه شرط است و شرط از مشروط متأخر نمی‌شود و شرط متأخر جایز نیست و شرط باید متقدم و یا متقارن باشد.

جواب: اولاً: مشروط چیست؟ آیا مشروط انشاء لفظی است یا نقل و انتقال؟ به عبارتی آخری مشروط عقد سببی (انشاء) است یا عقد مسببی (نتیجه و انتقال)؟ اگر مشروط انشاء لفظی و عقد سببی است، باید رضایت، مقارن باشد؛ ولی مشروط نقل و انتقال و نتیجه است که شرط از آن متأخر نیست و تا رضایت و انشاء نباشد نقل و انتقال حاصل نمی‌شود، پس خلطی در کلام فخر المحققین، بین عقد سببی و عقد مسببی، شده است و اگر هم کسی شرط متأخر را باطل بداند، اینجا ربطی به شرط متأخر ندارد. ثانیاً: شرط متأخر، در عالم تشریح و اعتبار باطل نیست و در عالم تکوین باطل است.

۴- روایات (مهمترین دلیل):

احادیث کم نیست منتهی چون شبیه هم و متضافر هستند، از سند آنها بحثی نمی‌کنیم.

...* عن ابی العباس البقیاق قال: قلت لأبی عبد الله علیه السلام: يتزوج الرجل بالأمة بغير علم أهلها؟ قال: هو زنا، ان الله يقول:

فَأَنْكِحُوهُنَّ بِأَذْنِ أَهْلِهِنَّ. (۳)

...* عن ابی العباس قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمة تزوج بغير اذن اهلها، قال: يحرم ذلك عليها و هو الزنا. (۴)

...* عن فضل بن عبد الملك قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمة

(۱) ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۲۸.

(۲) ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۲۸.

(۳) ح ۱، باب ۲۹ از ابواب نکاح عیید و اماء.

(۴) ح ۲، باب ۲۹ از ابواب نکاح عیید و اماء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۶۷

تزوج بغير اذن موالیهها، فقال: يحرم ذلك عليها و هو الزنا. (۱)

این سه حدیث می گوید اگر بدون اجازه باشد زنا است. (احادیث اطلاق دارد).

جواب: آیا واقعاً این احادیث اطلاق دارد یا ناظر به آن جایی است که مطلقاً اجازه نیامده و تا آخر بدون اجازه است؟ مسلماً اطلاق ندارد بلکه می گوید اگر تا آخر بدون اجازه باشد، و کاری صورت بگیرد، چون علت تامه حاصل نشده، زناست. بعضی گفته اند که این روایات با روایات قبلی تعارض دارد، ولی این حرف درستی نیست، چون این روایات ظهوری ندارد تا تعارضی باشد. پس جواب صحیح این است که فرض روایت برای جایی باشد که اجازه مطلقاً نیست و اگر گفته شود این روایات ابهام دارند، در این صورت روایات سابقه مفسر می شود که با حقوق اجازه عقد صحیح باشد، نه این که تعارضی بین این روایات باشد.

...* عن ابن ابی یعفور، عن ابی عبد الله عليه السلام قال: لا تنكح ذوات الآباء من الابكار الا باذن آبائهن. (۲)

...* عن منصور بن حازم، عن ابی عبد الله عليه السلام قال: تستأمر البكر و غيرها

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ ه
ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۲، ص: ۶۷

(ولی مستقل نیست)

و لا تُنكح الا بامرها (۳)

از این روایت استفاده می کنند که اول باید اجازه بگیرند، بعد صیغه را بخوانند یعنی فضولی باطل است.

...* عن ابراهیم بن میمون، عن ابی عبد الله عليه السلام قال: اذا كانت الجارية بين ابويها

(باکره است)

فليس لها مع ابويها امرٌ (۴ ...)

. از این احادیث اینطور استفاده کرده اند که اول باید اجازه گرفت و بعد صیغه عقد را خواند، پس از این روایات، تقدّم اذن را استفاده می کنند.

جواب: «باذن اهلهن» و «الا بامرها» و «ليس لها مع ابويها امرٌ» معنایشان این است که نکاح باید اذنی داشته باشد و فرقی نمی کند که آن اذن مقارن، مقدّم یا مؤخّر باشد و اگر ابهامی هم باشد روایات سابقه مفسر آن خواهد بود.

[مسألة ۱۴ (من له الاجازة في الفضولي)]

اشاره

۵۵ مسأله ۱۴ (مَنْ لَهُ الْإِجَازَةُ فِي الْفُضُولَى ...) ۲۱ / ۱۰ / ۷۹

مسأله ۱۴: إِنْ كَانَ الْمَعْقُودَ لَهُ، مَمَّنْ يَصَحُّ مِنْهُ الْعَقْدُ لِنَفْسِهِ، بَانَ كَانَ بِالْغَا عَاقِلًا فَأَتَمَّا يَصَحُّ الْعَقْدُ الصَّادِرُ مِنَ الْفُضُولَى بِإِجَازَتِهِ، (چون صاحب عقد بالغ و عاقل است)

و إِنْ كَانَ مَمَّنْ لَا- يَصَحُّ مِنْهُ الْعَقْدُ وَ كَانَ مَوْلًى عَلَيْهِ بَانَ كَانَ صَغِيرًا أَوْ مَجْنُونًا فَأَتَمَّا يَصَحُّ إِمَّا بِإِجَازَةِ وَلِيِّهِ فِي زَمَانِ قُصُورِهِ أَوْ إِجَازَتِهِ بِنَفْسِهِ بَعْدَ كَمَالِهِ، فَلَوْ أَوْقَعَ الْإِجْنِبِيَّ عَقْدًا عَلَى الصَّغِيرَةِ أَوْ الصَّغِيرَةَ وَقَفَتْ صِحَّةُ عَقْدِهِ عَلَى إِجَازَتِهِمَا لَه بَعْدَ بُلُوغِهِمَا وَ رَشْدِهِمَا إِنْ لَمْ يُجِزْ أَبُوهُمَا أَوْ جَدَّهُمَا فِي حَالِ صِيَّغَرِهِمَا، فَأَيُّ مِنَ الْإِجَازَتَيْنِ حَصَلَتْ كَفَّتْ، نَعَمْ يَعْتَبَرُ فِي صِحَّةِ إِجَازَةِ الْوَلِيِّ مَا اعْتَبِرَ فِي صِحَّةِ عَقْدِهِ، فَلَوْ إِجَازَ الْعَقْدَ الْوَاقِعَ عَلَى خِلَافِ مَصْلَحَةِ الصَّغِيرِ لَعَتَّ إِجَازَتُهُ وَ انْحَصَرَ الْأَمْرُ، فِي إِجَازَتِهِ بِنَفْسِهِ بَعْدَ بُلُوغِهِ وَ رَشْدِهِ.

عنوان مسأله:

اساس مسئله چهارده تحریر این است که چه کسی باید اجازه فضولی را بدهد؟ جواب آن معلوم است، کسی که عقد برای او است، خودش، ولیّ اش، وکیلش یا وصیّی که جانشین ولیّ است، باید اجازه فضولی را بدهند. امام (ره) فقط صاحب عقد و ولی را گفته و اشاره‌ای به وکیل و وصی نکرده است.

ادله:

۱- «قضايا قیاساتها معها»:

معلوم است که صاحب العقد باید اجازه دهد (خودش یا ولی اش یا وکیلش) و اگر بخواهیم به زبان علمی بیان کنیم، می گوئیم عموماً أَوْفُوا بِالْعُقُودِ می گوید «عقودکم» و عقد زمانی عقد است، که شخص، وکیلش یا ولی اش اجازه دهد. منتهی در زمان ما ولیّ صلاح نیست که اجازه دهد، مگر در موارد استثنائی.

۲- روایات خاصه:

از جمله روایت ابو عبیده حضمی که می گفت دو ولی، غیر از اب و جد عقد دو صغیره را خواندند، امام فرمود:

إِيَهُمَا بَلِغٌ وَ إِجَازَ صَحَّ

، صاحب العقد باید اجازه دهد و اگر هر کدام انکار کردند باطل است،
و لو ماتا فی الصغر، لا میراث بینهما

معنی اش این است که عقد هر دو باطل بوده است، چون اگر عقد صحیح باشد از هم ارث می برند. اگر روایت تعبیر «العقد جایز»

دارد یعنی در حد انشاء جایز است نه بیشتر.

روایات از این قبیل زیاد است، منتهی دو نکته واضح است، ولی برای تأکید آن را ذکر می کنیم:

۱- چرا امام (ره) وکیل و وصی را در عبارت خود نفرموده است؟

لا بد باید بگوئیم لوضوحه، چون واضح است که وکیل و وصی جانشین ولی هستند.

۲- انسان برای خودش، لازم نیست رعایت مصالح کند (ایثار در خود انسان امر پسندیده است) ولی وکیل و وصی و ولی باید مصلحت را رعایت کنند چون حق ایثار ندارد، وصی و ولی که واضح

(۱) ح ۳، باب ۲۹ از ابواب نکاح عیید و اماء.

(۲) ح ۵، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۱، باب ۹ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۳، باب ۹ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۶۸

است حق ندارند ولی اگر به وکیل اجازه ایثار داده باشد، می تواند.

[مسئله ۱۵ (تأخر الإجازة عن العقد الفضولی)]

اشاره

۵۶ مسئله ۱۵ (تأخر الإجازة عن العقد الفضولی ... ۲۴ / ۱۰ / ۷۹

مسئله ۱۵: لیست الاجازة علی الفور، فلو تأخرت عن العقد بزمین طویل صحت، سواءً كان التأخیر من جهة الجهل بوقوعه أو لاجل التروی او للاستشارة أو غیر ذلك (مثلاً برای استخاره یا مسائل دیگری مثل اینکه دختر، خواستگارهای دیگری غیر از این مورد فضولی دارد که باید بررسی کند و لذا تأخیر می اندازد تا تکلیف بقیه روشن شود).

اقوال:

خیلی از فقها متعزض این مسئله نشده‌اند و حتی بعضی متعزض فضولی هم نشده‌اند ولی از میان معاصرین و متأخرین مرحوم نراقی در مستند «۱»، مرحوم شیخ انصاری در بحث بیع فضولی مکاسب، مرحوم محقق یزدی در عروه «۲» و شارحین عروه مانند مرحوم آقای حکیم «۳» و مرحوم فقیه سبزواری در کتاب مهذب «۴»، متعزض آن شده‌اند و هیچ مخالفی را در این مسئله نقل نکرده‌اند (ارسالو ارسال المسلمات) بلکه بعضی تعبیری دارند که دلیل بر عدم خلاف است:

مرحوم آقای حکیم می فرماید: هو المعروف، و مرحوم سبزواری می فرماید: لتسالم الاجله.

از این عباراتی که بیان شد معلوم می شود در بین متأخرین، مسئله روشن بوده است که تأخیر اجازه اشکالی ندارد.

ادله:

اشاره

در حلّ یک مسئله، باید به سراغ ادله اصلی و از ادله اصلی سراغ فروع آن رفت (اجتهاد یعنی رد الفروع الی الاصول) پس به دلائلی که در عقد فضولی داشتیم برمی گردیم: عموماً، سیره عقلا و احادیث، و از آنها در حلّ این مسئله کمک می گیریم.

۱- عموماً:

عمومات «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» معنایش «اوفوا بعقودکم» است، یعنی استناد به شخص عاقد لازم است و بعد از اجازه «العقد یکون عقده» چه فاصله داشته باشد و چه نداشته باشد، پس تأخر اجازه لطمه‌ای به صحت عقد وارد نمی‌کند.

۲- سیره عقلا:

اگر عقد فضولی واقع شد، مثلاً دلال قولنامه‌ای تنظیم کرد و مشتری امضاء کرد، ولی دست رسی به صاحب خانه پیدا نشد و بعداً صاحب خانه آمد و به آن راضی شد و امضاء کرد، عقلا این عقد را قبول دارند اگر چه فاصله زمانی هم زیاد باشد، پس سیره عقلا حاکم است.

۳- روایات:

همانگونه که در اصل مسئله عقد نکاح فضولی احادیث زیادی داشتیم، در فوریت و عدم فوریت هم احادیث زیادی داریم.
* حدیث ابو عبیده «۵» که مضمون حدیث این بود: «دو ولی غیر شرعی، پسر و دختری را به عقد هم درآورده بودند، امام فرمود باید بزرگ شوند، اگر بعد از بلوغ اجازه دهند عقد صحیح است». در حالی که معلوم نیست، چند سال به بلوغ آنها مانده است و امام هم سؤال نکرد (ترک استفصال)، پس فوریت شرط نیست.

نکته: یکی از قواعد اصولی «ترک استفصال» است، اولین کسی که آن را مطرح کرده، مرحوم میرزای قمی در بحث عموم و خصوص است، می‌فرماید: «ترک الاستفصال فی حکایه الحال مع قیام الاحتمال ینزل منزله العموم فی المقال» «۶» اگر مسئله‌ای سؤال شد و صوری داشت و امام از آن صور سؤال نکرد و جواب داد دلالت بر عموم می‌کند یعنی سؤال جزئی ولی جواب آن عام بوده است.

* حدیث ابن بزیع «۷» که مضمون حدیث این بود «پدری فوت کرد و دختر صغیره‌ای از او باقی ماند و برادر اول میت وصی او شد و دختر را برای پسر خود عقد کرد و بعد از فوت برادر اول، برادر دوم، دختر را برای پسر خودش عقد کرد، دختر بعد از بلوغ، عقد دوم را اجازه داد، امام فرمود: همان درست است» در حالی که عادتاً بین عقد و اجازه خیلی فاصله شده است.

* روایت علی بن مهزیار «۸» که مضمون روایت این بود «دختر کوچکی را عمومیش، به عقد کسی درآورد، هنگامی که کبیر شد امتناع کرد و امام فرمود: «الامر امرها» یعنی اگر اجازه کند درست و اگر اجازه نکند باطل است»، این دختر هم صغیری بوده که سالها طول کشیده تا بالغ شده است، پس بین عقد و اجازه فاصله شده است.

(۱) ج ۱۶، ص ۱۸۰.

(۲) عروه، ج ۲، مسئله ۱۸ از مسائل اولیاء عقد، ص ۸۷۰.

(۳) مستمسک عروه، ج ۱۴، ص ۴۹۱.

(۴) مهذب، ذیل مسئله ۱۸ از عروه.

(۵) وسائل، ج ۱۷، ح ۱، باب ۱۱ از ابواب میراث الازواج.

(۶) قوانین، ص ۲۲۵.

(۷) ح ۱، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.

(۸) ح ۲، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۶۹

* احادیث زیادی که در طایفه اولی «۱» در مورد عبید و اماء داشتیم. مضمون احادیث این بود: «عبدی ازدواج کرده، بعد از آنکه مولی باخبر شد، سکوت کرد، امام فرمود سکوت آنها امضای آنها است و سؤال نکرد که مولی فوراً باخبر شد یا نه؟» (ترک استفصال) قاعدتاً عبد مخفی کاری می کند و زمانی طول کشیده تا مولی از جریان باخبر شده، پس جوابی که امام می دهد، دلیل بر این است که طول مدت یا کوتاهی آن فرقی نمی کند.

* احادیث عامه‌ای که در طایفه ثالثه «۲» داشتیم که مضمون آنها این بود: «دختری خدمت پیامبر آمد و گفت: «ابی زوجه‌ی و انا کارهه»

پیامبر جواب داد اگر حرف پدر را گوش کنی بهتر است و گرنه مختار هستی» بسیار بعید است که تا عقد واقع شده، سریعاً خدمت پیامبر آمده باشد، چون وقتی مشکل خیلی شدید می شد، خدمت پیامبر می آمدند و اگر این را قبول نکنید، لاقلاً ترک استفصال است، که دلالت می کند بر اینکه فاصله بین عقد و اجازه عیبی ندارد.

* احادیث زیادی که در طایفه چهارم داشتیم که مربوط به بابهای مختلف بود، از جمله:

ما ورد فی الاتجار بمال الیتیم من غیر اذن الولی

مضمون احادیث مربوطه این بود «شخصی تجارت با مال یتیم کرده بود، امام فرمود: سودها برای یتیم است» درحالی که فاصله عقد و اجازه زیاد است.

ما ورد فی ابواب المضاربه

مضمون احادیث مربوطه این بود «عامل تعدی کرده و جنس دیگری خریداری کرد، امام فرمود سود بینهما است» در حالی که تا مالک باخبر شود و این معامله را اجازه کند طول می کشد، ولی امام فرمود اشکالی ندارد.

ما ورد فی ابواب مجهول المالك

مضمون احادیث مربوطه این بود «مال مجهولی از طرف صاحبش صدقه داده شد و امام فرمود: اگر صاحبش پیدا و راضی شد، صدقه از جانب اوست و اگر راضی نشد ضامن است». در اینجا هم بین عقد و اجازه فاصله زیاد است، ولی امام آن را صحیح می داند.

ما ورد فی الخیانه فی الودیعه

مضمون احادیث این بود «کسی با مال امانتی کاسبی کرد و بعد توبه کرد و برای کامل شدن توبه اصل امانت و سودها را به صاحبش برگرداند» زمان زیادی طول کشیده تا مالک اجازه داده و اگر مالک امضاء نمی کرد، سود به او نمی رسید.

ما ورد فی امضاء الورثه الوصیه الزائده علی الثلث

مضمون احادیث این بود «اگر بعد از موت، ورثه زائد بر ثلث را امضاء کردند، عقد میت صحیح است»، در اینجا نیز بین عقد و اجازه فاصله زیادی شده است و معلوم می شود که تأخیر اجازه از عقد مانعی ندارد.

این همه روایت در عقد نکاح و عقود دیگر داریم که بین عقد و اجازه فاصله زیادی شده است و در هیچ کدام نگفته اند که عقد باطل است. و من العجب بعضی از بزرگان در باب نکاح فقط به روایت «صحیح محمد بن قیس» که برای باب بیع است استناد کرده اند. شیخ انصاری در بیع فضولی، برای صحت تأخیر اجازه به این روایت تمسک کرده، همچنین آقای حکیم در مستمسک فقط به همین روایت استناد کرده است، در حالی که این همه روایات متعدّد داشتیم و روایت محمد بن قیس اشکالات متعدّد دارد. که ان شاء الله در مسئله ۱۶ مفصلاً آن را بررسی خواهیم کرد.

جمع بندی:

از احادیث متعددی، که قسمتی در باب نکاح و قسمتی در باب بیع، وصیت، تجارت به مال یتیم، امانت و ... داریم، گاهی به صراحت و گاهی به ترک استفصال و گاهی با قرائن حائیه استفاده می‌شود که تأخیر اجازه مطلقاً جایز است و فرقی نمی‌کند که تأخیر به چه جهت است و تفصیلی داده نشده است.

۵۷ ادامه مسأله ۱۵ ... ۲۵ / ۱۰ / ۷۹

اشکال: از جمله احادیثی که برای صحت نکاح فضولی به آن استدلال شد «احادیث لقطه» است که می‌گوید: اگر مالی پیدا شود و از طرف صاحبش صدقه داده شود و بعداً صاحبش پیدا شد و راضی به صدقه شد، جایز است و اگر راضی نشد، باید پول را به او بپردازد و صدقه از مال خود اوست و حال آن که شارع اجازه داده است که لقطه، از طرف صاحب اصلی اش صدقه داده شود و شارع مالک الملوک و ولی همه است، پس این صدقه فضولی نیست بلکه باذن الولی است، (ولی گاهی پدر و جدّ و گاهی خداست) مثل مال احتکار شده که شارع اجازه فروش می‌دهد، با اینکه مالک راضی نیست.

جواب: در ذیل احادیث لقطه امام می‌فرماید:

«اذا رضی

(۱) ح ۱ و ۲، باب ۲۴، ح ۱، باب ۲۵، ح ۱، باب ۲۶، ح ۱، باب ۲۷ از ابواب نکاح عبید و اماء.

(۲) سنن بیهقی، ج ۷، ص ۱۱۷ و ۱۱۸ و سنن ابن ماجه، ج ۱، ص ۶۰۲ و ۶۰۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۷۰

صاحبها فهو له و ان لم یرض فهو لك ...

، شارع می‌گوید اجازه من شارع مشروط است، اگر مالک پیدا نشد ضامن نیست، ولی اگر پیدا شد و راضی به صدقه نشد، ضامن است و پولش را باید پس دهد.

بقی هنا امران:

الأمر الأوّل: جمعی از اعلام در ذیل این مسأله متعرض نکته‌ای شده‌اند که در تحریر نیست

و آن این که، اگر تأخر اجازه باعث ضرر و زیان اصیل (طرف غیر فضولی) شود یعنی اصیل مجبور باشد تا تکلیف اجازه و ردّ معلوم نشده صبر کند، اما طرف فضولی امروز و فردا کند در این صورت اصیل می‌تواند به حکم لا ضرر، نکاح را فسخ کند.

قلنا: اگر قائل به نقل در اجازه باشیم (یعنی از لحظه اجازه، عقد جوش می‌خورد) در این صورت اجازه هنوز نیامده و ممکن نیست که از طرف اصیل قطعی باشد، بنابراین اصیل آزاد است و معامله قطعی نیست که فسخ بخواهد. و اگر قائل به کشف در اجازه باشیم، ممکن است بگوئیم عقد حاصل شده و اجازه بعدی، کاشف از صحت عقد فعلی است، و از اول، عقد درست بوده است. در اینجا جای آن است که کسی بگوید اصیل نمی‌تواند آن را به هم بزند، ولی می‌توان با «استصحاب عدم اجازه در آینده» مشکل را حل کرد، به این بیان که، نمی‌دانیم آیا در آینده اجازه می‌آید یا نه، اصل عدم اجازه در آینده است (استصحاب، هم در گذشته حجت است و هم در مستقبل، منتهی در صورتی که اثر داشته باشد). پس اصیل احتیاج به فسخ ندارد و آزاد است و تعهدی ندارد.

ان قلت: با وجود عموم لا ضرر، اصیل نمی‌تواند عقد را فسخ کند و دیگر نوبت به تمسک به استصحاب نمی‌رسد.

قلنا: استصحاب در موضوع مقدّم بر عمومات حکمی (اصل حکمی) است و در اینجا عموم در ناحیه حکم است و استصحاب اصل موضوعی است و مقدّم است.

الامر الثانی: تأخر اجازہ دو گونه است:

گاهی عالماً تأخیر می‌اندازد و گاهی، علم به فضولی ندارد و لذا تأخیر می‌اندازد، آیا فرقی بین این دو صورت هست؟
قلنا: فرقی نمی‌کند، چون تأخیر ممکن است علل مختلفی داشته باشد و تأخیر مع العلم دلیل بر ردّ نیست، بلکه ممکن است برای
تروی، استشاره، استخاره یا انتخاب باشد، بخصوص که بعضی از روایات صریح در تأخیر مع العلم بود، مثل حدیث «محمد بن قیس»
که ابتدا مولی عالماً اجازہ نداد ولی بعداً اجازہ داد، تأخیر در اینجا مع العلم بود و مع ذلک امام فرمود صحیح است.

[مسألة ۱۶ (لا اثر للإجازة بعد الردّ في الفضولی)]**اشاره**

۵۸ مسألة ۱۶ (لا اثر للإجازة بعد الردّ في الفضولی ...) ۲۶ / ۱۰ / ۷۹
مسألة ۱۶: لا اثر للإجازة بعد الردّ، و کذا لا اثر للردّ بعد الاجازة فيها (اجازہ)
يلزم العقد و به (ردّ)

ينفسخ، سواء كان السابق من الردّ أو الاجازة واقعاً من المعقود له او وليه (آن کسی که صاحب اختیار است)
، فلو اجاز أو ردّ وليّ الصغيرين، العقد الواقع عليهما فضولاً، ليس لهما بعد البلوغ ردّ في الأوّل و لا اجازة في الثاني (قسمت مهمّ در
مسألة آن جائی است که می‌گوید اجازة بعد از رد اثری ندارد و بقیة مسألة واضح است).

اقوال:**اشاره**

در دو شاخه مسألة (عدم تأثیر اجازة بعد از ردّ و عدم تأثیر ردّ بعد از اجازة) ادّعی اجماع شده است، مرحوم نراقی می‌فرماید:
لو قبل عقد الفضولی و اجازة، لزم من جهة، و ليس له بعده ردّه ألماً بالطلاق اجماعاً و لو ردّه لم تؤثر بعده الاجازة للبطلان بالردّ
بالاجماع، فلم يبق شيء يؤثر معه الاجازة! «۱»
این ادّعی اجماع در کلام شیخ انصاری و دیگران هم وجود دارد که اجازة بعد از ردّ اثری ندارد همان گونه که ردّ بعد از اجازة،
مؤثر نمی‌باشد.

البته در این اواخر مخالفینی پیدا شده است، مرحوم سید، صاحب عروه در کتاب البیع (حاشیه بر مکاسب) می‌فرماید مانعی ندارد که
اجازة بعد از ردّ، مؤثر واقع شود همچنین در مسئله ۴ باب وصیت عروه می‌فرماید: اگر ورثه وصیت را ردّ کردند، مانعی ندارد بعداً
اجازة بدهند. بنابراین صاحب عروه در دو جا مخالفت کرده است. بعد از مرحوم سید، آقای خوئی دنباله مطلب را گرفته‌اند و
می‌فرمایند: اجازة بعد از ردّ، صحیح است و اشکالی ندارد که این اجازة نفوذ داشته باشد و ادله‌ای هم ذکر می‌کند که بعداً بیان
می‌کنیم در آخر کلامی می‌فرمایند:

و ممّا تقدّم يظهر، أنّه لا دليل على عدم تأثير الاجازة بعد الردّ «۲».
ما نیز در کتاب البیع مکاسب گفته‌ایم که اجازة بعد از ردّ، مؤثر است.

خلاصة اقوال:

اجماع در بین متقدمین این است که اجازه بعد از رد مؤثر نیست

(۱) مستند، ج ۱۶، ص ۱۸۰.

(۲) کتاب النکاح، ج ۲، ص ۳۲۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۷۱

ولی در بین متأخرین عده‌ای قائل شده‌اند که اجازه بعد از رد، مؤثر و منشأ اثر است چون در بسیاری از نکاح‌ها معقود علیها ابتداءً نمی‌پذیرد ولی بعد از اینکه با او صحبت شد می‌پذیرد. آیا چنین اجازه‌ای مؤثر است؟ پس این مسأله خیلی مورد ابتلاء است.

ادله قول مشهور:

اشاره

قائلین به عدم نفوذ اجازه بعد از رد، سه دلیل برای مدّعی خود اقامه می‌کنند که از آن جواب می‌دهیم.

۱- اجماع

جواب: ممکن است اجماع مدرکی باشد و اجماع مدرکی حجت نیست.

در اجماع مدرکی، لازم نیست بگوئیم که مجمعی تماماً استناد به مدارک دیگری غیر از اجماع کرده‌اند، بلکه اگر احتمال آن را هم بدهیم کافی است، زیرا شرط اجماع، کاشفیت از رأی معصوم است و این کاشفیت در زمانی است که احتمال مدرک دیگری را در مسأله ندهیم و حال آن که این مسأله مدارک دیگری هم دارد که ممکن است، مدرک مجمعی هم، همین‌ها باشد.

۲- الاجازه قائمه مقام القبول:

اگر مشتری بعد از ایجابِ قابل، آن را رد کند دیگر قبول مؤثر نیست (بایع گفت «بعثک» و مشتری رد کرد و گفت «لا اقبل» و بعد گفت «قبلت» این مؤثر نیست چون انشاء قبول، باید به ایجاب متصل باشد و در اینجا بین ایجاب و قبول فاصله انداخته است) در ما نحن فیه اجازه، جانشین قبول اصیل شده است و لذا بعد از رد، مؤثر نیست یعنی اگر فاصله‌ای بین آن و ایجاب بیاید، انشاء را بهم می‌زند.

جواب: اولاً نقل کلام می‌کنیم به قبول در ناحیه اصیل، و می‌گوئیم چه اشکالی دارد که در آنجا هم، قبول اصیل را بعد از رد، مؤثر بدانیم چون عقد عرفی است، مثلاً در مجلس عروسی و کیل عروس ایجاب را می‌خواند اما داماد قبول نمی‌کند بعد او را توجیه می‌کنند و می‌پذیرد و بعد از آن قبول را می‌خواند، عقلاً این عقد را صحیح می‌دانند و می‌گویند این قبول اشکالی ندارد.

اوضح من ذلک، جایی است که انشاء به کتابت باشد. مثلاً محضر دار عقدنامه را نوشت و عروس امضا کرد ولی داماد گفت پشیمانم و امضاء نکرد، بعد او را قانع کردند و روز بعد امضاء کرد، عقلاً آن را صحیح می‌دانند و این فاصله شدن و رد کردن را مبطل نمی‌دانند.

نتیجه: در عقد لفظی اگر فاصله زیاد نشود به طوری که اجازه (قبول) به ایجاب بچسبد، اشکالی ندارد و این اجازه بعد از رد، قبول است.

ثانیاً: سلّمنا که در اصلین، تخلّص ردّ بین ایجاب و قبول، موجب بطلان شود امّا قیاس فضولی به آن قیاس مع الفارق است چون فضولی ایجاب و قبول را دارد و بین آن دو علقه ایجاد شده و فقط رضایت صاحب العقد را می‌خواهد، یعنی جسم عقد حاصل شده است و روح عقد که اجازه است حاصل نشده؛ ولی در اصیل فقط انشاء موجب است و انشاء قابل هنوز نیامده است.

۳- قطع العلقه بعد الزد:

با عقد فضولی یک علقه‌ای بر مال یا نفس پیدا می‌شود، و صاحب العقد وقتی عقد فضولی را ردّ می‌کند و می‌گوید نمی‌خواهم، علقه قطع می‌شود و وقتی علقه قطع شد چیزی باقی نمی‌ماند و اگر ردّ او این علقه را قطع نکند مخالفت با «التّیاس مسلّطون علی اموالهم و انفسهم» ... است. حال که علقه را قطع کرد دیگر اجازه نافذ نیست.

جواب: عقد فضولی، انشاء بی اثر است و نمی‌تواند علقه‌ای ایجاد کند و در واقع سندی تنظیم شده است بدون جزء اخیر علّت تامّه و تا تمام علّت نیاید، علقه‌ای نیست. به تعبیر بزرگان، صحّت عقد فضولی صحّت تأهلیّه است، نه صحّت فعلیّه و صحّت تأهلی علقه‌ای ایجاد نمی‌کند و اگر علقه ایجاد کند، خلاف قاعده سلطنت از اوّل است، زیرا هر کسی سلطان مال و جان خویش است و بدون اجازه او نمی‌توان علقه‌ای بر مال یا نفس او ایجاد کرد. پس بر خلاف تصوّری که بعضی دارند، عقد فضولی هیچ علقه‌ای بین مال و آن شخص یا بین نفس و آن معقود علیه ایجاد نمی‌کند و عقد فضولی جزء علّت است مانند هیزم که به تنهایی گرما نمی‌آورد بلکه هیزم جزء علّت است.

۵۹ ادامه مسئله ۱۶ ... ۲۷ / ۱۰ / ۷۹

ادلّه قائلین به نفوذ اجازه بعد از رد:

اشاره

در اینجا سه دلیل می‌توانیم اقامه کنیم:

۱- عمومات و اطلاقات

«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»:

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ در اینجا صدق می‌کند و لو اوّل صاحب عقد رد کرده، ولی بعد که اجازه داد، عقد حاصل شده است و با صدق عقد، «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شامل آن می‌شود.

۲- سیره عقلا:

سیره عقلا بر این است که اگر سندی را بنویسند و نفر اوّل آن را

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۷۲

امضاء کند ولی از طرف نفر دوم مورد قبول واقع نشود و منکر آن شود و بعد از چند روز مذاکره سند را بپذیرد و پای سند را امضا کند آن را معتبر می‌دانند و به خاطر ردّ لفظی سابق، باطل نمی‌دانند. (ایجاب هم با لفظ می‌شود و هم با کتابت).

۳- روایات و هی العمده**روایت اول: صحیح محمد بن قیس است که در باب فضولی در ۴ مسأله به آن استدلال کرده‌اند:****اشاره**

۱- مسئله صحّت عقد فضولی که مرحوم شیخ انصاری به آن استدلال کرده است).

۲- مسئله تأخر اجازه.

۳- مسأله اجازه بعد از رد.

۴- مسئله کشف و نقل برای اثبات کاشفیت اجازه.

تمام رجال حدیث ثقه هستند و اگر اشکالات دلالی را در آن رفع کنیم حدیث خوبی است.

... عن محمد بن قیس عن ابی جعفر علیه السلام قال: قضی

(احتمال دارد که قضاوت‌های علی علیه السلام باشد و احتمال دارد که قضاوت امام باقر علیه السلام باشد)

فی ولیدة باعها ابن سیدها و ابوه غائب، فاشتراها رجل، فولدت منه غلاماً، ثم قدم سیدها الاول، فخاصم سیدها الاخير، فقال هذه ولیدتی باعها ابنی بغیر اذنی، فقال:

(امام)

خذ ولیدتک و ابنها، فناشده المشتري، فقال: خذ ابنه یعنی الذی باع الولیده حتی ینفذ لک ما باعک، فلما اخذ البیع الابن فقال ابوه:

ارسل ابنی، فقال: لا ارسل ابنک حتی ترسل ابنی، فلما رأى ذلک سید الولیده الاول، اجاز بیع ابنه «۱».

محتوای این حدیث شش اشکال دارد که اگر پنج اشکال اول حل شود نوبت به اشکال ششم می‌رسد.

اشکال اول: کلمه «ولیده» به معنی امّ ولد است

(کنیزی که از مولا صاحب فرزند شده و به منزله همسر است) و قابل خرید و فروش نیست و باید بماند، مولی که از دنیا رفت از سهم

ارث فرزندش آزاد شود پس چرا امام نمی‌گوید که اصل معامله باطل است؟

جواب: اولاً: «ولیده» یعنی اکنون بچه‌دار شده نه در هنگام بیع، بلکه آن موقع کنیز معمولی بوده و ولیده نبوده است (البته این خلاف

ظاهر است چون ظاهر روایت این است که از اول ولیده بوده و بعد فروخته شده است ولی در اینجا قرینه داریم که ظاهر مراد نیست).

ثانیاً: ولیده، ولیده اصطلاحی نیست که امّ ولد باشد، بلکه منظور کنیزی است که در بیت مولای اول متولد شده است، نه از خود

مولی، بلکه از پدر و مادری که عبد و امه بوده‌اند متولد شده است.

ثالثاً: در کتب لغت داریم که ولیده به کنیز هم اطلاق می‌شود «الولیده الصبیئة المملوکه» پس ولیده را حمل بر معنی لغوی کنیم.

رابعاً: امّ ولد در بعضی موارد قابل بیع است مثلاً اگر ولدش بمیرد.

چون بچه مرده، ارث نمی‌برد. بنابراین با یکی از این جوابها اشکال مرتفع می‌شود.

اشکال دوم: بچه کنیز در اینجا حرّ است

زیرا مشتری فکر می‌کرده معامله درست بوده و مالک کنیز شده است پس حدّ اقل وطی به شبهه است و در وطی به شبهه اگر پدر یا مادر حرّ باشد، ولد حرّ است پس چرا امام می‌فرماید:

«خذ ولیدتک و ابنها»؟

چون معامله فضولی بوده است ولیده را می‌گیرد؛ ولی بچه حرّ را نمی‌تواند بگیرد.

جواب: در واقع بچه را به عنوان گروگان گرفته است چون مشتری تفویت منافع در مورد این بچه کرده است، یعنی بچه‌ای را که می‌توانست رق باشد، حر شده و باید غرامت آن را بپردازد. پس بچه را در مقابل غرامت تفویت می‌گیرد.

اشکال سوّم: چرا مشتری پسر مالک را توقیف کرد و گروگان گرفت؟

این کار وجه شرعی ندارد.

جواب: پسر مالک اولّ باعث خسارت شده و تدلیس کرده است (به ظاهر خودش را مالک نشان داده) و مشتری از مبیع استفاده کرده است اکنون به مشتری می‌گویند غرامت این استفاده را بده، مشتری متضرّر شده و المغرور يرجع الی المغرور بنابراین مالک باید خسارت او را جبران کند پس گروگان گرفتن او برای گرفتن غرامت است.

اشکال چهارم: قاضی نباید تلقین حجت به احد الخصمین کند و این خلاف عدالت است و لا یجوز.

جواب: اولاً: در باب تلقین خصمین دلیل خاصّی (آیه و روایت) جز مسئله عدالت نداریم و گفته شده است که قاضی باید به هر دو به چشم مساوی نگاه کند ولی بیان حکم شرع اشکالی ندارد و قاضی می‌تواند هر کدام را که از حکم الهی غافل است، آگاه کند. مثلاً مشتری نمی‌دانسته که می‌تواند از مدّلس غرامت بگیرد و امام، او را راهنمایی کند در واقع امام حکم شرع را یاد داده و ارشاد به حکم الهی کرده و مخصوصاً که به هر دو هم یاد داده.

ثانیاً: ممکن است که در اینجا «قضا» به معنای فتوی باشد و در باب فتوی ارشاد کردن اشکالی ندارد.

اشکال پنجم: آیا این اجازه اکراهی نبوده است؟

چون فلماً رأی

(۱) ح ۱، باب ۸۸ از ابواب نکاح عیید و اماء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۷۳

ذلک مجبور شد و بیع پسرش را اجازه داد، در حالی که یکی از شرایط صحّت اجازه این است که اجازه از روی اکراه نباشد.

جواب: اکراه با اضطرار فرق می‌کند، اکراه این است که او را تهدید کنند، فی نفسه او ماله او عرضه، او ولده، بغیر حقّ، در اینجا مشتری که ولد مولی را توقیف کرده به ناحق نبود و این اکراه نیست، مانند کسی که خانه‌اش را برای معالجه فرزندش می‌فروشد، در حالی که مجبور است؛ ولی اجبار و تهدیدی نیست، احدی نگفته است که معامله او باطل است و اینها ضرورتِ اهمّ و مهمّ است و فدا کردن مهمّ در مقابل اهمّ اکراه نیست و همه عقلاً آن را تأیید می‌کنند.

۶۰ ادامه مسئله ۱۶ ... ۲۸ / ۱۰ / ۷۹

اشکال ششم: این اجازه بعد از ردّ است و اجازه بعد از ردّ لا یجوز بالاجماع.

مالک ابتدأً اجازه نداد چون ولیده و بچه را بازپس گرفت (ردّ عملی و قولی) ولی بعداً اجازه داد در حالی که اجازه بعد از رد، خلاف اجماع است.

جواب: اولاً: هذا اول الکلام زیرا خیلی‌ها متعزّض این اجماع نشده‌اند.

ثانیاً: اجماع مدرکی است و وقتی اشکالات خمسه پاسخ داده شد، ما به این روایت برای صحت اجازه بعد از ردّ استناد می‌کنیم.

روایت دوم: روایاتی که حاکی بود از شکایت دختری نزد پیامبر

مبنی بر اینکه پدرش بدون اجازه او، او را به ازدواج دیگری درآورده است، این روایات نشان می‌داد که دختر ابتدأً عقد را رد کرده است، ولی بعداً آن را اجازه داده و پیامبر آن را صحیح دانست. «۱»

ان قلت: ذیل روایت نشان می‌دهد که دختر راضی بوده است و می‌خواسته مقام زنان در اسلام را نشان دهد، لذا شکایت صوری بوده و شکایت صوری دلیل بر رد نیست.

قلنا: پیش از آنکه بگویید که این شکایت صوری است، ظاهر روایت این است که شکایت جدّی بوده (با علم غیب پیامبر کاری نداریم و مدار قضاوت، علم غیبی نیست) در عین حال پیامبر فرمود:

«اجیزی»

، پس معلوم می‌شود که اجازه بعد از ردّ جدّی، جایز است و صوری بودن شکایت تأثیری در استدلال ما ندارد.

روایت سوم: حدیثی است که خدمت امام باقر یا حضرت علی علیه السلام آمدند و مولی عرض کرد که غلام بدون اجازه من ازدواج کرده است.

آیا این شکایت معنایش این نیست که قبول ندارد و ردّ می‌کند؟ علاوه بر این مولی گفت

«یا خبیث طلق» «۲»

که دلیل بر ردّ است، اگر سکوت مولی بعد از اطلاع، به منزله قبول است، شکایت مالک نیز دلیل بر ردّ است. پس این حدیث ظاهرش ردّ است و اجازه بعد از ردّ را نافذ می‌داند.

نتیجه:

نه تنها در عقد فضولی در نکاح، بلکه در ابواب دیگر، (بیع، اجاره) ... هر جا ردّی بیاید و بعد از آن اجازه، این اجازه نافذ است.

– ردّ بعد از اجازه چه حکمی دارد؟

واضح است که ردّ بعد از اجازه، اثری ندارد چون وقتی اجازه داد یکنون العقد نافذاً لازماً (نکاح و بیع و اجاره ... از عقود لازمه است) و وقتی عقد لازم را اجازه داد مثل این است که خودش صیغه را خوانده باشد و دیگر قابل بازگشت نیست.

[مسأله ۱۷ فی الکاره]

اشاره

۶۱ مسأله ۱۷ (فی الکاره ...) ۲ / ۱۱ / ۷۹

مسأله ۱۷: اذا كان احد الزوجين كارهاً (بحث در کراهت قلبی است)

حال العقد لکن لم یصدر منه ردُّ له (للعقد)
فالظاهر أنه یصحّ لو اجاز بعد ذلك، بل الاقوی صحّته (ای العقد)
بها (ای الاجازة)
حتی لو استؤذن فنهی و لم یأذن و مع ذلك أوقع الفضولی العقد.

موقیعت مسأله:

این مسأله در واقع فرعی از فروع مسأله سابق است، یعنی صورت کمرنگ مسأله سابق است، در مسأله قبل مالک نهی و رد کرده بود، لفظاً یا عملاً، بعداً اجازه آمد ولی در اینجا کراهت قلبی است (و فرق است بین کاره و مکره، کاره خودش راضی نیست و مکره در جائی است که تهدید از خارج است و تحت فشار است، پس نسبت بین کاره و مکره عموم و خصوص مطلق است یعنی هر مکرهی کاره است ولی هر کارهی مکره نیست) این مسأله در صورتی است که اجازه بعد از ردّ را نافذ ندانیم ولی اگر قائل به جواز شویم و اجازه بعد از نهی را جایز بدانیم دیگر جای بحث نیست زیرا بطریق اولی در کراهت قلبی اجازه بعد از نهی جایز خواهد بود. - طبق مبنای کسانی که اجازه را بعد از رد نافذ ندانسته‌اند اجازه بعد از کراهت قلبی چگونه است؟
این مسأله را تعداد کمی از بزرگان مطرح کرده‌اند و شاید اولین کسی که آن را مطرح کرده، شیخ انصاری در مکاسب است و بعد از

(۱) سنن بیهقی، ج ۷، ص ۱۱۸.

(۲) مستدرک، ج ۱۵، باب ۱۹ از ابواب نکاح عبید و اماء، ح ۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۷۴

ایشان محقق یزدی در مسأله ۲۳ عروه، مرحوم آقای حکیم در مستمسک، آقای خوئی در مستند و امام در تحریر الوسيله این مسأله را عنوان کرده‌اند و معمولاً پذیرفته‌اند که اگر نهی مانع باشد کراهت باطنیه مانع نیست. مرحوم آقای حکیم می‌فرماید:
قد یتّهر من شیخنا الاعظم (ره) فی التنبیه الثانی من تنبیهات القول فی الاجازة: أنه (عدم مانعیّت کراهت باطنی) مسلّم عند الاصحاب. و یقتضیه القواعد العامّة. «۱»

پس مرحوم آقای حکیم از کلام شیخ استفاده می‌کند که مسأله در نزد اصحاب مسلّم است (یعنی اجماعی است) البته این مسأله همان گونه که گفته شد در کلام اصحاب نیامده است ولی چون روایات این باب را نقل کرده و منع نکرده‌اند ظاهراً موافق هستند.

ادّله: (عدم مانعیّت کراهت باطنیه)

۱- عدم جریان ادّله بطلان:

دلایل بطلان که در مسأله نهی و ردّ بیان شد در اینجا جاری نیست، یک دلیل اجماع بود که در اینجا نیست و عکس آن است یعنی اجماع بر عدم تأثیر کراهت قلبی.

دلیل دیگر این که نهی که آمد سلطه عقد فضولی را بر مال خودش قطع می‌کند آیا کراهت باطنی هم انشاء است، که بتواند چنین کاری بکند؟ مسلماً نه، پس کراهت باطنی، سلسله را از بین نمی‌برد.

دلایل دیگر از این قبیل هم، در اینجا جاری نیستند.

۲- عمومات:

عمومات «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شامل عقد فضولی بعد از اجازه می‌شود و آیا اگر اجازه داد، کراهت باطنیه مانع است؟ شک داریم، پس عمومات شامل این عقد فضولی می‌شود و عقد فضولی کمبودی ندارد و کمبود آن فقط کراهت باطنیه است و این کراهت مانع نیست.

۳- روایات:

الف: روایات نکاح عبد به غیر اذن مولی که روایات مختلف بود و مضمونش این بود: اگر مولی کاره باشد بعداً می‌تواند اجازه دهد.

ب: شکایت دختری که خدمت پیامبر آمد و به حسب ظاهر حال، از آن ازدواج کراهت داشته و پیامبر فرمود اشکالی ندارد.

۴- صحت عقد مکره بعد از رضایت:

در جایی که انسان خودش صیغه را تحت فشار و تهدید بخواند، انشاء عقد درست است منتهی شرطش که طیب نفس است، وجود ندارد، بعد از حقوق رضایت، عقد او را صحیح می‌دانند، می‌گوئیم مکره یکی از مصادیق کاره است، وقتی عقد مکره بعد از حقوق رضایت صحیح است در کاره هم باید عقد صحیح باشد و کراهت در ما نحن فیه مانع نمی‌باشد. مرحوم شیخ و دیگران به این طریق استدلال می‌کنند.

جواب: این استدلال خالی از خدشه نیست، چون در عقد مکره انشاء ایجاباً و قبولاً تمام بوده و هر دو از مالک اصلی صادر شده است؛ ولی در ما نحن فیه انشاء ناقص است و بین ایجاب و قبول، کراهت باطنیه مانع می‌شود، (ایجاب آمده و فضولی است و قبول هم نیامده است) و لذا عقد کاره را به عقد مکره قیاس کردن مشکل است.

[مسأله ۱۸ (بما ذا تحصل الإجازة فی الفضولی)]**اشاره**

۶۲ مسأله ۱۸ (بما ذا تحصل الإجازة فی الفضولی ...) ۳ / ۱۱ / ۷۹

مسأله ۱۸: یکفی فی الإجازة المصححة لعقد الفضولی کل ما دلّ علی إنشاء الرضا بذلك العقد، بل یکفی الفعل الدالّ علیه.

عنوان مسأله:

بما ذا تحصل الإجازة؟ متن تحریر این است که اجازه به هر لفظی که دلالت بر آن کند کافی است بلکه بالفعل هم اجازه حاصل می‌شود.

اقوال:**اشاره**

احتمالات و اقوالی در مسأله است که عمدتاً سه قول است:

۱- اجازه لفظی:

فقط اجازه لفظیه معتبر است و مانند عقد، اجازه هم باید لفظی باشد. اجازه لفظیه انواعی دارد، گاهی به دلالت مطابقی و گاهی به دلالت التزامی است، گاهی به صراحت و ظهور و گاهی به کنایه است آیا همه اینها کفایت می‌کند؟

۲- اجازه لفظی و فعلی:

اجازه اعم است هم اجازه لفظیه را شامل می‌شود و هم اجازه فعلیه را، حتی سکوت بعد از اطلاع هم کافی است، مثل آنچه که در مورد عبد و مولی داشتیم که سکوت مولی بعد از اطلاع، اجازه بود.

۳- اجازه لفظی و فعلی و رضایت باطنی:

اجازه علاوه بر لفظ و فعل، شامل رضایت قلبی هم می‌شود، یعنی رضایت قلبی کافی است که اطلاع بر آن از قرائن معلوم می‌گردد. این مسأله در میان قدما محل بحث نبوده و اولین بار مرحوم شیخ در مکاسب آن را مطرح کرده، و دیگران دنباله‌روی کرده‌اند.

ادله قول اول (اعتبار اجازه لفظیه فقط):

اشاره

دو دلیل ذکر کرده‌اند:

(۱) مستمسک، ج ۱۴، ذیل مسئله ۲۳، ص ۵۰۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۷۵

۱- اجازه جانشین انشاء:

اجازه، جانشین انشاء قبول می‌شود و انشاء قبول باید به لفظ باشد پس اجازه هم باید به لفظ باشد. جواب: صغری را می‌پذیریم یعنی اجازه به منزله انشاء فضولی است ولی کبری به اینکه تمام عقود لازمه احتیاج به لفظ دارد، اول بحث است و باید ثابت شود. معاطات از عقود لازمه و غیر قابل فسخ است بلکه از ابتداء تمام معاملات به صورت معاطات در بین بشر بوده است و بیع به صیغه، از اختراعات بعدی است (بعکس آنچه که در فقه ما است که بیع به صیغه را اصل می‌دانند و بیع معاطات را فرع قرار می‌دهند) پس بیع معاطات، یا هبه معاطاتی از عقود لازمه است و هر معامله لازمی احتیاج به صیغه لفظی ندارد. ان قلت: در عقد نکاح لفظ لازم است و معاطات مورد قبول نیست و نکاح معاطاتی، شبیه زنا است. بحث ما هم در عقد فضولی نکاح است پس در مقام اجازه لفظ لازم است، و باید حد اقل بحث نکاح را جدا کرد، و در عقد نکاح فضولی اجازه لفظی را لازم دانست اگر چه در ابواب دیگر، اجازه به غیر لفظ هم کافی باشد.

قلنا: اولاً: نکاح معاطاتی زنا نیست. معاطات این است که بالفعل قصد زوجیت کند یا موقتاً، (برای مدت معین) و یا دائماً، در حالی که زانی و زانیه قصد زوجیت نمی‌کنند بلکه در مقابل پولی، قصد عمل نامشروع دارند. پس این که در نکاح لفظ معتبر است به جهت اجماعی است که ادعا شده و به جهت احتیاطی است که در نکاح است نه از این جهت که نکاح معاطاتی زناست. ثانیاً: اگر در نکاح الفاظ را لازم بدانیم، قدر متیقن در مقام انشاء اصل نکاح است و در فضولی هم انشاء اصل نکاح به الفاظ صورت گرفته است و اما این که اجازه هم به لفظ باشد، قدر متیقن این را نمی‌گیرد.

۲- استقراء:

استقراء می‌کنیم عقود لازمه را و می‌بینیم عقود لازمه با لفظ است.

جواب: دلیل دوم که استقراء است از نظر صغری و کبری اشکال دارد، صغری را نمی‌پذیریم چون استقراء کرده‌اید که انشاء عقود لازمه با لفظ است، پس معاطات چه می‌شود که انشاء آن با لفظ انجام نمی‌شود بلکه انشاء آن فعلی است و معاطات در ابواب مختلف لازم است. پس استقراء شما را نمی‌پذیریم بلکه به عکس است و انشاء غالب معاملات لازمه با لفظ انجام نمی‌شود. کبری را هم نمی‌پذیریم چون دلیل شما استقراء ظنی است، و استقراء تام عقلی حجت است. مرحوم آقای حکیم «۱» هم به هر دو دلیل اشکال می‌کند و از کلام ایشان استفاده می‌شود که ایشان هم مانند صاحب عروه اجازه لفظیه را شرط نمی‌داند و اعمی است. آقای خوئی می‌فرماید:

و قد ذهب جماعة الى اعتبار اللفظ فيها (ای الاجازه) تارةً بدعوى أنّها بمنزلة العقد الجديد و آخر بدعوى ان الاستقراء يقتضى اعتبار اللفظ فيما يقتضى اللزوم «۲».

این تعبیر که می‌گوید «الاجازه بمنزلة العقد الجديد» مسامحه است چون اجازه عقد نیست بلکه اجازه به منزله قبول جدید است، حتی قبول جدید هم نیست بلکه قبول فضولی را به رسمیت می‌شناسد. به عبارت دیگر قبول فضولی یک جسم بی‌روح است و اجازه به عقد فضولی که بی‌جان بوده، روح می‌دهد پس دلیل اول بعد از اصلاح این شد که اجازه در واقع جانشین قبول می‌شود و چون در ایجاب و قبول عقود لازمه لفظ لازم است، اجازه هم لفظ لازم دارد.

ادله قول دوم (اعتبار اجازه لفظی و فعلی):

اشاره

دو دلیل دارد:

۱- قواعد:

ما هستیم و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ یعنی باید عقد صدق کند. فضولی عقدی ایجاد کرده است و من باید این عقد را مستند به خود کنم تا در قبال آن مسئولیت داشته باشم، در اینجا کفایت می‌کند که اجازه لفظیه باشد یا اجازه فعلیه، یعنی اگر واقعاً فضولی معامله‌ای انجام داد و ایرادی گرفته نشد و پذیرفته شد و سکوت کردند، تمام عقلاً می‌گویند که این عقد انجام شده است.

۲- روایات خاصه:

اشاره

روایات عدیده‌ای که نشان می‌دهد اجازه منحصر به لفظ نیست:

گروه اول: روایاتی که مضمون همه آنها این بود که عبدی بدون اجازه مولی ازدواج کرده و وقتی مولی باخبر شد سکوت کرد،

اشاره

امام فرمودند که این سکوت، رضایت است. و در هر سه روایت داشت که «ذلک اقرارٌ منهم» (۳).

(۱) مستمسک، ج ۱۴، ذیل مسئله ۱۹ عروه، ص ۴۹۳.

(۲) کتاب النکاح، ج ۲، ص ۳۲۴.

(۳) روایت ۱ و ۲ و ۳، باب ۲۶ از ابواب عقد النکاح عیید و اماء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۷۶

۶۳ ادامه مسئله ۱۸ ... ۴ / ۱۱ / ۷۹

ان قلت: حساب عقد فضولی از نکاح عیید و اماء جداست و نمی‌توان عقد فضولی را به نکاح عیید و اماء قیاس کرد، به عبارۀ آخری قیاس مع الفارق است چون در نکاح عیید و اماء، معقود له و معقود علیها هر دو خودشان انشاء کرده‌اند، منتهی متعلق حق غیر بوده است، و به عبارت دیگر عقد عبد، مزاحم حق غیر بوده است، و وقتی غیر اجازه داد مزاحمت از بین می‌رود، پس این فضولی نیست و اصیل است، مثل بیع عین مرهونه، که مالک عین مرهونه را می‌فروشد، در اینجا با بیع مالک است و فضولی نیست، منتهی عین مرهونه متعلق حق غیر است و وقتی اجازه داد، درست می‌شود، ولی در فضولی، شخصی بیگانه عقد را می‌خواند که مالک نیست، و این قابل قیاس با بیع مرهونه یا نکاح عیید و اماء نیست.

قلنا: اگر این اشکال وارد باشد ممکن است بگوئیم که استدلال به این روایات در مسائل سابق و در اینجا صحیح نیست، اما از این اشکال می‌توان چنین پاسخ داد:

الف - ضمیمه کردن روایات سکوت بکر:

این روایات را در کنار روایات

«اذن البکر سکوتها»

(که گروه دوم از روایات بحث ما است) قرار می‌دهیم در آنجا سکوت اصیل جانشین ایجاب و قبول است، در سکوت بکر اصلاً انشائی نیست، حال بگوئیم به قرینه سکوت در بکر، سکوت در اینجا هم (عقد فضولی) جانشین ایجاب و قبول است.

ب - تعبیر به اقرار:

چرا می‌گوئید «سکوتهم اقراراً» و چرا نمی‌گوئید «سکوتهم دلیل علی الرضا» اقرار یک معنی انشائی است یعنی انشاء اجازه و امضاء

است، پس اقرار در اینجا در واقع انشاء است.

گروه دوم: روایاتی که در عقد فضولی نیست، ولی با استفاده از آن می‌توان عقد فضولی را درست کرد.

... عن احمد بن محمد بن ابی نصر

(بزنطی)

قال: قال أبو الحسن عليه السلام: في المرأة البكر اذنها صماتها

، (سکوت)

و الثيب امرها اليها «۱»

سکوت در اینجا جانشین «زوجه نفسی» است یا جانشین توکیل است؟ معمولاً دختر خودش عقد را نمی‌خواند، از او می‌پرسند که می‌خواهیم تو را به ازدواج کسی در آوریم و او هم سکوت می‌کند، این در واقع توکیل است یعنی انشاء توکیل با سکوت حاصل شده است (ایجاب از ناحیه دختر با سکوت حاصل شده است و طرف مقابل هم قبول کرده است) پس جائی که انشاء توکیل که یکی از عقود است با سکوت حاصل شود، اجازه فضولی به طریق اولی حاصل می‌شود.

... عن ابی عبد الله عليه السلام فی رجل یرید ان یزوج اخته قال:

یؤامرها فان سکتت فهو اقرارها و ان ابت لم یزوجها «۲»

(ایجاب توکیل).

... در مورد داستان ازدواج حضرت زهرا علیها السلام است، در ذیل روایت چنین دارد که حضرت علی علیه السلام برای خواستگاری حضرت زهراء علیها السلام خدمت پیامبر آمد، پیامبر فرمود قبل از تو کسانی آمدند و با فاطمه مطرح کردم و آثار کراهت را در چهره او دیدم، اکنون اینجا بمان تا با خود او مطرح کنم، پیامبر صلی الله علیه و آله نزد فاطمه علیها السلام رفت و قال صلی الله علیه و آله: إن علیا علیه السلام قد ذکر من امرک شیئاً، فما ترین؟ فسکتت و لم تُولّ وجهها و لم یر فیہ رسول الله صلی الله علیه و آله کراهة، فقام صلی الله علیه و آله و هو یقول الله اکبر، سکوتها اقرارها «۳».

این روایات متضاد است، و از اسناد بی‌نیاز هستیم.

وقتی ایجاب در عقدی مثل وکالت با سکوت محقق شود، در جای دیگر مثل اجازه عقد فضولی به طریق اولی حاصل می‌شود.

ان قلت: این نوع ایجاب فقط در مورد بکر است و استثنائی است و نمی‌توان آن را به جاهای دیگر سرایت داد، زیرا به جهت حیائی که بکر دارد، شارع کار او را آسان کرده است.

قلنا: این که روایت در مورد بکر است نه بخاطر تعبدی بودن آن است، بلکه بخاطر این است که در باکره قرینه قائم است و آن حیائی است که باکره دارد، و ثبیه سکوتش قرینه‌ای ندارد و نشانه چیزی نیست زیرا روی او باز است. حال اگر شرایطی بود که سکوت در ثبیه هم قرینه بود، در آنجا هم می‌پذیریم، پس هر کجا فعل توأم با قرینه بود می‌پذیریم.

گروه سوم: صحیح زراره که در باب ۲۴ از ابواب عقد نکاح عبید و اماء داشتیم

و امام فرمود:

... «أنه لم یعص الله، و أنما عصی سیده، فاذا اجازة فهو له جایز» «۴».

ما از این تعلیل استفاده می‌کنیم که معیار رفع عصیان است به هرچه که حاصل شود، بالا اجازه الفعلیة او القویة او الکنایة او

(۱) ح ۱، باب ۵ از ابواب عقد نکاح.

(۲) ح ۲، باب ۵ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۳، باب ۵ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۱، باب ۲۴ از ابواب نکاح عیید و اماء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۷۷

التصریح، پس ما یرتفع به العصیان حتماً اجازه قولی نیست بلکه اجازه فعلی هم می‌تواند باشد.

خلاصه: قول دوم، هم از عمومات و هم از نصوص دلیل دارد و قوی است.

ادلة قول سوم (اعتبار اجازه لفظی، فعلی و رضایت باطنی):

اشاره

قائلین قول سوم رضایت قلبی را کافی می‌دانند. شیخ انصاری در بعضی از کلماتش در متاجر به این قول تمایل پیدا کرده است، برای این قول به اموری استدلال شده است:

۱- عمومات:

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و عمومات شامل چنین عقدی که رضایت قلبی مالک، بعداً به آن ملحق شده است، می‌شود.

جواب: عقد به معنی قرارداد است و قرارداد یعنی دو انشائی که به هم گره خورده‌اند، رضایت باطنی به تنهایی قرارداد نیست و قرارداد یک انشاء به هم پیوسته است، و هر دو طرف باید چیزی را برای طرف مقابل اعتبار کنند، پس رضایت (طیب نفس) یک حالت تکوینی است (انشاء نیست) و مصداق عقد نیست و تمسک به عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) در اینجا تمسک به عموم عام در شبهه مصداقیه است.

۶۴ ادامه مسئله ۱۸ ... ۵ / ۱۱ / ۷۹

سکوتی که همراه قرینه باشد جانشین انشاء لفظی است یعنی «او کلتک» پس امری اعتباری است ولی رضایت قلبی نیاز به قرینه ندارد و از امور تکوینی است.

توضیح ذلک:

امور دو گونه است:

الف- امور تکوینی: وجود خارجی دارند و حالات نفسانی هم جزء آن است مثلاً غضب، رضا، علم و امثال ذلک از حالات نفسانیه و امور تکوینی هستند و واقعاً وجود دارند و تابع انشاء و اعتبار نیستند.

ب- امور اعتباری انشائی: در خارج وجود ندارند و اگر عقلاً آن را اعتبار نکنند وجود پیدا نمی‌کنند مانند ملکیت، زوجیت.

حقیقت الاعتبار: بحث حقیقت اعتبار یک بحث دامنه‌دار اصولی است، که در جای خودش بیان شده که اعتبار یک نوع فرض کردن است، یعنی چیزی‌های بدلی را، به جای موارد حقیقی فرض می‌کنیم، مثلاً من مالک دست خود هستم و برای خانه‌ای که به من منسوب است، یک ملکیت اعتباری و فرضی قرار می‌دهم، که این حتماً انشائی می‌خواهد و باید ایجاد شود، ولی با رضایت که

یک حالت تکوینی است، این تملیک انشاء و اعتبار حاصل نمی‌شود.

پس رضایت که امر تکوینی است نمی‌تواند در مقام اجازه، عقد فضولی را به هم گره بزند، تا بتوان به عموم **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ تَمَسِّكُ** کرد.

ان قلت: رضایت حالت نفسانی نیست، بلکه «إنشاء الرضا فی القلب» است.

قلنا: رضایت در قلب چگونه انشاء می‌شود؟ و حال آن که انشاء امر خارجی عقلانی است، و تا فعلی و قولی در کار نباشد، این امر عقلانی انشائی نمی‌شود.

۲- سکوت بکر و مولای عبد

دلیل دوّمی که برای قول سوم (کفایه الرضا الباطنی) ذکر کرده‌اند، روایات سکوت است که می‌گوید اگر عبد ازدواج کند، سکوت مولی کافی است و سکوت کاشف از رضا است و امر انشائی نیست، پس معلوم می‌شود که فعل و قول لازم نیست و رضایت قلبی کافی است.

جواب: سکوت توأم با قرینه، انشاء است، یعنی سکوت در حالتی که باید سخن بگوید، این سکوت معنی دارد و انشاء است و لذا سکوت بکر توکیل است و از او استیذان می‌کنند که راضی هستی؟ و او سکوت می‌کند، پس این سکوت جانشین «و کلتک» است، توکیل انشاء می‌خواهد و این انشاء از سکوت بکر در می‌آید.

۳- روایت صحیحۀ زراره:

... * «أنه لم يعص الله و إنما عصی سيّده» ...

عصیان به رضای قلبی مرتفع می‌شود و دیگر انشائی نمی‌خواهد، پس از این روایت می‌فهمیم که عقد دائر مدار رفع عصیان است و رفع عصیان نیاز به انشاء ندارد و رضایت قلبی کافی است.

جواب: اگر عصیان به تصرف در مال باشد، با رضایت، عصیان مرتفع می‌شود ولی اگر عصیان بخاطر انشاء و عقد باشد مثلاً با عقد فضولی کسی را به عقد دیگری در آورند، رفع عصیان به این است که آن عقد، عقد او شود، پس باید انشائی کند تا معصیت برطرف شود و تنها با رضایت قلبی عقد حاصل نمی‌شود.

[مسأله ۱۹ (عدم کفایه الرضا القلبی فی صحه العقد)]

اشاره

۶۵ مسأله ۱۹ (عدم کفایه الرضا القلبی فی صحه العقد ...) ۸ / ۱۱ / ۷۹

مسأله ۱۹: لا یکفی الرضا القلبی فی صحه العقد و خروجه عن الفضولیة و عدم الاحتیاج الی الاجازة، فلو کان حاضراً (صاحب العقد) حال العقد راضياً به الاّ أنّه لم یصدر منه قولٌ أو فعلٌ یدلّ علی

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۷۸

رضاه (انشاء نیست و فقط دلالت بر رضایت است)

فالظاهر أنّه من الفضولی، نعم قد یكون السکوت اجازة (انشاء است)

، و علیه تُحمل الاخبار فی سکوت البکر.

اقوال:

این قول منسوب به شیخ انصاری است و از عبارات شیخ انصاری استفاده می‌شود که ایشان می‌خواهد این قول را به اصحاب نسبت دهد، چون تعبیرشان این است که اصحاب فتوی می‌دهند که سکوت، جز در موارد خاص کفایت نمی‌کند، «لأنه لا يدلّ علی الرضا» معلوم می‌شود که اگر دلالت بر رضایت کند، کافی است، پس شیخ از این عبارت استفاده می‌کند که «ظاهر قول الاصحاح علی کفایة الرضا الباطنی»، و معلوم می‌شود که معیار آن رضای باطنی است.
در مقابل آقای خوئی می‌فرماید:

الرضا الباطنی التقديری لا یکفی فی الخروج عن الفضولیة بلا خلاف فیہ بین الاصحاح (!) «۱»

در این مسأله نکاتی باید مورد توجه قرار گیرد:

نکته اول: ما نمی‌توانیم چیزی را به گردن اصحاب بگذاریم، چون اصحاب متعزّض این مسأله نشده‌اند که آیا رضایت قلبی کافی است یا نه،

(نه ثبوتش را و نه عدمش را)، بلکه این مسأله بین متأخرین از زمان شیخ انصاری مورد بحث واقع شده است و آنها غالباً مجرد رضا را قبول ندارند.

نکته دوم: بحث ما در مقام ثبوتی است نه مقام اثباتی،**اشاره**

□
یعنی اگر فی علم الله (فی الواقع) شخص رضایت داشته باشد، آیا عقد صحیح است یا نه؟
ان قلت: در مقام اثبات از کجا بفهمیم که راضی است؟
قلنا: گاهی با یک جمله خبریه، باخبر می‌شویم، مثلاً می‌گوید:
«قد كنت راضياً او كنت راضیة فی زمن العقد و ان كنت ساکتة»، عقد روز گذشته واقع شده و شخص، این جمله خبریه را امروز می‌گوید، اگر رضایت باطنیه کافی باشد عقد او دیروز صحیح است.

گاهی ما کاری به اظهار نداریم بلکه خود شخص می‌خواهد بین خودش و خدای خودش بداند که وظیفه‌اش چیست؟ مثلاً آیا الان زوجه معقوده است یا آزاد؟ هیچ کس هم نمیداند، خودش می‌داند و خدا، اگر رضایت باطنی کافی باشد زوج اوست، و اگر کافی نباشد، نیازی ندارد که بگوید و بسراغ خواستگار دوم می‌رود، در ناحیه زوج هم همین است، اگر رضایت باطنی کافی باشد در جائی که قلباً به عقد خوانده شده راضی باشد، نمی‌تواند با مادر آن دختر ازدواج کند و اگر رضایت باطنی را کافی ندانیم، در این صورت ام الزوجه او نیست و برای او ازدواج با آن زن حلال است. پس در مقام اثبات گاهی با جمله خبریه، خبر می‌دهد و گاهی جمله خبریه هم نیست، بلکه تکلیف خود را بین و بین الله می‌خواهد بداند، که آیا آثار عقد مترتب هست یا نه؟

دلیل بر عدم کفایت رضایت قلبی:

در بحث سابق ادله قائلین به کفایت رضای قلبی را نقل و نقد کردیم، اکنون ببینیم دلیل ما بر عدم کفایت رضایت باطنی چیست؟ ما

در عقد فضولی اسناد می‌خواهیم، یعنی باید عقد فضولی اسنادی به صاحب عقد پیدا کند و این اسنادلا یکنون آلا بالانشاء، رضایت باطنی انشاء نیست، جمله خبریه هم انشاء نیست و حتی گاهی جمله خبریه را هم نمی‌گویند، پس ما نمی‌توانیم به مجرد رضایت باطنی و حتی بعد از اظهار با جمله خبریه، عقد را به صاحب العقد نسبت دهیم، و این فضولی بر فضولیت باقی می‌ماند، مگر این که قولاً یا فعلاً اجازه دهد، اگر انشاء شود اسناد آن هم درست می‌شود.

نکته سوم: لا تقاس مسئلة الرضا فی الفضولی بمسألة الرضا فی إباحة التصرفات.

در اباحه تصرفات رضایت کافی است، حتی رضایت تقدیری هم کافی است، رضایت تقدیری این است که شخص بالفعل راضی نیست ولی وقتی دانست راضی می‌شود، مثلاً پسرش در تاریکی به خانه وارد می‌شود و چون او را نمی‌بیند می‌گوید خارج شو، ابتداءً راضی نیست ولی اگر بداند پسرش است، راضی می‌شود. اباحه تصرفات، حسابش از عقد فضولی جداست، چون در تصرفات مشکل، مشکل «عقود کم» نیست بلکه مشکل «لا یحل مال امرئ مسلم آلا عن طیب نفسه»

است یعنی مشکل طیب نفس است که آن هم حاصل است و انشاء نمی‌خواهد حتی طیب نفس تقدیری هم کافی است، ولی در ما نحن فیه طیب نفس در اسناد کافی نیست و انشاء می‌خواهد تا این عقد به صاحبش اسناد داده شود.

نکته چهارم: تعبیری که متن تحریر الوسیله دارد و می‌گوید: این رضایت مبرز و مظهری می‌خواهد، تعبیر درستی نیست

چون انشاء می‌خواهد، پس رضای مبرز هم کافی نیست بلکه باید رضایتی باشد که با جمله انشائیه ابراز و اظهار شود، نه با هر ابراز و اظهاری مانند جمله خبریه.

نکته پنجم: [استدلال به حدیث معروف «خالد بن الحجاج» در عدم کفایت مجرد رضایت در عقد فضولی]

اشاره

بعضی برای عدم کفایت مجرد رضایت در عقد فضولی و بطلان چنین عقدی، به حدیث معروف «خالد بن الحجاج»

(۱) مستند العروه (کتاب النکاح)، ج ۲، ص ۳۲۶.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۷۹

استدلال کرده‌اند که در مکاسب هم آمده است

□
... عن یحیی بن الحجاج عن خالد بن الحجاج قال: قلت لأبی عبد الله علیه السلام الرجل یجئ فیکول: اشتر هذا الثوب، و ازبُحک کذا و کذا

(بخر و به من بفروش و من به تو سود می‌دهم)

، قال علیه السلام: ألیس ان شاء ترک، و إن شاء أخذ؟

(یعنی مشتری کار را تمام کرده یا مختار است، اگر می‌خواهد می‌خرد و اگر نخواهد نمی‌خرد)

قلت: بلی

(قرارداد نیست)

، قال: لا بأس به أنما يحلّ

(يحلّ)

الكلام و يحرم الكلام. «۱»

(اگر معامله را قبل از خریدن تمام می‌کرد درست نبود، چون

«لا بیع الا فی ملک»

ولی چون هنوز نفروخته، عیب ندارد)

در متن حدیث امام علیه السلام می‌فرماید:

«أنما يحلّ الكلام و يحرم الكلام»

بنابراین نه تنها رضایت باطنی کافی نیست بلکه انشاء فعلی هم کافی نیست و باید کلام باشد، یعنی حلّیت و حرمت عقود به کلام است، انشاء عقد ازدواج به کلام است و طلاق هم به کلام است...

پس این روایت با روایات سکوت در باب بکر و روایات سکوت باب عید و اماء در تعارض است.

قلنا: چه کلامی است که حلال می‌کند و چه کلامی است که حرام می‌کند؟ یعنی اگر قبلاً انشاء بیع کردی، حرام است ولی اگر مقوله کردی حلال است؟ این عبارت چهار احتمال دارد که احتمال اساسی این است که حدیث هیچ ارتباطی به بحث ما ندارد.

۶۶ ادامه مسئله ۱۹ ... ۹ / ۱۱ / ۷۹

سند حدیث:

در سند روایت، قبل از «خالد بن حجاج»، «یحیی بن حجاج» است که هر دو برادرند و ثقه، و بقیّه رجال سند هم خوب است. بعضی می‌گویند که اگر یحیی بن حجاج باشد روایت حسنه است در حالی که مرحوم علامه در خلاصه و مرحوم نجاشی او را توثیق کرده‌اند، شاید این که گفته‌اند حسنه است به خاطر این است که اوّل سند در حدیث کافی و تهذیب «علی بن ابراهیم» عن أبیه دارد که «ابراهیم بن هاشم» محلّ بحث است؛ ولی ما معتقدیم که او از ثقات است. پس اگر سند حدیث «یحیی بن حجاج» عن «خالد بن حجاج» باشد این سند درست است، در مورد «ابراهیم بن هاشم» تعبیر به ثقه نیست ولی تعابیری در مورد اوست که از ثقه بودن بالاتر است.

لکن الانصاف: این روایت نسخه بدل دارد و به جای «خالد بن حجاج»، «خالد بن نجیح» دارد، که مجهول الحال است. پس سند روایت مردّد است و قابل اعتماد نیست.

دلالت حدیث:

احتمالات زیادی در جمله

«أنما يحلّ الكلام و يحرم الكلام»

که در ذیل روایت است وجود دارد، صاحب جواهر و شیخ انصاری چهار احتمال را متذکر شده‌اند و ما هم می‌توانیم دو احتمال دیگر اضافه کنیم.

احتمال اول: چیزی که حلال و حرام را درست می‌کند انشاء لفظی است (الانشاء اللفظی فی ابواب العقود یحلل و یحرّم) که هم معاطات را خراب می‌کند و هم اجازه فعلی را در باب فضولی، صاحب وسایل می‌فرماید: **فیه دلالة علی عدم انعقاد البیع بغير صیغة فلا یكون بیع المعاطاة معتبراً، فتدبر. «۲»**

جواب: اگر این حدیث را این گونه معنی کنیم هیچ ارتباطی با صدر روایت پیدا نمی‌کند، چون صدرش می‌پرسد که بیع این دلیل چگونه است؟ حضرت در جواب می‌فرماید: آنچه عقد را صحیح می‌کند انشاء لفظی است. **بله اگر این حدیث فقط همین عبارت را داشت، این احتمال بود، ولی در اینجا بین صدر و ذیل حدیث ارتباطی نیست.**

احتمال دوم: کلام واحد در بعضی از مقامات حلال می‌کند و در بعضی از مقامات حرام می‌کند، این معنی با صدر حدیث مربوط می‌شود یعنی اگر قبل از خریدن، انشاء بکند، حرام می‌کند و اگر بعد از خریدن انشاء کند، حلال می‌کند.

جواب: اولاً دلالتی بر بحث ما و بحث معاطات ندارد یعنی روایت ندارد که حتماً عقود باید با لفظ باشد و روایت این را نمی‌رساند که عقد لفظی لازم است و ثانیاً انشاء قبل از خریدن باعث حرام شدن نمی‌شود و اگر حرام بوده از قبل حرام بوده **(لا بیع الا فی ملک)**

، چون معامله حاصل نشده و مالک نشده است، پس این مسامحه است.

احتمال سوم: کلامها مختلف است، بعضی از کلامها موجب حلّیت و بعضی موجب حرمت است، مثلاً در عقد نکاح اگر با لفظ **«أنکحت»** باشد، حلال است، و اگر با لفظ **«بعث»** باشد حرام است.

جواب: اولاً: ارتباطی به صدر روایت ندارد چون صدر کاری به الفاظ مختلف ندارد بلکه با انشاء کردن و نکردن کار دارد و ثانیاً **«بعث»** به جای **«انکحت»** سبب حرمت نمی‌شود بلکه بی‌اثر است (از قبل حرام بوده است) پس بعث اثر نکرده، و این که بگوئید این کلام

(۱) وسائل، ج ۱۲، ح ۴، باب ۸ از ابواب احکام العقود.

(۲) وسائل، ج ۱۲، ص ۳۷۶، پاورقی.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۸۰

سبب حرمت می‌شود مسامحه است.

احتمال چهارم: کلمات مختلف است و این کلام کنایه از مقوله است (یعنی گفتگوی مقدماتی دلیل) **اما انشاء البیع قبل از خرید دلیل باعث حرمت می‌شود، پس انشاء موجب حرمت است و مقوله باعث حرمت نیست، در این صورت ذیل با صدر به خوبی سازگار است.**

جواب: نه مقوله باعث حلّیت می‌شود و نه انشاء بیع باعث حرمت، آن چیزی که سبب حلّیت است انشاء بعدی است نه مقوله و این مسامحه است کما این که در

«یحرّم الکلام»

هم انشاء قبلی موجب حرمت نیست بلکه بیع ملک غیر است

(لا بیع الا فی الملک)

که سبب حرمت می‌شود و این تعبیر هم مسامحی است و انشاء قبلی بی‌خاصیت است.

احتمال پنجم: کلام یعنی انشاء (به قرینه مقام) یعنی در نکاح انشاء نکاح حلال می‌کند و در طلاق انشاء طلاق حرام می‌کند، در باب بیع انشاء است که حلال می‌کند و انشاء فسخ است که موجب حرمت می‌شود، بنابراین امام می‌فرماید انشاء که نکرده‌اند پس

حلال است.

احتمال ششم: کلام به معنی انشاء است، «یحلّ» یعنی متاع را برای مشتری حلال می‌کند و ثمن را برای بایع، و از آن طرف متاع را برای بایع حرام می‌کند و ثمن را برای مشتری، پس در یک معامله واحد چیزی برای بایع حلال می‌شود و چیز دیگری حرام، و همینطور در ناحیه مشتری. در احتمال قبلی حلال در یک عقد و حرام در عقد دیگر بود ولی در این احتمال حلال و حرام هر دو در یک عقد است. پس اگر بخواهیم حدیث را درست کنیم باید کلام در حدیث به معنی انشاء باشد.

جمع بندی:

روایت تنها با تفسیر پنجم و تفسیر ششم هماهنگ است و در هر دو تفسیر کلام به معنی انشاء است در این صورت دلالتی بر بحث ما ندارد، چون امام در مقام بیان این نیست که انشاء باید لفظی باشد، بلکه می‌خواهد بگوید که صحبت‌های قبلی موجب حرمت نیست، پس نه در باب معاطات و نه در ما نحن فیه به این روایت نمی‌توان تمسک کرد.

[مسئله ۲۰: لا يعتبر فی وقوع العقد فضولياً قصد الفضولیة و لا الالتفات إليها]

اشاره

۶۷ مسئله ۲۰ (قصد الفضولیة و الالتفات إليها ...) ۷۹ / ۱۱ / ۱۰

مسئله ۲۰: لا يعتبر فی وقوع العقد فضولياً قصد الفضولیة و لا الالتفات إليها، بل المدار فی الفضولیة و عدمها هو کون العقد بحسب الواقع صادراً عن غیر من هو مالک للعقد و ان تخیل خلافه، فلو تخیل کونه ولّیا أو وکیلًا و أوقع العقد فتبین خلافه کان من الفضولی و یصحّ بالاجازة، كما أنه لو اعتقد أنه لیس بوکیل و لا ولیّ فأوقع العقد بعنوان الفضولیة فتبین خلافه صحّ العقد و لزم بلا توقّف علی الاجازة مع فرض مراعاة المصلحة.

عنوان مسأله:

آیا فضولی باید قصد فضولیت و اصیل قصد اصالت کند یا این قصد لازم نیست؟ همچنین آیا لازم است که اصیل عالم به اصالت و فضول، عالم به فضولیت باشد؟

نمره بحث:

کسی وکالت دارد (اصیل) ولی نمی‌داند یا فراموش کرده یا به او خبر داده نشده است، عقدی جاری کرده به گمان این که فضولی است ولی در واقع اصیل بوده است، اگر قصد و علم را لازم ندانیم، عقد او صحیح است «لأنّه صدر من اهله و وقع فی محلّه» و عکس این مسأله هم صادق است یعنی فکر می‌کرد که مالک است و زمین را فروخت بعد معلوم شد که ملک او نیست «فهذا یكون عقداً فضولياً یصحّ بالاجازة». پس اگر قصد و علم به فضولیت و اصالت را شرط ندانیم، آن جائی که فکر می‌کرد فضولی بوده ولی در واقع اصیل بوده، لا- یحتاج الی الاجازة و اگر فکر می‌کرد که اصیل بوده ولی در واقع فضولی بوده، العقد یحتاج الی الاجازة، و اگر علم و قصد را لازم بدانیم در این صورت عقد باطل است.

اقوال:

این مسأله در کلمات متقدمین عنوان نشده و در بین متأخرین مطرح شده است و از اولین کسانی که این مسأله را مطرح کرده محقق نراقی است. خلاصه عبارتش چنین است:

هل یشرط فی صحه الفضولی قصد کونه فضولياً (فقط قصد را گفته و علم را نگفته) أو عدم قصد کونه بالاختیار، ام لا؟ (بعد مقداری از ثمره بحث را بیان می کند ...) الظاهر الاخیر (عدم اعتبار القصد) لاطلاقات اخبار الفضولی «۱».

بعد از ایشان مرحوم صاحب عروه «۲»، و مرحوم صاحب جواهر و شارحین عروه مثل آقای حکیم در مستمسک و آقای خوئی در مستند در این باره بحث کرده‌اند. مرحوم آقای حکیم در ذیل این مسأله بحث کوتاهی دارد، می‌فرماید:

(۱) مستند، ج ۱۶، ص ۱۷۹.

(۲) عروه، ج ۲، ص ۸۷۱، مسئله ۲۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۸۱

هذا ممّا لا ینبغی الاشکال فیه. و فی الجواهر: القطع به، (قصد لازم نیست) لاطلاق الأدلّه. انتهى. و قد یقتضیه صحیح محمد بن قیس الوارد فی بیع ولد المالك جاریهً أبیه بغیر اذنه بناءً علی ظهور کون البیع لاعتقاد کونه ولّیاً علی البیع کابیه «۱». (فکر می کرده که اصیل است)

و من العجب بعضی از شارحین تحریر الوسيله عین این عبارت را در شرح عبارت تحریر آورده‌اند، بدون این که نام ببرند از کجا نقل کرده‌اند.

ادله:

۱- تحلیل معنی فضولی و اصیل:

ریشه مسأله را باید در این عبارت که «آیا فضولیت و اصالت از عناوین قصدیه است یا نه؟» پیدا کرد، چیزهایی داریم که از عناوین قصدیه است، مثل هبه که تا قصد آن را نکند، هبه نمی‌شود. اما ملاقات با نجاست از عناوین قصدیه نیست و وقتی که ملاقات با نجس کرد، نجس می‌شود. آیا فضولیت و اصالت از عناوین قصدیه است؟ علاوه بر این، آیا علم، در موضوع فضولیت و اصالت اخذ شده است؟ چه بداند و چه نداند، عقد غیر مالک، فضولی است و عقد مالک اصیل است.

وقتی به ادله رجوع می‌کنیم در جائی نمی‌بینیم علم یا قصد در موضوع فضولی یا اصیل اخذ شده باشد، بلکه یک واقعیت خارجی است که «إذا صدر عن المالك اصیل و إذا صدر عن غیر المالك فضولی».

۲- اطلاقات روایات فضولی:

اطلاقات می‌گوید روایات فضولی عقدی که از غیر مالک سر زده، اگر اجازه، بعدش بیاید، به هر تیتی که فضولی انجام داده صحیح است و امام نپرسیده که آیا نیت کرده یا نه، علم داشته یا نه؟ و یا عموی دختر، عقدی برای دختر خوانده، امام فرمود صحیح است، و نپرسید که آیا قصد بوده یا نه، علم بوده یا نه و فرمود عقد فضولی با اجازه صحیح است.

ان قلت: در صحیح محمد بن قیس «۲» معنی عبارتی که می‌گوید

«باعها ابن سیدها و ابوه غائب»

این است که خودش را اختیاردار می‌داند؟

قلنا:

«ابوه غایب»

نشان می‌دهد که خودش را مالک نمی‌داند، چون وقتی پدرش غائب است این کار را می‌کند، پس اگر ظهور در عدم نداشته باشد، ظهور در صاحب اختیار بودن پسر (که گمان می‌کرده، مالک است) ندارد، زیرا کدام بچه خود را مالک اموال پدر می‌داند، پس تمسک به این روایت که آقای حکیم و بعضی از شارحین تحریر الوسیله به آن استدلال کرده‌اند، درست نیست.

ان قلت: اگر شخص خیال می‌کرد که فضولی است و جنسی را فروخت، یا عقد زوجیتی را برقرار کرد، بعد معلوم شد که مالک بوده است، در اینجا باید به او بگوئیم خیال تو تأثیری ندارد و تو واقعاً مالک و اصیل بودی.

آیا در اینجا مالک نمی‌تواند بگوید من فکر می‌کردم که عقد تمام نیست و برای مالک مجال وسیع است تا استشاره و استخاره کند و من اگر می‌دانستم که عقد تمام می‌شود، این عقد را نمی‌خواندم.

آیا می‌توانیم بگوئیم تو اصیل بودی و خیال تأثیری ندارد و بگوئیم «العقد عقدک أوفوا بعقودکم»؛ آیا عقلاً این عقد را صحیح می‌دانند و او را ملزم به عقد می‌کنند؟

قلنا: بسیار بعید است که این مسئله عقلانی باشد و «اوفوا بعقودکم» شامل او شود. او به گمان این که عقد دیگری است، این عقد را خوانده است و شاهد بر این معنی وجدان عقلانی است و اگر شک کنیم که درست است یا نه اصالة الفساد جاری می‌کنیم، اگر این اشکال درست شود نتیجه‌اش این است که در فضولی علم لازم نیست، ولی در اصیل باید به اصالت علم داشته باشد، چون اصیل تعهداتی دارد و فضولی تعهدی ندارد، پس این عقد را چون عقد خودش نمی‌داند، «عقودکم» نیست.

نتیجه:

در مسأله باید قائل به تفصیل شویم و بگوئیم در فضولیت علم و قصد شرط نیست ولی در اصالت حد اقل علم لازم است چون عقود کم در جایی است که آگاهانه عقد بخواند.

[مسئله ۲۱ (فی من یتوقف زوجیتہ علی اجازتہ)]

اشاره

۶۸ مسئله ۲۱ (فی من یتوقف زوجیتہ علی اجازتہ ...). ۱۱ / ۱۱ / ۷۹

مسألة ۲۱: ان زوج صغیران فضولاً فان اجاز ولیهما قبل بلوغهما أو اجازا بعد بلوغهما أو بالاختلاف بان اجاز ولی احدهما قبل بلوغه و اجاز الآخر بعد بلوغه ثبت الزوجية و یترتب جمیع احکامها، و ان ردّ ولیهما قبل بلوغهما أو ردّ ولی احدهما قبل بلوغه أو ردّا بعد بلوغهما أو ردّا احدهما بعد بلوغه أو ماتا أو مات احدهما قبل الاجازة بطل العقد من اصله بحيث لم یترتب علیه اصلاً، من توارث و غیره من سائر الآثار، نعم لو بلغ احدهما و اجاز ثم مات

(۱) مستمسک، ذیل مسئله ۲۴، ج ۱۴، ص ۵۰۳.

(۲) ح ۱، باب ۷۷ از ابواب نکاح عبید و اماء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۸۲

قبل بلوغ الآخر و اجازته، یغزل من ترکتته مقدار ما یرث الآخر علی تقدیر الزوجیه، فان بلغ و اجاز یدفع الیه لکن بعد ما حلف علی أنه لم تکن اجازته للطمع فی الارث، و إن لم یجز أو اجاز و لم یحلف علی ذلك لم یدفع الیه بل یرد الی الورثه، و الظاهر ان الحاجه الی الحلف انما هو فیما اذا کان متهماً بان اجازته لاجل الارث، و اما مع عدمه کما اذا اجاز مع الجهل بموت الآخر أو کان الباقی هو الزوج و کان المهر اللّازم علیه علی تقدیر الزوجیه ازید ممّا یرث یدفع الیه بدون الحلف.

عنوان مسأله:

بحث در این است که فضولی صغیرین را به عقد هم در آورده و مصلحت هم رعایت شده است، اگر یکی از اینها بالغ شود و بگوید من به این عقد راضی هستم و از دنیا بروم، دومی هم بعد از بلوغ اجازه دهد، در این صورت بعد از حلف، از اولی ارث می‌برد، یا به تعبیر دیگر اولی که از دنیا رفت سهم ارث دومی را کنار می‌گذارند تا ببینند وقتی که بالغ شد اجازه می‌دهد یا نه؟ اگر اجازه داد، سهم ارث او را می‌دهند، ولی به شرط این که قسم یاد کند که اجازه این فضولی به خاطر طمع در ارث نبوده، به طوری که اگر اولی در قید حیات بود، آماده زندگی با او بود و اگر اجازه نداد، سهم او را نمی‌دهند.

صور مسأله:

اشاره

مرحوم امام در این مسأله تبعاً للعره و عروه هم تبعاً للجواهر و جواهر هم تبعاً للمسالک، تمام شقوق عقد صغیرین را بیان می‌کنند، که مجموعاً هشت صورت است و آنچه را که گفتیم، صورت هشتم بود. هفت صورت اول واضح هستند و بحثی ندارد، ولی صورت نهمه محل بحث است. از هفت صورت، سه صورت صحیح و چهار صورت باطل است.

صور صحیحه:

- ۱- هنگامی که عقد فضولی به گوش ولّیین رسید و هر دو در حال صغر اجازه دادند، در این صورت این دو زن و شوهر هستند و تمام احکام زن و شوهر بین این دو نفر جاری است، چه صغیرین اجازه دهند و چه اجازه ندهند.
- ۲- هر دو بالغ شوند و هر دو اجازه دهند، که در اینجا هم زوج و زوجه می‌شوند.
- ۳- احدهما ولّیش در حال صغر اجازه دهد و دومی خود بالغ شود و اجازه دهد (زوج و زوجه تفاوت نمی‌کند)
چرا این صور صحیح است؟
قضایا قیاساتها معها، زیرا مشمول احکام گذشته می‌شود که ادله آن گذشت و روشن گردید و جای بحث ندارد.

صور باطله:

- ۱- هر دو ولی قبل از بلوغ رد کنند، در اینجا فضولی بعد از رد از بین می‌رود و امّا این که اجازه بعد از رد چه حکمی دارد قبلاً گذشت و فرض ما هم این است که بعد از بلوغ هم خودشان اجازه ندادند.
- ۲- ولی احدهما قبل از بلوغ رد کند در این صورت اگر یکی اجازه دهد فایده ندارد چون نتیجه تابع اخصّ مقدمتین است.
- ۳- هر دو بالغ شوند و هر دو رد کنند.

۴- هر دو بالغ شوند و یکی از آنها رد کند. (فرقی نمی‌کند که کدام رد کند زوج یا زوجه).

صورت محلّ بحث:

جائی است که «احدهما بلغ فاجاز ثم مات» در اینجا سهم ارث دومی را کنار می‌گذارند تا بالغ شود و اگر اجازه کرد، بعد از قسم خوردن سهم ارث او را می‌دهند.

فرع مسأله:

در ذیل این مسأله یکی از فروع را امام ذکر می‌کند که خوب بود جداگانه می‌گفتند، می‌فرماید این قسم برای جائی است که شخص متهم باشد که بخاطر جیفه دنیا این ازدواج را قبول کرده است و امّا جائی که اتهام نیست، مثلاً خبر موت و خبر ارث به او نرسیده است می‌گوید «اجزّت» در اینجا به گمان زنده بودن اجازه داده است و جای اتهام نیست، پس قسم هم لازم نیست. یا اصلاً ارثی ندارد، در اینجا نیز جای اتهام نیست. پس به طور کلی قسم در جائی است که اتهام باشد.

اقوال:

از کسانی که این مسأله را عنوان کرده‌اند، مرحوم آقای حکیم «۱»، آقای خوئی «۲»، صاحب جواهر «۳» و صاحب مسالک «۴» است. از کلمات این بزرگواران استفاده می‌شود که در مسأله مخالفی نیست: مرحوم آقای حکیم در مستمسک می‌فرماید: «بلا خلاف ظاهر».

ادله:

۱- قاعده:

طبق قاعده این عقد، عقد باطلی به نظر می‌رسد، زیرا گفتیم که فضولی یک عقد عقلائی است، در جائی که مثلاً زن ده سال قبل

(۱) مستمسک، ذیل مسئله ۲۹ عروه.

(۲) مستند، ذیل مسئله ۲۹ عروه.

(۳) جواهر، ج ۲۹، مسئله ۸ از ملحقات عقد نکاح، ص ۲۱۶.

(۴) مسالک، ذیل مسئله هشتم از ملحقات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۸۳

مرحوم شده و مرد می‌خواهد بعد از ده سال عقد را امضا کند، عقلاً این را نمی‌پذیرند، زیرا موضوع من احد الجانبین منتفی شده است و دیگر جای اجازه نیست. اگر روایت چنین عقدی را صحیح بدانند تعجباً می‌پذیریم، ولی از نظر قاعده، خلاف قاعده است و شبیه این است که خانه‌ای را فضولاً فروخته‌اند، بعد از چند سال که خانه خراب شده، می‌خواهد اجازه دهد، تا کرایه‌های سالهای قبل را بگیرد، و حال آن که خانه‌ای که ویران شده، چگونه خرید و فروش می‌شود، در حالی که منتفی شده است.

نکته: این که بعضی از بزرگان می‌فرمایند «لا خلاف» باید دید که آیا همه متعرض این مسأله شده‌اند و مخالفی نیست و یا اینکه بعضی متعرض نشده‌اند و لذا باید دید که سابقه مسأله، چگونه است.

۶۹ ادامه مسئله ۲۱ ... ۱۲ / ۱۱ / ۷۹

در باب عقد اصیل داریم که «من شرایط الايجاب و القبول بقاء الموجب و القابل على الاهلیة الى آخر العقد» یعنی اگر موجب ایجاب کرد و محجور یا دیوانه شد، در این صورت بر اهلیت تا پایان عقد نبوده و عقد باطل است. در فضولی، موجب و قابل فضولی، جسمی از عقد را درست کرده‌اند و نمی‌توانند قرارداد حقیقی ایجاد کنند، زیرا قرارداد حقیقی بین مالکین عقد است و اجازه آنهاست که قرارداد واقعی است، پس صدق معاهده بدون اهلیت طرفین و یا اجازه طرفین درست نیست.

مرحوم نراقی چنین می‌فرماید:

«لأن الأصل عدم ترتب الاثر على الاجازة بعد موت احد الطرفين، فان جریان ادلة صحة الفضولی الى مثل المقام غیر معلوم (ایشان می‌گویند که ادله صحت فضولی منصرف است به جایی که هر دو زنده باشند، ما می‌گوئیم از انصراف هم بالاتر است و اصلاً صدق عقود نمی‌کند).

... لعدم قبول المحل حين الاجازة للزوجية، و عدم تحقق الزوجية قبل الاجازة. الا أنه ثبت بالنص الصحيح (خبر أبو عبيده) و غيره تأثير اجازة الحي الحاصلة بعد موت الآخر» (۱).

جمع زیادی از قدماء هم به وراثت و صحت اجازة بعد از موت فتوی داده‌اند.

نتیجه: اصل در میان عقلا- عدم صحت چنین عقدی است و اگر شک کنیم در صحت این عقد، اصالة الفساد جاری می‌شود و عموماً هم شامل اینجا نیست، مگر اینکه دلیل روائی قوی پیدا کنیم تا چنین حکم خلاف عرفی را بدهیم.

۲- روایت:

اشاره

روایتی که در این باب به آن استدلال کرده‌اند، روایت صحیحه أبو عبيده است، سند روایت خوب است، ولی سند دیگری دارد که «سهل بن زیاد» در آن است و مشکل دارد و دو سند دیگر هم دارد که خوب است (حسن بن محبوب، از اصحاب اجماع و بقیه از ثقات هستند).

... عن ابی عبيده قال سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام و جاریه

(صغیرین)

زوجهما ولیمان لهما

(از ذیل روایت استفاده می‌شود که ولیمان دو ولی شرعی نبوده‌اند، بلکه ولی عرفی بوده‌اند که فضولی بوده است)

و هما غیر مُدرکین قال: فقال: النکاح جائزٌ ایتها ادرك كان له الخيار فأن ماتا قبل ان يُدرکا فلا میراث بينهما و لا مهر الا ان یکونا قد ادركا و رضیا، قلت: فان ادرك احدهما قبل الآخر قال: يجوز ذلك عليه إن هو رضی، قلت فان كان الرجل

(میت شوهر است و مسئله مُردن زن در اینجا نیست)

الذی ادرك قبل الجاریه و رضی النکاح ثم مات قبل ان تدرک الجاریه أترته؟ قال: نعم يُعزل میراثها منه حتی تُدرک و تحلف بالله ما دعاها، الى اخذ المیراث الا رضاها بالتزویج ثم يدفع اليها المیراث و نصف المهر «... ۲»

۷۰ ادامه مسئله ۲۱ ... ۱۵ / ۱۱ / ۷۹

مشکلات حدیث:

۱- در آغاز حدیث می‌فرماید

«زَوْجَهُمَا وَلِيَان لِّهِمَا»

، اگر ولیان تزویج کرده‌اند، در این صورت فضولی نیست، پس از بحث ما خارج است.

جواب: غالباً بزرگان مثل صاحب جواهر و صاحب وسایل جواب داده‌اند به این که ولی در اینجا ولی شرعی نیست، بلکه ولی عرفی است و شاهدش ذیل حدیث است که راوی می‌گوید

«قلت فان كان ابوها هو الذي زوّجها»،

پس به قرینه ذیل، در صدر تصرّف می‌کنیم و می‌گوئیم ولی عرفی مراد است.

۲- امام می‌فرماید باید نصف المهر را داد با این که تنصیف مهر در طلاق است، یعنی اگر شوهر طلاق داد به مقتضای آیه «وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا

(۱) مستند، ج ۱۶، ص ۱۹۱.

(۲) ح ۱، باب ۱۱ از ابواب میراث الازواج.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۸۴

فَرَضْتُمْ» «... ۱» در صورت طلاق نصف است، ولی اگر شوهر مرحوم شد باید تمام مهر را بدهند و لو دخولی هم حاصل نشده باشد. در اینجا ادّعی اجماع شده و قائل به نصف مهر شاذ است. روایات در مورد نصف مهر هم داریم، ولی روایاتی که تمام مهر را می‌گوید مشهور است و در مقام تعارض مقدّم است، پس ذیل حدیث مشکل دارد.

جواب: مرحوم صاحب جواهر دو جواب می‌دهد که هیچ کدام از نظر ما قابل قبول نیست (صاحب جواهر، مسئله فضولین را در دو جا متذکر می‌شوند، یکی در ابواب نکاح «۲» و دیگری در ابواب میراث «۳») ایشان در ابواب میراث چنین می‌فرمایند:

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ هـ

ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۲، ص: ۸۴

اولاً: اگر حجیت حدیث را در قسمتی بپذیریم مانع از رد حجیت حدیث در قسمت دیگر نمی‌شود و ثانیاً: شاید نصف دیگر مهر را قبلاً داده و نصف دیگر را الآن می‌دهد.

قلنا: هر دو جواب ناتمام است. مشکل جواب اول این است که حدیث واحد آن هم در یک حکم مرتبط به هم (ارث مال و ارث مهر) مطابق سیره عقلا نیست و حال آن که مهمترین دلیل حجیت خبر واحد سیره عقلاست.

و اما جواب دوم تکلف بسیار عجیبی است که نصف مهر را قبلاً داده باشد، چون دومی هنوز اجازه نداده و بالغ نشده، چگونه نصف مهر را داده است؟

پس این مشکل را به این صورت نمی‌توانیم حل کنیم، و اشکال به قوت خود باقی است.

۳- قسم برای چیست؟

مرحوم صاحب جواهر چنین می‌فرماید:

«طلب اليمين من المجيز مع ان القاعدة تقتضي عدمها منه لانه (مجيز) مصدق في ما لا يعلم الا من قبله، (تيت خودش را می‌داند) بل

لعلّ المتّجه ترتّب الحكم و لو كان الذى دعاه الى الرضا الرّغبة فى الميراث، ضرورة تحقّق الرضا و ان كان دعاه اليه الطمع. «۴»
مردم کثیراً با پولدارها به خاطر طمع در مال طرف مقابل ازدواج می کنند، و نمی توانیم بگوئیم که این ازدواج باطل است بلکه ازدواجهای مختلف داریم، ازدواج تجاری، سیاسی، الهی که اینها همه درست است. پس این حکم نه با مبانی عقلا سازگار است و نه نظیری در فقه دارد، چون در جائی در فقه نداریم که ارث یا زوجیت را با قسم ثابت کنیم. در مقابل این اشکال جوابی نمی توان داد مگر اینکه بگوئیم تعبد محض است که شارع می گوید قسمی خورده شود.

پس حدیث به خاطر حکم تنصیف مهر و این اشکال متزلزل می شود.

أضف الی ذلک: بعد از این که احد طرفین از قابلیت خارج شود زوجیت بین عقلا وجهی ندارد. این امور حجیت حدیث را متزلزل می کند چون خبر واحدی است که حجیت آن از جهاتی متزلزل پیدا کرده است.

اللّهّم الا ان یقال: اصحاب قدیماً و جدیداً به آن عمل کرده اند و لو نراقی و صاحب مسالک می گویند خلاف قاعده است؛ از جمله کسانی که به این روایت عمل کرده اند، شیخ طوسی در نهاییه، ابن حمزه در وسیله، یحیی بن سعید در الجامع للشرائع، علامه در تبصره و قواعد و شهید در دروس است که همه به آن فتوی داده اند.

نتیجه: از طرفی سند حدیث معتبر و عمل اصحاب به آن زیاد است و مخالفی هم ندارد (آیه الله سبزواری در مهذب ادعای اجماع می کند) و از طرف دیگر حدیث مشتمل بر مسائلی است که حجیت آن را متزلزل می کند، ما در اینجا برای اینکه هم مخالفت صریح با روایات نکرده باشیم و هم مخالفت با روشهایی که از ائمه یاد گرفته ایم نباشد، می گوئیم که ورثه با این شخص مصالحه کند (الاحوط المصالحه) زیرا فتوی به ارث مشکل است و نفی ارث خلاف اصحاب.

نکته: ظاهر عبارت حدیث انحصار است اگر

... «قلت فان كان الرجل ادرک الذی قبل الجاریه» ...

را صفت بگیریم، خبر ندارد و اگر خبر باشد، از آن استفاده حصر می شود (ای و ان كان الرجل هو الذی) ... و اگر حصر باشد عجیب تر می شود که اگر دختر زنده ماند و اجازه داد ارث می برد بخلاف جائی که پسر زنده بماند و اجازه دهد.

۷۱ ادامه مسئله ۲۱ ... ۱۶ / ۱۱ / ۷۹

فروع:

اشاره

مسأله فروعی دارد که از مسالک «۵» آنها را نقل می کنیم. امام هم بعضی از فروع را در مسئله ۲۱ و بعضی دیگر را در مسئله ۲۲ و ۲۳ آورده و بعضی را هم نیاورده است.

(۱) آیه ۲۳۷ سوره بقره.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۱۹.

(۳) جواهر، ج ۳۹، ص ۲۰۴.

(۴) جواهر، ج ۳۹، ص ۲۰۴.

(۵) مسالک، ذیل مسئله ۸ از ملحقات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۸۵

فرع اول: اگر تهمت (علاقه به ارث) در مورد اجازه دومی منتفی شود،

مثل آنجائی که خبر از موت اولی نداشته است و یا نفر دوم شوهر و مهریه سنگین تر از مال الارث است آیا دومی لازم است قسم بخورد؟

مرحوم شهید ثانی مسأله را بر این مبتنی می کند که آیا نفی تهمت از قبیل علت است یا حکمت؟ اگر از قبیل علت باشد، هر کجا تهمت هست، قسم هم هست و هر کجا تهمت نیست، قسم هم نیست، اما اگر از قبیل حکمت باشد، حکمت دائمی نیست، بلکه غالبی است. اگر به کسی گفته شد برای طلاق عدّه نگه دار، برای اینکه تداخل میاه می شود، این حکمت است نه علت، و لذا اگر شوهر چهار سال در مسافرت بوده، و زن می خواهد طلاق بگیرد باز باید زن عدّه نگه دارد، با این که تداخل میاه نیست. در ما نحن فیه مرحوم شهید می فرماید که علل الشرایع من قبیل الحکمۀ غالباً اگر تهمت هم نباشد باید قسم بخورد.

قلنا: راه مسأله این نیست و کاری به علت و حکمت ندارد بلکه، بحث در این است که آیا روایت منصرف است به جائی که تهمت باشد یا منصرف نیست. ما می گوئیم این حدیث به دست هر عرفی داده شود، می گوید منصرف است به جائی که تهمت باشد، چون در جائی که تهمت نباشد، قسم لغو است چرا که روایت می فرماید

«ما دعاها إلى اخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج»

، جائی که عیان است چه حاجتی به قسم خوردن است! پس اطلاق انصراف دارد از چنین قسمی و مانند امام (ره) می گوئیم که اگر تهمت منتفی شود جائی برای قسم نیست.

فرع دوم: اگر خودداری کرد و قسم نخورد

(اجازه و لم یحلف) و بعد فوت کرد آیا این اجازه نقشی دارد؟

قد یقال: این اجازه دلیل بر کمال عقد است و چون عقد کامل شده است بنابراین ارث می برد.

قلنا: این خلاف نص است چون نص می گوید «یحلف» پس شرط آن حلف است و اگر شرط حاصل نشد، مشروط حاصل نمی شود. بله اگر احتمال قسم خوردن بدهیم در اینجا باید صبر کنیم تا قسم بخورد، البته باید ملاحظه ورثه هم بشود که آنها هم متضرر نشوند.

فرع سوم: دختر اجازه داد و از دنیا رفت، سپس پسر اجازه داد؛ ولی قسم نخورد

در اینجا مال الارث را به او نمی دهیم؛ ولی آیا او باید مهریه را بدهد؟

مرحوم شهید می فرماید فیه وجهان:

الاول: مهریه فرع نکاح است و نکاح هم متوقف بر یمین است، حالا که قسم نخورد نه ارث می برد و نه مهر می دهد.

الثانی: مهر را بدهد و ارث را نگیرد چون اجازه از قبیل

«اقرار العقلاء علی انفسهم»

و اقرار به ثبوت حق است و مهر هم که بر علیه اوست و باید مهر را بدهد ولی ارث نمی برد، چون علیه دیگری است مگر اینکه قسم بخورد و تهمت از بین برود. مرحوم شهید ثانی احتمال دوم را اختیار می کند.

قلنا: در مقام ثبوت و واقع، مهریه و ارث از هم جدا نیستند، اگر هست، هر دو هستند و اگر نیست، هیچ یک نیستند ولی در مقام اثبات احکام جدا می شوند، به مقتضای اقرار مهر ثابت می شود؛ ولی ارث نمی برد. نظیر این مسأله در ابواب مختلف فقه وجود دارد

و احکام ظاهریه تفکیک پیدا می‌کنند، مثلاً اگر بعد از نماز شک در وضو کند، قاعده فراع می‌گوید نماز او صحیح است؛ ولی برای نماز بعدی باید وضو بگیرد، پس وجه ثانی اختیار می‌شود.

فرع چهارم: نص روایت در مورد تزویج صغیرین است، آیا در کبیرین هم همین حرف می‌آید؟

مثلاً دو نفر فضولی عقدی برای کبیرین خوانده‌اند، خبر به یکی رسید و اجازه داد و بعد از دنیا رفت، بعد خبر به دومی رسید و اجازه داد، آیا همان حرفهائی که در صغیرین بود در اینجا هم هست؟ آیا ارث می‌برد؟ آیا قسم بخورد؟
مورد نص صغیرین است ولی در کبیرین دو وجه است:

الاول: تعدی کنیم «لتساویهما فی کون العقد فضولياً» به عبارت دیگر در مورد صغیرین الغاء خصوصیت کنیم و در کبیرین هم قائل شویم.

الثانی: عدم تعدی که صاحب مسالک چنین می‌فرماید: «و من أن فی بعض احکامه ما هو خلاف الاصل فیکتصر علی مورد و هذا اقوی» □

قلنا: وقتی اصل مسأله دست‌انداز داشته باشد فروع آن هم مشکل دارد، ما اصل قضیه را به زحمت (تعبداً) پذیرفتیم ولی اینجا را نمی‌پذیریم و اقتصار بر مورد می‌کنیم.

فرع پنجم: عاقد در احد طرفین ولی و در طرف دیگر فضولی است،

مثلاً دو صغیر را یک طرف ولی عقد خوانده و طرف دیگر را فضولی، صغیر در طرف ولی کبیر شده و فوت کرد یا پیش از کبیر شدن فوت کرد (چون ولی او اجازه داده است تفاوتی ندارد) و طرف دیگر (فضولی) کبیر شد و اجازه داد، آیا این مورد نیز ملحق به احکام حدیث است؟

در اینجا نیز دو وجه جاری است، منتهی مرحوم شهید در

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۸۶

مسالک با قوت می‌گوید اقوی این است که این صورت را ملحق کنیم به قیاس اولویت، چون این مورد اولی از مورد نص است، زیرا مورد نص هر دو فضولی بودند ولی در اینجا یک طرف اصیل است. پس قیاس اولویت قطعیه است و اشکال ندارد و قیاسی که لیس من مذهبنا قیاس ظنی است.

قلنا: حکم به اولویت قطعی قابل تأمل است، ما واقع را نمی‌دانیم و حکم تعیدی است، و اساس آن، «نمی‌دانیم» است پس چگونه تعدی کنیم، شاید حکمتی است که فقط در فضولین می‌آید.

فرع ششم: اگر هر دو بالغ باشند منتهی یکی اصیل و دیگری فضولی،

یکی بعد از خواندن عقد از دنیا رفت و طرف دیگر بعد از اطلاع اجازه داد آیا این را هم به نص ملحق کنیم؟
در اینجا باز بعضی خواسته‌اند که دو وجه درست کنند، یک وجه قیاس اولویت است چون یک طرف اصیل است، وجه دیگر این است که خروج از مورد نص است.

قلنا: چون نص در مورد صغیرین و این فرع در مورد کبیرین است و حکم تبعیدی است، لذا در اینجا نیز مانند مورد سابق احکام حدیث جاری نمی‌شود.

[مسئله ۲۲ (ترتیب الآثار الاخر علی الحلف)]

اشاره

۷۲ مسئله ۲۲ (ترتیب الآثار الاخر علی الحلف ...) ۱۸ / ۱۱ / ۷۹

مسئله ۲۲: كما یترتّب الإیرث علی تقدیر الاجازة و الحلف یترتّب الآثار الاخر المترتبة علی الزوجية ایضاً من المهر و حرمة الام و البنیت و حرمتها (زوجه‌ای که زنده مانده است) علی اب الزوج و ابنه ان كانت الزوجة هی الباقية و غیر ذلك (اگر برادر و خواهر رضاعی داشتند)، فیترتّب جمیع الآثار علی الحلف فی الظاهر علی الاقوی (چون حلف مربوط به مقام اثبات و ظاهر بود).

عنوان مسأله:

این مسأله با مسئله قبل مرتبط است و از فروع آن است. محتوای مسأله این است که گفتیم با اجازه و حلف، مهر و ارث (دو اثر از آثار زوجیت) مترتب می‌شود، آیا سایر آثار مانند محارم سببی هم بر آن مترتب می‌شود؟ فرض مسأله جایی است که دختر بالغ شد و اجازه داد و از دنیا رفت، پسر وقتی اجازه داد، مادر آن دختر امّ الزوجة اوست و بر او حرام است، همچنین دختران آن مرحومه هم بر او حرام می‌شود.

اقوال:

کسانی که متعرض این مسأله شده‌اند، بیشتر معاصرین و من یقارب عصرنا هستند و قدما کمتر اشاره‌ای به این مسأله کرده‌اند، از جمله کسانی که متعرض شده‌اند، صاحب عروه است و مطلب اضافه‌ای هم دارد که امام (ره) نگفته‌اند: «الظاهر ترتّب هذه الآثار بمجرد الاجازة من غیر حاجة الى الحلف (قسم برای ارث و مهر است و این آثار قسم نمی‌خواهد) فلو اجاز و لم یحلف مع کونه متهماً لا یرث و لکن یرتب سائر الاحکام». «۱»
در اینجا جمعی از محشین عروه قائلند که حلف باید باشد و اگر نباشد، آثار دیگر هم مترتب نمی‌شود. آقای حکیم چنین می‌فرماید: «هذا ممّا لا اشکال فیه، لکونه ظاهر الصحیحة المتضمنة لثبوت الزوجية بعد الحلف» «۲»

نکات:

۱- اگر اجازه آمد و قسم هم آمد به چه دلیل سایر آثار مترتب می‌شود؟

الف- کسانی که این زوجیت را موافق قاعده می‌دانند: چون موافق قاعده است باید آثار دیگر هم بر آن مترتب شود.
ب- کسانی که مسأله را تعیید محض و خلاف قاعده می‌دانند (مختار ما): سایر آثار جای بحث دارد (چه طبق مبنای کشف و چه نقل) و هذا تعبدٌ مخصوص بالارث و المهر و تا آنجائی که صحیحه گفته ما هم می‌گوئیم و زائد بر آن را چون خلاف قاعده است نمی‌گوئیم.

اللّهمّ الا ان ینقال: ظاهر صحیحه این نیست که ارث یا مهر بدهید، بلکه می‌گوید زوجیت حاصل است «فتحلف بالله ما دعاها الى اخذ المیراث الا رضاها بالتزویج»

یعنی قسم که می‌خورد زوجیت روشن می‌گردد و ارث و مهر ثابت می‌شود، از این تعبیر معلوم می‌شود که امام می‌خواهد بفرماید

بعد از اجازه و قسم زوجیت حاصل شده است و ارث و مهر می‌برند و سایر آثار هم چون زوجیت هست، مترتب می‌شود. ولی ما بخاطر اینکه در اصل مسأله احتیاط کردیم در اینجا هم در سایر آثار باید احتیاط کنیم.

۲- آن چه که عروه داشت و می‌فرمود «قسم هم نخورد سایر آثار مترتب است

چون این حکم موافق قاعده است، پس زوجیت حاصل است و تمام آثار مترتب می‌شود و فقط مهر و میراث است که قسم می‌خواهد، این قول دو اشکال دارد:
اولاً: موافق قاعده نیست بلکه مخالف قاعده است و لذا تا قسم

(۱) عروه، ج ۲، ص ۸۷۳، مسئله ۳۰ از احکام عقد.

(۲) مستمسک، ج ۱۴، ص ۵۱۲، ذیل مسئله ۳۰ عروه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۸۷

نیاید هیچ اثری مترتب نیست.

ثانیاً: بر فرض هم موافق قاعده باشد، در اینجا شارع می‌گوید زوجیت بدون قسم حاصل نمی‌شود، نمی‌گوید که ارث با قسم حاصل می‌شود، پس تا قسم نیاید این اجازه جدی نیست و بدون اجازه، عقد مشکوک است و بر این عقد مشکوک هیچ اثری مترتب نمی‌شود. پس مهر و ارث از سایر آثار جدا نیست و تفکیکی که صاحب عروه و بعضی محشّین قائل شده‌اند، درست نیست. اصل مسأله عجیب و تفکیک بین آثار، عجیب‌تر است.

۳- اگر زن اجازه داد و از دنیا رفت و شوهر بعداً اجازه داد، مادر زن و دختر زنِ مرحوم، بر او حرام می‌شود.

در مادر زن بحثی نیست و بعید نیست، اما زوجه از کجا دختر دارد او که صغیر بوده است؟ بر فرض هم دختر داشته باشد (ربیبه)، به مجرد ازدواج حرام نمی‌شود بلکه بعد از دخول به ام، حرام می‌شود.

یکی از این دو اشکال بر مبنای کسانی که این زوجیت را موافق قاعده می‌دانند، قابل جواب است و آن این است که مسأله توسعه داده شد و گفته شد که در ناحیه کبیرین هم می‌آید بنابراین چنین فرض می‌شود که دختر قبلاً ازدواج کرده و دختری دارد و طلاق گرفته (زنی مانده و ربیبه‌ای) فضولی این زن را برای یک مرد کبیر عقد کرده، زن، عقد دوم را اجازه داد و مرحوم شد، شوهر نیز اجازه داد در اینجا هم مادر این زوجه حرام شد و هم، ربیبه موجود است، ولی اشکال دوم (ربیبه به مجرد ازدواج، حرام نمی‌شود، بلکه دخول لازم است) باقی است. مرحوم آقای خوئی با قوت و قدرت فتوی می‌دهد که «انّ هذا من سهو القلم جزماً». پس بنت زوجه (ربیبه) تصور نمی‌شود، چون فرض مسأله در این است که دخول حاصل نشده است.

ان قلت: ممکن است قبل از اجازه، وطی به شبهه‌ای در اینجا واقع شده باشد، و وطی به شبهه از قبیل عقد است پس دخول حاصل شده است.

قلنا: در این صورت حرمت از ناحیه وطی به شبهه است، ما می‌خواهیم اجازه باعث حرمت شود، نه وطی شبهه، و باید دخول بعد از اجازه باشد، مگر طبق مبنای کشف بگوئیم، آن وقت که وطی شبهه شد، وطی به زوجه بوده است و شاید بعضی از بزرگان که اینجا را حاشیه زده‌اند، آن را با وطی شبهه توأم با مبنای کشف توجیه کرده‌اند.

ان قلت: وقتی اجازه داد، این اقرار به مهر است و بنابراین از باب اقرار باید مهر را بدهد و لو قسم هم نخورد، و حال آنکه بعضی

اشکال می‌کنند، که اجازه انشاء، و اقرار اخبار است، چگونه اجازه به منزله اقرار می‌شود؟
 قلنا: طبق مبنای کسانی که عقد را مطابق قاعده می‌دانند، گامی در کنار انشاء به دلالت التزامی اخباری وجود دارد، وقتی اجازه کرد، یعنی به دلالت التزام، قبول کرده (قبلت به اینکه ذمه‌اش مدیون این مهر است)، پس به دلالت التزامی انشاء دلالت بر اقرار می‌کند.

[مسئله ۲۳ الظاهر جریان هذا الحكم (اجازه و قسم خوردن برای ارث) فی کل مورد، مات من لزم العقد من طرفه و بقى من يتوقف زوجته علی اجازته]

اشاره

۷۳ مسئله ۲۳ (فروع فی الاجازة ...) ۱۹ / ۱۱ / ۷۹

مسئله ۲۳: الظاهر جریان هذا الحكم (اجازه و قسم خوردن برای ارث)

فی کل مورد، مات من لزم العقد من طرفه و بقى من يتوقف زوجته علی اجازته، كما اذا زوج احد الصغیرین الولی (یک طرف اصیل باشد)

و زوج الآخر الفضولی فمات الاوّل (قبل از بلوغ یا بعد از بلوغ)

قبل بلوغ الثانی و اجازته بل لا یبعد جریان الحكم فیما لو كانا کبیرین فاجاز احدهما و مات قبل موت الثانی و اجازته (موت ثانی دخالتی در مسأله ندارد)،

لکن الحلف مبنی علی الاحتیاط کالحلف فی بعض الصور الاخر.

توضیح: این فرع در توضیحات مسئله ۲۱ تحریر از صاحب مسالک بیان گردید منتهی اضافه‌ای که ایشان دارد این «لکن» است که ممکن است در این صورت (فیما لو كانا کبیرین) بگوئیم قسم لازم نیست، حتی در صورت قبل هم بگوئیم قسم لازم نیست، چون حلف خلاف قاعده است و در مورد صغیرین است.

باید توجه داشت که این بحثها طبق مبانی کسانی است که اصل مسأله را اجازه می‌دهند ولی ما تعبداً پذیرفتیم و در اصل مسأله اشکال داشتیم و از آن به فروع دیگر تعدی نمی‌کنیم.

ریشه مسأله:

آیا اصل مسئله صغیرین علی القاعده است یا مخالف قاعده؟

اگر مخالف قاعده بدانیم تعدی مشکل است و فروع دیگر مسأله هم در دسر دارد و لذا گفتیم تعدی ممکن نیست، چون یک طرف مرحوم شده و چنین عقدی عقلانی نیست و طرفین عقد باید زنده باشند، اما اگر گفتیم طبق قاعده است (حتی اگر روایت هم نباشد طبق مبنای کشف بعد از اجازه عقد درست است)، در این صورت معنایش این است که کبیرین هم مانند صغیرین است. همچنین است جائی که احدهما اصیل باشد (مثل جائی که ولی عقد صغیر را خوانده) و دیگری فضولی باشد، پس کاری به حدیث ندارد، بلکه حدیث ابو عبیده حلف را تحمیل کرده است و چون اصل مسأله و

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۸۸

حدیث موافق قاعده و حلف خلاف قاعده است، لذا فروعی که در متن حدیث است، حلف لازم دارد، اما فروعی که در حدیث نیست حلف لازم ندارد.

قلنا: بین این قول و قول ما خیلی فاصله است، ما می‌گفتیم اصل مسأله خلاف قاعده است و قسم تعبدی است، ولی این گروه می‌گویند که طبق قاعده است و قسم خلاف قاعده است.

بقی هنا شیء:

یکی از آثار، عدّه وفات است، آیا در اینجا عدّه وفات هست؟

مثلاً صغیرین را فضولیین به عقد هم در آوردند، صغیر اول که زوج بود اول ماه رمضان بالغ شد و اجازه داد و در نیمه ماه رمضان هم مرحوم شد، زوجه که صغیره بود اول ماه شوال بالغ شد و اجازه داد، آیا عدّه وفات نگه دارد؟ (در عدّه وفات دخول شرط نیست و عدّه وفات، حریم زوجیت است) و اگر نگه دارد چه مدّت؟ مبدأ عدّه از زمان وفات زوج است (نیمه ماه رمضان) یا از زمان اجازه دادن (اول ماه شوال)؟

قلنا: بنا بر قول به نقل، از روز اجازه باید عدّه نگه دارد (البته اصل مسأله که آیا با قول نقل می‌سازد یا نه محلّ بحث است) و اما بنا بر قول کشف، عدّه از همان زمان مرحوم شدن زوج است. پس عدّه هم یکی از آثار عجیب این مسأله است.

[مسأله ۲۴ (إنّ العقد لازم بالنسبة الی المباشرة)]**اشاره**

۷۴ مسئله ۲۴ (إنّ العقد لازم بالنسبة الی المباشرة ...) ۲۳ / ۱۱ / ۷۹

مسأله ۲۴: اذا كان العقد فضولياً من احد الطرفين كان لازماً من طرف الاصيل، فلو كان (اصیل) هی الزوجه لیس لها أن تتزوج بالغير قبل أن یرد الآخر العقد و یفسخه، و هل یثبت فی حقه تحريم المصاهرة قبل اجازه الآخر و رده، فلو كان (اصیل)

زوجاً حُرّم علیه نکاح امّ المرأة و بنتها و اختها (اگر اصیل زوج باشد، آیا ازدواج با مادر زن و خواهر زن و دختر زن حرام است؟) و الخامسة ان كانت هی الرابعة؟ (آیا اگر این نکاح مورد چهارمی باشد، نمی‌تواند پنجمی را عقد کند) الاحوط ذلك (ای الحرمة)

و ان كان الاقوی خلافه (اقوی عدم حرمت محرّمات بالمصاهرة است و احتیاط استجابی است).

عنوان مسأله:

آیا اگر عقد از یک طرف اصیل و از طرف دیگر فضولی باشد، اصیل باید روی عقد خودش بایستد یا آزاد است و هر کاری خواست انجام می‌دهد، و اگر کاری مخالف کار قبلی انجام داد، کار قبلی باطل می‌شود؟ این مسأله شدیداً محلّ ابتلاست و نظیر آن در غیر فضولی هم هست، مثلاً در ایجاب و قبول اصیلین، که بایع ایجاب کرده و مشتری می‌خواهد فکر کند، در این صورت آیا موجب باید روی ایجابش بایستد یا اگر پشیمان شد می‌تواند به هم بزند؟

اقوال:**اشاره**

در مسأله سه قول وجود دارد:

قول اول: ترتب الآثار من طرف الاصيل

اصیل که ایجاب می‌کند، تمام آثار از ناحیه او مترتب می‌شود و باید منتظر بماند، به عبارتی دیگر عقد از ناحیه او لازم است. از کسانی که این قول را پذیرفته‌اند محقق ثانی و مرحوم کاشف اللثام است، مرحوم کاشف اللثام می‌فرماید:

«و لو تولی الفضولی احد طرفی العقد و باشر الآخر بنفسه أو ولیه او و کيله ثبت فی حق المباشر تحریم المصاهرة الی ان یتبین عدم اجازة الآخر، لتمامیة العقد بالنسبة الیه، فإن کان زوجاً حرم علیه الخامسة و الاخت بلا اشکال» «۱» (شاهد در این قسمت است). ایشان در آخر کلامشان می‌فرمایند «اگر فضولی فسخ کرد، همه چیز به هم می‌خورد ولی مادر زن ممکن است تا آخر حرام باشد (حرمت ابدی)»، (هذا من عجائب الکلام).

محقق ثانی می‌فرماید: «انّ العقد لازم بالنسبة الی المباشر» «۲».

همچنین مرحوم شیخ انصاری در مکاسب به این قول تمایل دارد. در بین معاصرین هم از جمله کسانی که این قول را انتخاب کرده‌اند، سید عبد الاعلی سبزواری است. ایشان با صراحت می‌گویند:

«عقد از ناحیه مباشر لازم است» «۳».

قول دوم: عدم ترتب الآثار من طرف الاصل

صاحب عروه می‌فرماید تا اجازه دوّمی نیاید، هیچ اثری از ناحیه اصیل جاری نمی‌شود و عقد کامل نمی‌شود، مگر در صورتی که اصیل علم دارد که اجازه بعداً خواهد آمد و قائل به کشف هم باشیم (که از حین عقد، عقد حاصل است) پس اگر یقین به اجازه نداشته باشد و یا اینکه به مبنای نقل قائل باشیم، در این صورت اثری مترتب نمی‌شود «۴»

(۱) کشف اللثام، ج ۲، ص ۲۳.

(۲) جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۵۹.

(۳) مهذب الاحکام، ج ۲۴، ص ۲۹۴.

(۴) عروه، ج ۲، ص ۸۷۴، مسئله ۳۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۸۹

از کسانی که این قول را پذیرفته‌اند، آقای خوئی «۱» است، ایشان می‌فرماید:

«در صورتی که کشف حقیقی را هم قائل باشیم اصیل می‌تواند عقد را به هم بزند، زیرا بر مبنای کسانی که قائل به کشف هستند، باید بین ایجاب و قبول کار خلافی انجام نشود»، پس ایشان استثنای صاحب عروه را نمی‌پذیرد.

قول سوم: التفصیل بین الزوج و الزوجة

تحریر الوسیله بین زوج و زوجه فرق می‌گذارد، یعنی اگر زوجه باشد باید صبر کند و اگر زوج باشد می‌تواند مخالفت کند.

سؤال: بین زوج و زوجه چه فرقی است؟

جواب: ریشه اصلی مسأله یک نکته است که اگر حل شود، جواب مسأله روشن است و آن این است که «هل ینحل عقد الزواج الی شیئین مستقلّین أم لا-؟» اگر قائل شویم که عقد ازدواج منحلّ به دو چیز می‌شود (ایجاب طرف اول و قبول طرف دوم) هر کدام از اینها باید به سهم خودش ملتزم باشد؛ ولی اگر گفتیم که انحلالی نیست و عقد به معنی گره است و هر دو یک چیز است، در این صورت هیچ کاری انجام نشده و همان گونه که فضولی آزاد است، به همان اندازه هم اصیل آزاد است (هم در ایجاب و قبول

اصیلین و هم در موردی که احد طرفین فضولی است).

[نظر استاد]

قلنا: وقتی به عرف رجوع کنیم، واضح است که قرارداد، بین دو نفر است و ازدواج مثل طلاق و یا نذر، کار یک نفره نیست، بلکه مانند بیع، اجاره، هبه و صلح و ... کار دو نفره است و تا دو نفر به میدان نیایند چیزی انجام نشده است. آقای سبزواری بعد از اختیار قول اول (که هر کدام مستقل است) عبارتی دارد که مضمونش چنین است: هر کدام منحل می شود به یک التزام مستقل که شبهه الايقاع یعنی عقد نکاح، هم ايقاع است و هم عقد، (کل واحد ايقاع است و روی هم عقد است). قلنا: این تناقض است اگر ايقاع است کار یک نفره است و اگر عقد است کار دو نفره است و نمی شود که هم کار یک نفره باشد و هم کار دو نفره.

۷۵ ادامه مسئله ۲۴ ... ۲۴ / ۱۱ / ۷۹

یرد علی هذه الكلمات:

اولاً: عقد نکاح به مقتضای طبیعتش امر مشترک بین الاثنین، (کلمه زوجیت به معنی جفت است یعنی امر بین اثنین) فان تم من الجانبین فهو الا هیج کاری انجام نشده است، مثل مبیعه و یا مصالحه ...، پس عقد، ربط التزام به التزام است و تا دو طرف انجام نشود، هیچ چیزی نیست.

ثانیاً: اگر التزام اصیل را لازم الوفاء بدانیم باید همه آثار را مترتب کنیم، و فقط ترتب آثاری مثل ازدواج با مادرزن و خواهر زن ... درست نیست و اگر آثار مترتب است، باید همه آثار مترتب شود، مثلاً مهر را هم بدهد، البته احدی به این قول قائل نشده که تا مادامی که قبول نیامده است مهریه را بدهد، پس تفکیک بین آثار جایز نیست. در باب بیع نیز تا زمانی که مشتری قبول نکرده است، ثمن را نمی پردازند.

قلنا: در این مسأله فرقی بین قول نقل و کشف به هر سه قسمش، (حقیقی، حکمی، انقلابی) نیست.

کشف حقیقی: از همان ابتداء که عقد انشاء آمد، اثر می کند و عقد مؤثر است و اجازه علامت و کاشف است، بر اینکه از حین عقد کامل بوده است (کشف حقیقی معنی ندارد چون کشف حقیقی یعنی اجازه، هیچ کاره است و جزء مؤثر نیست).

کشف حکمی: از ابتداء عقدی نبوده است و تعبداً آثار را به امروز بار می کنیم، یعنی واقعاً عقد نبوده ولی در حکم بودن است.

کشف انقلابی: یعنی ابتداء عقد نبود ولی امروز که اجازه آمد، آن را عوض می کند. معروف این است که الواقع لا ینقلب، اما می گویند امور اعتباریه ممکن است منقلب شود، یعنی دیروز عقدی واقع شد و واقعاً اثر نکرد، و امروز صحنه دیروز منقلب شد.

پس در ما نحن فیه که ما می گوئیم اثری مترتب نمی شود و اصیل آزاد است، قول به نقل و قول به کشف به هر سه قسمش تفاوت نمی کند، چون کسی که قائل به کشف است، مشروط می کند به این که بین عمل اصیل و اجازه منافیاتی انجام نشود مثلاً ازدواج با خواهر این زن نکرده باشد (قول آقای خوئی).

نتیجه: بدون شک و تردید (عکس آن چه که مرحوم کاشف اللثام فرمود) اصیل هیچ تعهدی ندارد، چون عقد باید حاصل شود، و تعجب است که در اینجا فضولی را مؤثر بدانیم، ولی رکن اصلی که اجازه است نادیده بگیریم. بنابراین اصیل تمام منافیات را می تواند انجام دهد و حتی می تواند فسخ کند. البته تعبیر به فسخ تعبیر مسامحی است و بهتر است بگوئیم می تواند «صحت تأهلی ایجاب» را به هم بزند، یا با قول یا با فعل و حتی می تواند دختر این زن را هم

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۹۰

بگیرد.

ان قلت: چرا دختر زن حرام شود و حال آن که تا دخول حاصل نشود، دختر زن حرام نمی‌شود، بله در حرمت در ناحیه مادرزن و خواهر زن دخول شرط نیست.

قلنا: دختر زن دو رقم حرمت دارد، یک رقم حرمت ابدی که با دخول حاصل می‌شود و اما یک حرمت جمع بین مادر و دختر است فی عقد واحد او فی عقدین، که این هم حرام است. پس آنهایی که قبول کرده‌اند و دختر زن را هم اضافه کرده‌اند، معتقدند که دختر زن از باب جمع حرام است.

امّا توجیهی که برای قول ثالث که فرق بین زوج و زوجه است (در ناحیه زوج قائل شویم که لازم نیست وفادار باشد، ولی اگر زوجه اصیل باشد باید وفادار بماند و شوهر نکند) نیافتیم، چون طبق ریشه مسأله زوجه و زوج فرقی نمی‌کند و نمی‌شود که در یک طرف (زوجه اصیل باشد) انحلالی باشیم و در طرف دیگر (زوج اصیل باشد) انحلالی نباشیم.

نکته: بعضی گفته‌اند که یک کلمه ممکن است در عبارت غلط باشد و آن اینکه بگوئیم «لیس» در عبارت تحریر «هل» بوده است «هل لها ان تتزوج بالغیر» ... در این صورت اشکال رفع می‌شود خصوصاً که تحریر به ترتیب عروه است (عروه مسئله ۳۲) و لذا چون هیچ راه حلی نیست، می‌گوئیم نسخه اشتباه است و عبارت غلط است.

ان قلت: در توجیهی که برای کلام امام در مسئله ۲۴ بیان کردید گفتید به جای «لیس» کلمه «هل» باشد، در این صورت قسمت قبلی کلام را چگونه توجیه می‌کنید که امام می‌فرماید «اذا كان العقد فضولياً من احد الطرفين كان لازماً».

قلنا: در این صورت «هل» را بر سر «کان» در می‌آوریم که با فتوای ایشان در حاشیه عروه سازگار است.

۷۶ مسئله ۲۵ (لو ردّ معقود له صار العقد كأنه لم يقع ...) ۷۹ / ۱۱ / ۲۵

بقی هنا اموز:

الامر الاوّل: آیا می‌توان گفت که از صحیحۀ «أبو عبيدة حذاء» «ا»، این حکم (وفادار بودن اصیل) استفاده شده است،

و لو عدّه‌ای سراغ قاعده رفته‌اند و توجّهی به روایت نکرده‌اند، ولی بگوئیم از روایت تأثیر پذیرفته‌اند چون در روایت، امام می‌فرماید ...: يعزل ميراثها منه حتى تدرک.

چرا میراث را کنار می‌گذارند؟ برای اینکه شوهر کبیر شده و اجازه داده است و شبیه اصیل است، پس اگر قبل از آمدن اجازه دومی، میراث را کنار می‌گذارند، باید آثار دیگر هم مترتب شود و از مسئله فضولی باید به اصیل بیائیم، زیرا فضولی اجازه داده شده، مثل اصیل است، و اگر برای استدلال، سراغ این روایت بروند بهتر است.

قلنا: أوّلما: سلّمنا که روایت دلالت داشته باشد، ولی روایت أبو عبيدة تعیّدی است و فقط به موردش (میراث) عمل می‌کنیم و نمی‌توانیم از آن به غیر میراث تعدی کنیم.

ثانیاً: روایت می‌فرماید میراث ملک او نیست، بلکه از باب احتیاط کنار گذاشته می‌شود و ملکیت حاصل نمی‌شود، پس از روایت، حرمت محرّمات مصاهره استفاده نمی‌شود.

اللهم ألما ان يقال: در مورد محرّمات مصاهره هم بگوئیم از باب احتیاط است، که با ضمیمه دو مقدمه درست می‌شود، أوّل تعدی از مورد روایت را جایز بدانیم، ثانیاً آثار احتیاطاً مترتب باشد (البته این خلاف ظاهر اصحاب است، چون اصحاب صریحاً می‌گویند حرام است و احتیاط نمی‌کنند). پس به این حدیث نمی‌توان استدلال کرد چون أوّل حدیث اشکال دارد، ثانیاً تعدی جایز نیست

و ثالثاً حدیث از باب احتیاط است نه فتوی.

نکته: این حدیث عکس قول ثالث است، حدیث می‌گوید اگر زوج اجازه داد و فوت کرد آثار مترتب می‌شود و صحبتی از زوجه نیست، در حالی که قول سوم که در متن تحریر آمده است، می‌گوید اگر زوجه اصیل باشد، نباید شوهر کند و آثار مترتب است، با توجه به این نکته، این فکر تقویت می‌شود که عبارت تحریر غلط است، از جمله چیزهایی که شاهد بر غلط بودن عبارت تحریر است، این است که امام در حاشیه عروه قول صاحب عروه (قول دوم) را قبول کرده است، حتی استثنائی که صاحب عروه کرده بود (که اگر بداند که اجازه بعداً خواهد آمد) این استثنا را امام نپذیرفته است.

الامر الثانی: اگر قائل به قول اول (ترتب آثار) شدیم، تا چه زمانی باید صبر کند؟

اگر در این مدت متضرر شد چه کند؟
قلنا: تا زمانی که ضرری دامنش را نمی‌گیرد صبر کند، اگر ضرری بیاید قاعده لا ضرر جلوی ترتب آثار را می‌گیرد. (لا ضرر هم نفی و هم اثبات خیار می‌کند).

(۱) ح ۱، باب ۱۱ از ابواب میراث ازواج.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۹۱

الامر الثالث: آیا این مسئله منحصر به جائی است که یکی اصیل باشد و دیگری فضولی،

یا اگر هر دو فضولی بودند و یکی اجازه داد (شبهه صحیحه ابو عبیده که وقتی اجازه داد، شبهه اصیل است)، این را هم شامل می‌شود؟
قلنا: در اینجا نیز همان بحثها می‌آید.

[مسئله ۲۵: إن ردّ المعقود له أو المعقود لها العقد الواقع فضولاً صار العقد كأنه لم يقع]

اشاره

مسئله ۲۵: إن ردّ المعقود له أو المعقود لها العقد الواقع فضولاً صار العقد كأنه لم يقع، سواء كان العقد فضولياً من الطرفين و ردّاه معاً أو ردّه احدهما، بل و لو اجاز احدهما و ردّ الآخر، أو من طرف واحد و ردّ ذلك الطرف فتحلّ المعقود لها على اب المعقود له و ابنه و تحلّ بنتها و أمها على المعقود له.

عنوان مسأله:

این مسأله فرعی از مسئله ۲۴ است و حاصل مسأله این است که اگر اولی اصیل بود و دومی فضولی و اجازه نداد، با نفی دومی تمام آثار التزام از طرف اول (اصیل) برچیده می‌شود.

مرحوم سید در عروه در مسئله ۳۳ این مسأله را بیان می‌کند.

در این مسأله اختلافی نیست (جز یک مورد)، حتی از عبارت صاحب جواهر استفاده می‌شود که محو آثار از ضروریات است و از قضایائی است که قیاساتها معها، وقتی عقدی انجام نشده، چرا اثر مترتب شود. حتی کسانی که می‌گویند مثل ایقاع است، شرط

می‌کنند که طرف دیگر رد نکند، و اگر دومی رد کند تمام آثار از بین می‌رود.

دلیل: صحیحہ أبو عبیدہ حذاء

اولاً چون صدر روایت می‌فرماید:

«ایهما ادرك كان له الخيار»

اختیار دارد یعنی می‌تواند به هم بزند و اگر به هم بزند چیزی باقی نمی‌ماند و همه چیز منتفی می‌شود. ثانیاً جمله دیگر روایت این است که

«فان ماتا قبل ان یدرکا فلا میراث بینهما و لا مهرأ»

ظاهر روایت این است که اگر هر دو بمیرند، ولی اگر یکی هم بمیرد همین حکم را دارد، پس از این جمله می‌توان استفاده کرد که اگر ردی هم واقع شد، آثار منتفی می‌شود.

بقی هنا شیء:

از بعضی از عبارات قواعد استفاده می‌شود که اگر اصیل مرد باشد و زن رد کند، در اینجا همه محرمات بر این مرد حلال است و فقط مادر زن حرام است و به حرمت خود باقی می‌ماند. در اینجا مرحوم کاشف اللثام (شرح قواعد علامه) توجیهی دارد و می‌فرماید: این مسأله مبتنی بر این است که فسخ را من الحین (حین الفسخ) بدانیم یا فسخ را از روز عقد بدانیم (مثلاً اصیل روز شنبه عقد کرده، فضولی روز یکشنبه رد می‌کند، آیا این رد از روز شنبه اثر می‌کند یا از روز یکشنبه، اگر گفتیم از روز شنبه اثر می‌کند، بنیان عقد به هم می‌خورد، ولی اگر گفتیم از روز یکشنبه به هم می‌خورد در این صورت گوئی عقد بوده و حرمت مادر زن هم آمده است). قلنا: اولاً: اینجا فسخ نیست، و در معاملات هم مسلم است که فسخ، من حین الفسخ است و در اینجا اصلاً معامله صورت نگرفته است، نه اینکه معامله‌ای هست و فسخ می‌کند، پس قیاس اینجا به فسخ در معاملات قیاس مع الفارق است. ثانیاً: باید پدر و یا پسر این زوج هم بر این زن حرام باشد، زیرا فرقی بین اینها نیست و همه اینها باید حرام باشد و حال آن که احدی این را نگفته است.

۷۷ مسئله ۲۶ (ان زواج الفضولی امرأة ...) ... ۲۶ / ۱۱ / ۷۹

بقی هنا شیء آخر:

مرحوم صاحب عروه «۱» در جواب علامه در قواعد و کاشف اللثام (که کلام علامه را توجیه می‌کند و می‌گوید حتی بعد از رد هم امّ الزوجه حرام است) دو اشکال وارد می‌کنند:

اشکال اول: وقتی عقد حاصل نشده است نه امّ الزوجه حرام است و نه بنت الزوجه، (این همان اشکالی است که سابقاً ذکر کردیم). اشکال دوم: ما الفرق بین امّ الزوجه و بنت الزوجه اگر امّ الزوجه حرام است، بنت الزوجه هم حرام است (جواب نقضی). مرحوم آیه الله خوئی به این جواب نقضی صاحب عروه اشکال می‌کند و می‌گوید سرچشمه حرمت بنت الزوجه دو چیز است، اول: زمانی که دخول به ام شده باشد که در ما نحن فیه نیست، دوم: جمع بین ام و بنت است و این جمع هم منتفی است، چون وقتی مادر اجازه داده نشد و عقدش سر نگرفت، دیگر جمع نیست و این غیر از امّ الزوجه است، چون درامّ الزوجه عقد که خوانده شد، حرمت می‌آید. (طبق قول کسی که می‌گوید عقد اصیل هم برای حرمت کافی است)، پس قیاس این دو به هم جایز نیست. قلنا: بهتر بود که صاحب عروه به جای بنت، اب و ابن زوج را می‌گفت و این نقض را وارد می‌کرد. ولی آقای خوئی در لابلای

(۱) عروه، مسئله ۳۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۹۲

کلامش به صورت جمله معترضه مطلبی دارد که می گوید جمع بین بنت وام را حرام نمی دانیم در عین اینکه مشهور قائل به حرمت هستند، این کلام خیلی عجیب است:

«لأنَّ الموجب لحرمة البنت ينحصر في احد امرين: الدخول بالام أو الجمع بينهما في الزوجية على ما اختاره المشهور و إن لم نرتضه...»

اگر کسی جمع کرد بین مادر و دختر، در عقد واحد، آیا هر دو عقد صحیح می شود؟ خیر، جایز نیست و عدم جواز از جهت جمع بین مادر و دختر است نه به این جهت که مادرزن را نمی توان عقد کرد و عقد باطل است.

[مسئله ۲۶: ان زوج الفضولی امرأة برجل من دون اطلاعها و تزوجت هی برجل آخر]

اشاره

مسئله ۲۶: ان زوج الفضولی امرأة برجل من دون اطلاعها و تزوجت هی برجل آخر، صحّ الثانی و لزم و لم یبق محلّ لاجازة الاول، (چون شرایط جمع است و مانعی از صحّت نیست) و کذا لو زوج الفضولی رجلاً بامرأة من دون اطلاع و زوج هو بامرأها أو بنتها ثمّ علم.

عنوان مسأله:

اگر مردی خبر نداشت که فضولی عقد دختری را برای او خوانده است و پیش از باخبر شدن، مادر دختر را عقد کرد، در اینجا دیگر جایی برای عقد فضولی نیست، و یا بالعکس اگر فضولی زن را به عقد کسی در آورد و زن بدون خبر با مرد دیگری ازدواج کرد، در اینجا نیز جایی برای عقد فضولی نیست، چون موضوع از بین رفته است. پس زوج و زوجه‌ای که با فضولی عقد شده‌اند، اگر کار منافی انجام دهند، دیگر محلی برای فضولی باقی نمی ماند.

جمع بندی:

عقد فضولی به سه وسیله از کار می افتد و اثری ندارد:

۱- ردّ لفظی.

۲- ردّ عملی، مثل آنجائی که باخبر شد و عالماً با مادر دختر ازدواج کرد، یا دختر با شوهر دیگر ازدواج کرد، که معنایش عدم قبول فضولی است.

۳- ایجاد مانع و لو نداند، یعنی موضوع منتفی شود و دیگر جایی برای عقد فضولی نمی ماند.

دلیل:

دلیل اینها از باب قضایا قیاساتها معها است.

نکته: بعضی تصوّر کرده‌اند که طبق مبنای کشف و نقل، مسأله فرق می کند، یعنی اگر قائل به نقل باشیم مسأله روشن است، چون وقتی اجازه بیاید، جایی برای اجازه فضولی نیست، ولی طبق مبنای کشف گفته‌اند که چون عقد فضولی قبلاً بوده است و عقد اصیل

از ناحیه خودش بعداً آمده است و وقتی اجازه داد، سبب می‌شود که عقد فضولی قبلی درست شود و زمینه‌های عقد اصیل (عقد خودش) از بین برود.

قلنا: اجازه فضولی وقتی صحیح است که فعل ضدی قبلاً نیامده باشد (بین عقد فضولی و اجازه) ولی در اینجا فعل ضد آمده است، و وقتی هنوز اجازه درست نشده باشد، چگونه کاشف است، پس کشف و نقل در این مسأله تفاوت نمی‌کند.

[مسأله ۲۷: لو زوج فضولیان امرأة کل منهما برجل کانت بالخيار فی اجازه ایهما شاءت و ان شاءت ردتهما]

اشاره

۷۸ مسأله ۲۷ (لو زوج فضولیان ...) ... ۲۹ / ۱۱ / ۷۹

مسأله ۲۷: لو زوج فضولیان امرأة کل منهما برجل کانت بالخيار فی اجازه ایهما شاءت و ان شاءت ردتهما، سواء تقارن العقدان أو تقدم احدهما علی الآخر و كذلك الحال فیما اذا زوج احد الفضولیین رجلاً بامرأة و الآخر بامرأة او بنتها او اختها فان له اجازه ایهما شاء.

عنوان مسأله:

اگر دو فضولی در دو زمان با هم عقدی را بر زنی بخوانند، زن بعد از اطلاع، مخیر است هر کدام را که خواست، بپذیرد و می‌تواند هر دو را رد کند. در ناحیه زوج هم همین است، اگر دو فضولی دو عقد متضاد برای او خواندند، (یکی مادر و دیگری دختر مادر را) در اینجا هر کدام را که خواست، اجازه می‌کند و یا هر دو را رد می‌کند.

ادله:

دلیل این مسأله همان قضایا قیاساتها معها است. قاعده می‌گوید عقد فضولی ناقص است (صحت تأهلی دارد) جزء اخیر علت تامه (که عمده هم همین جزء است) اجازه مالک العقد است، اگر اجازه به عقد اول بخورد عقد اول تام است و اگر به دومی بخورد عقد دوم تام است و اگر به هیچ یک نخورد، هر دو عقد ناقص است و در اینجا فرض ما این است که دو عقد متضاد است (نه زن می‌تواند دو شوهر کند و نه مرد می‌تواند با مادر و دختر همزمان ازدواج کند) پس این مسأله واضح است. از احادیث هم گاهی می‌توان این مسأله را استفاده کرد، مثلاً روایت «ابن بزیع» از امام رضا علیه السلام، که سند حدیث قوی است؛ ولی ظاهراً این حدیث مرسله است چون در صدر روایت دارد ...
سأله

(۱) مستند عروه، جلد دوم از کتاب النکاح، ص ۳۵۰.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۹۳

رجل،

اما در چنین مواردی که می‌دانیم راوی از اصحاب خاص کددام یک از ائمه علیه السلام است، مرسله بودن آن ضرر نمی‌زند. در اینجا ابن بزیع از اصحاب خاص امام رضا علیه السلام است.

...* عن محمد بن اسماعیل ابن بزیع قال: سأله رجل عن رجل مات و ترک اخوین و ابنة و البنت صغيرة فعمد احد الاخوین الوصی

فزوج الابنه من ابنه ثم مات ابو الابن المزوج، فلما أن مات قال الآخر:

أخى لم يزوج ابنه فزوج الجارية من ابنه، فقيل للجارية اى الزوجين احب اليك الاول أو الآخر؟ قالت: الآخر،

(تا اینجا عین مسأله ما است، اما غافل از اینکه ذیل حدیث جمله‌ای دارد که بحث ما را به هم می‌زند)

ثم ان الاخ الثاني مات و للاح الاول ابن اكبر من الابن المزوج، فقال للجارية: اختارى ايهما احب اليك الزوج الاول أو الزوج الآخر، فقال: الروايه فيها

(چه کسی این جمله را گفت، آیا امام یا ابن بزیر؟)

أنها للزوج الاخير، و ذلك أنها قد كانت ادركت حين زوجها

(چون عقد دوم که واقع شد بالغه بود)

و ليس لها أن تنقض ما عقدته بعد ادراكها «۱».

ما با توجه به صدر روایت فکر می‌کردیم که هر دو عقد فضولی است؛ ولی ذیل روایت می‌گوید که دومی اصیل است، چون دختر بالغ شده بود. در اینجا حدیث از بحث ما خارج می‌شود و مربوط به مسئله ۲۶ است، پس اگر چه حدیث به حسب سند قوی است؛ ولی به حسب دلالت ضعیف است، چون صدر آن فضولین است ولی ذیلش صراحتاً می‌گوید که یکی از دو عقد فضولی بوده و دیگری اصیل است.

[مسئله ۲۸: لو وکلت زوجه رجلین فی تزویجها فزوجها کلّ منهما برجل]

اشاره

۷۹ مسئله ۲۸ (لو وکلت رجلین فی تزویجها ...) ... ۳۰ / ۱۱ / ۷۹

مسئله ۲۸: لو وکلت (زوجه)

رجلین فی تزویجها فزوجها کلّ منهما برجل، فان سبق احدهما صحّ و لغا الآخر (هر دو معلوم تاریخ و سابق و لاحق هم معلوم است) ، و ان تقارنا بطلا معاً (این فرض، فرد نادر است)

، و ان لم یعلم الحال فان علم تاریخ احدهما حکم بصحّته دون الآخر (به مقتضای استصحاب، یعنی استصحاب می‌کنیم که دومی نیامده است)

، و ان جهل تاریخهما فان احتمل تقارنهما حکم بطلانهما فی حق کل من الزوجه و الزوجین، و ان علم عدم التقارن فیعلم اجمالاً بصحّ احد العقدین و تكون المرأه زوجةً لاحد الرجلین و اجنبیه عن احدهما، فلیس للزوجه أن تتزوج بغيرهما، و لا للغير ان يتزوج بها، لكونها ذات بعل قطعاً، و اما حالها بالنسبه الى الزوجین و حالهما بالنسبه اليها فالاولی أن یطلقاها و یجدد النکاح علیها احدهما برضاها، و ان تعاسرا (سخت‌گیری کردند)

و كان فی التوقف الى ان يظهر الحال عسرّ و حرج علی الزوجه او لا یُرجى ظهور الحال، فالمتجه تعیین الزوج منهما بالقرعه، فیحکم بزوجه من وقعت علیه.

این مسأله بر خلاف بعضی از مسائل قبلی، مسئله‌ای ریشه‌دار و قدیمی است و از زمان معصومین علیه السلام بین شیعه و اهل سنت مطرح بوده است.

عنوان مسأله:

دو نفر از طرف زوج و کیل هستند، و کیل اول زن را به عقد زید در آورد، و کیل دوم هم بی خبر، زن را به عقد عمرو در آورد، کدام یک از این دو عقد صحیح است؟

صور مسأله:

اشاره

مسأله ۵ صورت دارد و مرحوم علامه در تذکره این وجوه را بیان کرده است که عمده صورت پنجم است:

- ۱- هر دو معلوم التاریخ و می دانیم یکی از دو عقد، قبل از دیگری بوده است (و کیل شماره ۱ روز شنبه و وکیل شماره ۲، روز یکشنبه عقد را خوانده‌اند)، در این صورت وکالت و کیل دوّم باطل است، زیرا موضوع منتفی شده است.
- ۲- هر دو معلوم التاریخ و هر دو متقارن و در آن واحد باشد (این فرض بعید است) در اینجا نیز تکلیف روشن و هر دو باطل است چون جمع بین هر دو ممکن نیست و ترجیح یکی بر دیگری، ترجیح بلامرجح است.
- ۳- احدهما معلوم التاریخ و نمی دانیم کدامیک بر دیگری مقدم بوده است.
- ۴- هر دو مجهول التاریخ و احتمال می دهیم مقارن بوده باشند.
- ۵- هر دو مجهول التاریخ و نمی دانیم کدامیک بر دیگری مقدّم بوده است.

صورت اول: هر دو معلوم التاریخ هستند و سابق و لاحق هم معلوم است،

اشاره

مشهور و معروف، صحّت عقد اول است؛ ولی از بعضی از عبارات استفاده می شود که مخالف هم در مسأله وجود دارد. مشهور در میان اهل سنت هم صحّت عقد اول است، آن گونه که علامه در تذکره نقل می کند: «و به قال الشافعی و ابو حنیفه و احمد و هو قول حسن البصری»

(۱) ح ۱، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۹۴

و جماعةً آخری» «۱».

مرحوم علامه از مبسوط حکایت می کند، که ایشان یک صورت را استثنا کرده و آن را اختلافی دانسته است و آن موردی است که بعد از دخول به دوّمی، مطلع شد که عقدی جلوتر واقع شده است، در خصوص این مورد گفته‌اند که عقد دوّم صحیح است. «انّ فیه خلافاً (در خصوص این استثنا) و أنّه روی عن اصحابنا انّ العقد له (دومی) و هو المحکی عن مالک و هو قول عمر: اذا انکح الولیّان فالاول احق ما لم یدخل بها الثانی (قول عمر است ولی اهل تسنن آن را به عنوان روایت نقل می کنند)».

قلنا: مختار ما در مسأله، قول مشهور است.

ادلّه قول مشهور:

۱- قاعده:

وکیل اول عقد جامع شرایط انجام داده است، پس مؤثر است و وکیل دوم با مانع برخورد می‌کند. به عبارت دیگر زن ذات بعل است و نمی‌توان آن را دوباره به عقد کسی درآورد و اگر عالمأً دخولی از طرف دومی صورت گیرد، زنا، و اگر جاهلاً باشد، وطی به شبهه است و احکام خاص خود را دارد، پس دخول هیچ تأثیری ندارد.

۲- روایت:

روایت محمد بن قیس و چون یک روایت است و متضافر نیست، از سند آن بحث می‌کنیم:

* محمد بن یعقوب، عن علی ابن ابراهیم، عن ابيه

(ابراهیم بن هاشم که ثقة است)

، عن ابن ابی نجران

(که ثقة و معتبر است)

، عن عاصم بن حمید

(از ثقات)

، عن محمد بن قیس

(از اصحاب امام باقر علیه السلام و از ثقات)

عن ابی جعفر علیه السلام قال: قضی امیر المؤمنین علیه السلام فی امرأة انکحها اخوها رجلاً ثم انکحتها امها بعد ذلك رجلاً و خالها
أو أخ لها صغیر

(در مقابل برادر اول کوچکتر بوده است، نه اینکه صغیر باشد)

فدُخِلَ بها فحبلت فاحتكما فیها فأقام الاوّل الشهود

(شاهد بر اینکه او جلوتر بوده است)

فألحقها بالاول و جعل لها الصّداقین جميعاً

(اولی چون شوهر است و دومی هم چون وطی به شبهه است)

و منع زوجها الّذی حَقَّت له أن یدخل بها حتّی تضع حملها

(چون وطی به شبهه عدّه دارد)

ثم الحق الولد بابیه «۲».

ان قلت: در این روایت ندارد که اینها وکیل بودند و شما هم ولایتی برای اخ و ام و خال قائل نیستید؟

قلنا: قرینه داریم که اینها وکیل هستند، چون صحبتی از اجازه فضولی در روایت نیست و کأنّ احتیاجی به اجازه نبوده و وکالت داشته‌اند.

دلیل قول شاذ: روایت

دلیل قول شاذ که گفته‌اند در صورتی که دخول حاصل شده عقد برای دومی است روایت است:

(الف) بعض عامّه که به این قول، قائل شده‌اند، استدلالشان به قول عمر است «اذا انکح الولیان فالاول احقّ ما لم یدخل بها الثانی».

ب) شیعه به روایتی استدلال کرده که سندش خوب است جز ولید بیاع الاسقاط که این شخص مجهول الحال است، بنابراین سند حدیث ضعیف است.

...* عن ولید بیاع الاسقاط قال: سئل ابا عبد الله عليه السلام وانا عنده عن جاریه کان لها اخوان زوجها الاکبر بالكوفه، و زوجها الاصغر بارض اخرى، قال: الاوّل بها اولی الا ان یکون الآخر قد دخل بها فهی امرأته و نکاحه جایز. «۳»
(آیا مراد از اوّل، برادر اوّل است یا عقد اوّل و شوهر اوّل؟ ظاهراً اشاره به همان عقد اوّل است).

قلنا: اوّلًا: از ناحیه مشهور معرض عنها است و حمل بر تقیه هم مجرائی ندارد چون اکثریت عامه با آن مخالف هستند. ثانیاً: از نظر دلالت هم مسلم نیست، چون قابل حمل بر عقد فضولی است، چرا که الولد الاکبر بمنزله الاب پس بهتر است از او اجازه بگیرد و اوّلی را اجازه دهد، ولی دوّمی را که اجازه داده است به جهت دخول است و در روایت قبل «۴» چون صحبت برادر بزرگ و کوچک نبود، لذا حمل بر فضولی نشد، ولی در اینجا به جهت وجود برادر بزرگتر و کوچکتر قابل حمل بر فضولی هست. نتیجه: روایتی که در اینجا برای قول دوم اقامه شده، هم از نظر سند ضعیف است و هم از نظر دلالت مشکل دارد، بعلاوه معرض معرض عنهای اصحاب هم هست.

۸۰ ادامه مسئله ۲۸ ... ۱ / ۱۲ / ۷۹

صورت دوّم: هر دو عقد معلوم تاریخ و وکیلین مقارن هم عقد خوانده‌اند.

حکم مسأله:

اذا تقارنا محکوم بالفساد و ظاهراً مشهور قائل به فساد عقدین هستند، چون یا هر دو باید صحیح باشد یا احدهما و یا هیچ کدام،

(۱) تذکره، ج ۲، ص ۵۹۷ چاپ قدیم.

(۲) ح ۲، باب ۷ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۴، باب ۷ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۲، باب ۷ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۹۵

هر دو صحیح باشد محال است، چون یک زن، دو شوهر نمی‌تواند داشته باشد و اگر احدهما صحیح باشد، ترجیح بلا مرجح است و تنها احتمال سوّم باقی می‌ماند که هر دو فاسد است.

در اینجا بعضی احتمال داده‌اند که باید متوسّل به قرعه شویم، و زوج واقعی را با قرعه تعیین کنیم. ولی توسّل به قرعه در اینجا صحیح نیست، نه به خاطر اینکه واقع مجهولی در کار نیست، بلکه به این جهت که مشکلی نداریم، چون قواعد می‌گوید هر دو فاسد است.

توضیح ذلک:

قرعه دو رقم است:

۱- واقع مجهولی داریم و می‌خواهیم آن را کشف کنیم، مثل غنم موطئه در قطع غنم که یک واقعیتهی دارد و گوسفند خاصی بوده و مجهول شده، پس واقعیتهی مجهول است و با قرعه آن را کشف می‌کنیم. و یا در قرآن در داستان حضرت یونس جماعت گفتند که در این کشتی گناهکاری هست و قرعه زدند و قرعه به نام یونس افتاد (گناهکار به معنی ترک اولی است چون او در هدایت قوم عجله کرده بود) پس واقع مجهولی بوده و با قرعه پیدا شد، و یا در ولدی که از زنی متولد شده (وطی به شبهه) که پدرش

مجهول است، چون به هر حال این بچه از نطفه انسانی به وجود آمده است. برای کشف مجهول قرعه می‌زنیم، در روایات هم داریم که وقتی جماعتی با مشکل مواجه شوند، آن را به خدا واگذار کنند و قرعه بزنند خدا واقع را به آنها نشان می‌دهد: «ما من قوم فوّضوا امرهم الى الله عزّ و جلّ و القوا سهامهم الا خرج السهم الا صوب»^۱»
 ۲- واقع مجهولی نداریم، بلکه برای قطع ماده نزاع قرعه می‌زنیم.

به عنوان مثال در حالات پیامبر در باب قرعه هست که وقتی پیامبر می‌خواست مسافرت کند، با قرعه یکی از زنان را برای همراهی در سفر معین می‌فرمود و یا در مورد کسی که مسلمان شده در حالی که قبل از اسلام پنج همسر داشته است، اکنون که مسلمان شده نمی‌تواند هر پنج همسر را داشته باشد، یکی از آنها باطل می‌شود که مورد آن را با قرعه معین می‌کنند، در اینجا نیز واقع مجهولی نداریم و یا قبل از اسلام جمع بین اختین کرده بود، در اینجا نیز یکی را باید کنار بگذارد و آن را با قرعه تعیین می‌کنند. و یا تقسیم ارث، در جایی که اموال از نظر قیمت مساوی است، در اینجا نیز برای روشن شدن سهم هر یک از ورثه قرعه می‌زنند و یا در تقسیم زمین مشاع با قرعه سهم هر یک را مشخص می‌کنیم. در تمامی این موارد، قرعه برای حذف ماده نزاع است و در واقع، مجهولی نبوده است. همه این موارد مدرک دارد که در کتاب «قواعد الفقهیه» در باب قرعه «۲»، آن را بیان کرده‌ایم.
 در شرع مقدّس قرعه این گونه (۲ نوع) است ولی در میان عقلا قرعه همیشه برای فصل ماده نزاع است و آنها قرعه را کاشف نمی‌دانند و می‌گویند قرعه همین مقدار که فصل نزاع می‌کند، کافی است (استخاره هم نوعی قرعه است که تفویض امر به خدا کرده و از او طلب خیر می‌کنیم).

در ما نحن فیه که عقدان متقارنان است اگر کسی سراغ قرعه برود این از قسم دوم است، چون واقع مجهولی وجود ندارد و می‌خواهیم حذف ماده نزاع کنیم. پس این که بعضی اشکال کرده‌اند که اینجا جای قرعه نیست، چون واقع مجهولی ندارد، وارد نیست، چرا که واقع مجهول هم نباشد، می‌توان برای حذف ماده نزاع قرعه زد.
 نتیجه: عدم تمسک به قرعه در اینجا (صورت دوم) از این جهت نیست که واقع مجهولی نداریم، بلکه از این جهت است که قواعد مسأله را حل می‌کند. «القرعة لكل امر مشكل أو مشبه» و در اینجا مشکل نیست، زیرا مشکل در جایی است که اصول لفظیه، اصول عملیه، دلیل خاص و دلیل عام مشکل را حل نکند، پس هر جا دستمان به دلیل برسد سراغ قرعه نمی‌رویم.
 بر خلاف اینکه دیگران گفته‌اند دلیل قرعه تخصیص خورده، ما معتقدیم که تخصیص نخورده است و در تمام مواردی که دستمان به دلیل نمی‌رسد و هیچ راهی نداریم، قرعه جاری است و قرعه اماره و حلال بسیاری از مشکلات خواهد بود.

صورت سوم: احدهما معلوم التاريخ و نمی‌دانیم کدامیک بر دیگری مقدّم بوده است.

حکم مسأله:

در اینجا قانون معلوم التاريخ و مجهول التاريخ حاکم است، در جایی که دو حادثه داشته باشیم که یکی معلوم التاريخ و دیگری مجهول التاريخ است، در مجهول التاريخ، استصحاب جاری می‌شود، چون در معلوم التاريخ شکی نداریم و لذا جای استصحاب نیست؛ ولی دومی را که نمی‌دانیم چه موقع خوانده است، آیا قبل از عقد دیگری است یا بعد از آن؟ اگر قبل از آن باشد عقد وکیل معلوم التاريخ باطل است و اگر بعد از آن باشد، عقد وکیل مجهول التاريخ باطل است. در اینجا استصحاب می‌کنیم، که عقد وکیل مجهول التاريخ خوانده نشده است، تا زمانی که عقد وکیل

(۱) عوائد الایام، ص ۲۲۶.

(۲) قواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۳۲۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۹۶

معلوم تاریخ خوانده شده است، پس عقد وکیل مجهول تاریخ بعد بوده و باطل است.

در زمانهای گذشته که اصول خیلی رشد نکرده بود (قبل از زمان شیخ انصاری) بعضی از بزرگان فقها حکم به فساد هر دو عقد کرده‌اند چون مجاری اصول منقح نبود.

ان قلت: این اصلی که شما جاری می‌کنید از دو جهت «اصل مثبت» است:

۱- عدم تحقق عقد روز پنجشنبه، اثبات نمی‌کند که عقد روز شنبه واقع شده است، چون این لازمه عقلی است.

قلنا: ما نمی‌خواهیم بگوئیم که آن مجهول تاریخ روز شنبه واقع شده بلکه ما می‌خواهیم بگوئیم که روز جمعه عقد مجهول تاریخ نبوده است (یعنی آنچه که ما با آن کار داریم این است که جمعه، محل بلا مانع باشد و کاری به لازمه عقلی نداریم).

۲- سلّمنا، شما می‌گوئید که زن روز جمعه مزوجه نبوده و وکیل اول هم صیغه عقدی را در روز جمعه (معلوم تاریخ) خوانده است پس وقع العقد علی من لم یزوّج، و حال آن که این لازمه عقلی و اصل مثبت است.

قلنا: اگر ما استصحاب را در موضوع جاری کردیم، حکم مترتب می‌شود و اصل مثبت نیست مثلاً شک داریم این آب نجس است یا پاک، استصحاب طهارت می‌کنیم و می‌گوئیم می‌شود با آن وضو گرفت، حال نمی‌توان گفت این که شما می‌گوئید وقع الوضوء علی ماء الطاهر، لازمه عقلی است، پس اصل مثبت است، چون موضوع و حکم این بحثها را ندارد و ما نحن فیه هم همین گونه است، موضوع این است که زن بلا مانع باشد و استصحاب می‌گوید بلا مانع است، پس موضوع (بلا مانع بودن) به وسیله استصحاب ثابت شد و احکام بر او مترتب می‌شود. نتیجه این که، صورت سوم هم اشکالی ندارد.

صورت چهارم: هر دو مجهول تاریخ است و نمی‌دانیم وکیل اول مقدم بوده یا دومی ولی احتمال تقارن را هم می‌دهیم،

یعنی سه احتمال دارد: وکیل اول جلوتر باشد یا وکیل دوم و یا هر دو متقارن باشند.

حکم مسأله:

در اینجا نیز حکم بطلان است، چون مجهول تاریخ است و احتمال تقارن هم هست، پس اصالة الفساد می‌گوید که هر دو عقد فاسد است چون تقارن فاسد است و حکم تابع اخص مقدمتین است.

بعضی گفته‌اند: این صورت که قائل شویم که در آن واحد دو عقد باشد، فرض نادری است و بهتر است که این صورت را به صورت پنجم ملحق کنیم.

۸۱ ادامه مسئله ۲۸ ... ۲ / ۱۲ / ۷۹

صورت پنجم: هر دو مجهول تاریخ و نمی‌دانیم کدامیک بر دیگری مقدم بوده است،

مثلاً زنی به دو نفر وکالت داده، وکیل اول عقد او را برای مردی می‌خواند و وکیل دوم هم بدون اطلاع، عقد او را برای مرد دیگری می‌خواند، بعداً معلوم می‌شود که عقد این زن به دو نفر خوانده شده و نمی‌دانند کدام مقدم است. به طور مسلم عقد این زن خوانده شده، و شوهری دارد اما شوهرش کیست، معلوم نیست. در اینجا حکم شرعی چیست؟ زن چه کند؟ شوهران چه کنند؟ همه این بحثها فرع بر این است که ذات بعل نبودن، شرط واقعی باشد برای صحت عقد، نه شرط علمی.

ان قلت: این فرع، فرض نادری است خصوصاً در زمان ما و نیازی به بحث ندارد.

قلنا: ما هم قبول داریم که فرض نادر است، خصوصاً در زمان ما، ولی چون در این گونه مسائل تعدادی از قواعد اصولی و فقهی

پیاده می‌شود، که برای آموزش اجتهاد مفید است، مورد بحث قرار می‌گیرد.
در چنین مسائلی پای علم اجمالی، حق الله و حق الناس در بین است.

اقوال:

اشاره

در مورد این مسأله از قدیم الایام بین عامه و خاصه اقوال متعددی بوده است. از جمله مرحوم علامه در تذکره اقوالی را نقل می‌کند.
۱- قول شافعی: وَقِفَ الْحَالُ إِلَى أَنْ يَتَبَيَّنَ (یعنی زن شوهر نکند و آن مردان هم این را به عنوان یک زن حساب کنند، مگر این که با میل خودشان طلاق دهند یا یکی طلاق دهد و دومی تجدید عقد کند، یا هر دو از دنیا بروند و یا یکی مرحوم شود و دومی تجدید عقد کند).

۲- قول ابو حنیفه، مالک و احمد: حاکم شرع پادرمیانی کرده و از طرف هر دو، او را طلاق می‌دهد و می‌گوید من قبیل زوجها الواقعی طَلَّقْتَهَا وَوَلَايَهُ.

۳- قول دیگری از احمد: میان آنها قرعه بزینم میان آنها به این عنوان که قرعه به نام هر کس درآمد دیگری را وادار به طلاق کنیم و اولی را وادار به تجدید نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۹۷

مرحوم علامه بعد از نقل قول سوم می‌فرماید: «و لا بأس به» (۱)

مرحوم شهید ثانی در مسالک احتمالاتی داده است که یکی دخالت حاکم (قول دوم) و قول دیگر اجبارهما علی الطلاق (قول چهارم) است، بعد به صورت اشکال مقدر، اشکالی می‌کند و جواب می‌دهد که «و لا یقدح الاجبار فی صحه الطلاق. لانه بحق» (چون حق این زن است که بلا تکلیف نماند) و قول سومی هم ایشان دارند که همان قرعه برای تعیین زوج است و احتیاج به طلاق دیگری و تزویج مجدد نیست (قول پنجم). (۲)

مرحوم صاحب عروه قول ششمی اضافه می‌کند و آن این که زوجه حق فسخ دارد، چون گرفتار و در زحمت است و لذا نیازی به حاکم نیست و هر کدام را که خواست، فسخ می‌کند و با هر کدام که خواست، مجدداً ازدواج می‌کند.

خلاصه اقوال:

۱- توقّف و احتیاط تا زمان تبیین حال (هذا قول شافعی و حکمی عن المبسوط و التحرير).

۲- فسخ نکاح از ناحیه حاکم (و هو قول العلامة فی القواعد بنا بر آنچه که مرحوم آقای حکیم «۳» نقل می‌کند و معظم فقهاء عامه هم این قول را اختیار کرده‌اند).

۳- فسخ نکاح از ناحیه زوجه (مرحوم آقای حکیم می‌فرماید قائلی به این قول نیافتیم).

۴- حاکم هر دو را مجبور به طلاق کند و اجبار هم به حق است، (صاحب مسالک این قول را به عنوان احتمال مطرح کرده است).

۵- قرعه برای تعیین اولویت یعنی حاکم دومی را مجبور به طلاق می‌کند و به اولی می‌گوید که تجدید عقد کند، (قول دیگری از احمد است).

۶- تعیین زوج با قرعه، (امام در تحریر الوسیله و مرحوم صاحب عروه و بعضی از شارحین عروه این قول را اختیار کرده‌اند).

دلیل قول اول: [توقف و احتیاط تا زمان تبیین حال]

قول اول احتیاط است و در ناحیه علم اجمالی و شبهه محصوره، احتیاط مقتضای قاعده است. زن احتیاط می‌کند و شوهر نمی‌کند، ولی آن دو نفر چه کار کنند؟ ممکن است که گفته شود آنها هم در ناحیه نفقه و مهر احتیاط کنند و احتیاطاً هر یک نصف آن را بدهند.

ان قلت: نفقه فرع بر تمکین است و اینجا تمکینی نیست، پس نفقه نیست.

قلنا: عدم تمکین دو صورت دارد: ۱- به خاطر مانع شرعی. ۲-

مانعی ندارد و اختیاراً تمکین نمی‌کند، در صورت دوم نفقه ندارد، ولی در صورت اول که به خاطر عذر شرعی (نفاس، حیض) تمکین نمی‌کند، نفقه دارد، در ما نحن فیه هم عدم تمکین به خاطر مانع شرعی است و باید نفقه داده شود.

ان قلت: چرا ما نحن فیه از قبیل واجدی المنی فی الثوب المشترك نباشد که هر یک برائت جاری می‌کنند، در اینجا هم هر دو اصالة البراءة جاری کنند (شبهه بدویّه است و جای اصالة البراءة).

قلنا: اصل برائت را نباید جاری کنند، چون اصل برائت در حقوق الله (مثل غسل) جاری می‌شود، ولی در جائی که حق الناس از بین می‌رود، جای تمسک به برائت نیست (مثلاً جماعتی تیراندازی می‌کردند و به یک نفر خورد و از بین رفت و نمی‌دانیم تیر کدامیک بوده است، در اینجا اگر در هر یک برائت جاری کنند، خون از بین می‌رود، و چون حق الناس است دیه بین آنها تقسیم می‌شود). در ما نحن فیه هم حق الناس است و لا یبعد که جای برائت نباشد.

تا اینجا بیان شد که احتیاط چه مسئولیتی برای زن و چه مسئولیتهایی برای شوهرها دارد و قاعده هم همین را اقتضا می‌کند.

یرد علیه:

اولاً: لا- شک ان هنا الاحتیاط ضرر و حرجی، در اینجا لا- ضرر و لا- حرج به میدان می‌آید و ما نمی‌توانیم زن را بلا تکلیف بگذاریم.

ثانیاً: منهای لا ضرر و لا حرج، از حکمت شارع بعید است که این زن را بلا تکلیف بگذارد، بنابراین قول اول در مقابل لا ضرر و لا حرج و حکمت شارع مقدس، محکوم است.

ان قلت: ضرر ناشی از حکم شرع نیست، ضرر ناشی از حکم عقل است، زوجیت واقعی این زن که ضرر ندارد، بلکه حکم عقل به ضرورت احتیاط است که ضرر دارد (در شبهه غیر محصوره هم گفته می‌شود که اگر احتیاط شود ضرر است و این ضرر از ناحیه شارع نیست چون مورد یکی بوده است) لا ضرر هم ناظر به حکم شرع است (لا ضرر و لا ضرار فی الإسلام).

قلنا: درست است که حکم عقل به وجوب احتیاط سبب ضرر شده، ولی سرچشمه حکم عقل چیست؟ همان حکم شرع است به بقاء زوجیت، و شارع اگر حکم خودش را در اینجا بردارد، عقل حکم به احتیاط نمی‌کند، (در اطراف شبهه غیر محصوره هم همین گونه است، شارع می‌گوید این نجسی که بین این هزارتا هست نجس است و عقل هم می‌گوید که همه را کنار بگذار).

(۱) تذکره، ج ۲، ص ۵۹۸ چاپ قدیم.

(۲) مسالک، چاپ جدید، ج ۷، ص ۱۹۴.

(۳) مستمسک، ذیل مسئله ۳۵ عروه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۹۸

۸۲ ادامه مسئله ۲۸ ... ۳ / ۱۲ / ۷۹

دلیل قول دوم: [فسخ نکاح از ناحیه حاکم]

قول دوم این بود که حاکم ولایه طلاق دهد چون حاکم برای اقامه حق و اغائه ملهوفین و دفع ضرر از مظلومین است و منصب حاکم شرع این است که می‌تواند دخالت کند و ولایه از طرف زوجین طلاق دهد. این طریق خیلی خوب است، لو لا طریق اسهل و اقرب من هذا الطريق.

نکته: آیا لا ضرر فقط نفی احکام ضرریه می‌کند یا اثبات حکم هم می‌کند؟

عده‌ای می‌گویند لا ضرر فقط نفی احکام ضرری می‌کند (لا حکم ضرری فی الإسلام) بنابراین لزوم عقد معنون به عنوان ضرری است، لا- ضرر لزوم را بر می‌دارد و عقد جایز و قابل فسخ می‌شود، گفته شده است که نقش لا ضرر در همین حد است و اثبات حکم نمی‌کند.

قلنا: لا ضرر هم نفی و هم اثبات حکم می‌کند، اتفاقاً پیامبر در حدیث «سَمْرَةُ ابْنِ جَنْدَبٍ» که روایت قاعده لا ضرر است، اثبات حکم کرده است. سمره بن جندب بدون اجازه برای سر زدن به نخل خودش وارد خانه شخصی شد، آن شخص به پیامبر شکایت کرد و حضرت فرمود:

سمره استأذن

، پیامبر با استفاده از لا ضرر اثبات حکم کرد، ولی بعد از عدم قبول سمره اجازه قطع شجره را صادر کرد و به

فإنه لا ضرر و لا ضرار فی الإسلام

استدلال کرده و اثبات حکم کرد.

پس لا ضرر فقط نفی حکم نمی‌کند، در ما نحن فیه هم حاکم شرع برای نفی ضرر ولایه طلاق می‌دهد.

دلیل قول سوم: [فسخ نکاح از ناحیه زوجه]

قول سوم فسخ نکاح از ناحیه زوجه است که درست به همان دلیل لا ضرر است، چون لزوم این عقد ضرری علی الزوجه و لذا لزوم را شارع نسبت به زوجه برداشته و لازمه‌اش جواز فسخ است.

اشکال: این قول خوب است و فقط یک مشکل دارد و آن این است که فسخ زوجه در اسلام فقط در موارد خاصی است (عیوب)، فهذا امرٌ غیر معهود، پس زوجه‌ای که شوهرش چهار سال است که مفقود شده، فسخ نمی‌کند و سراغ حاکم شرع می‌رود و اگر بنا بود لا ضرر اجازه فسخ دهد در چنین موردی هم باید اجازه فسخ می‌داد.

۸۳ ادامه مسئله ۲۸ ... ۷ / ۱۲ / ۷۹

[دلیل] قول چهارم: حاکم شرع زوجین را برای دفع ضرر به طلاق مجبور کند،

چون باقی ماندن زن به این حال ضرر است.

ان قلت: اجبار موجب فساد عقد است.

قلنا: چون اینجا اجبار به حق است، صحیح است.

یرد علیه:

اساس و رکن عقد این است که عن طیب نفس و عن جِدِّ باشد. در اینجا که اجبار است طیب نفس و جدّیت نیست و طلاق، یک لقلقه لسان است و فقط یک صورت طلاق است بدون معنی، و این که می‌فرمائید اجبار به حق است، اجبار در عمل خارجی ممکن است؛ ولی اینکه بگوئیم اجباراً طلاق بده مع الثیّه و طیب النفس، این امر ذهنی است و قابل اجبار نیست (مثل اینکه کسی را مجبور کنیم که کسی را دوست بدارد) پس در اینجا قوام طلاق حاصل نیست و کالعدم است، پس در مواردی که در فقه اجبار پیش می‌آید (مثلاً احتکار) حاکم شرع خود، اقدام به فروش اموال محترک می‌کند و نمی‌گویند که او را به فروش، مجبور می‌کند، پس قول چهارم باطل است.

دلیل قول پنجم: [قرعه برای تعیین اولویت یعنی حاکم دومی را مجبور به طلاق می‌کند و به اولی می‌گوید که تجدید عقد کند]

این قول مثل قول چهارم است با این فرق که ابتداءً قرعه می‌زنیم و دومی را که قرعه به نام او در نیامده است، اجبار بر طلاق می‌کنیم و اولی هم که قرعه به نامش در آمده، عقد نکاح را تجدید می‌کند (این قول مرکب است از قرعه و اجبار و تجدید نکاح).
یرد علیه: در اینجا نیز اشکال قول چهارم وجود دارد که اجبار در امور خارجیّه قابل تصوّر است و در امور باطنیه مثل رضایت و طیب نفس معنی ندارد.

دلیل قول ششم: [تعیین زوج با قرعه]

چون این زن برای یکی از این دو مرد است و نمی‌تواند بلا-تکلیف بماند و همچنین برای هر دو هم که نمی‌تواند باشد، پس قرعه می‌زنیم، مانند بچه‌ای که از دو نفر به عنوان وطی به شبهه متولد شده و راهی هم برای تعیین نیست، زیرا عنوان قرعه یا لکل امر مشتبّه

است (که در احادیث است) و یالکل امر مشکل است (که در کلام علما است) هر کدام از این دو عنوان که باشد در ما نحن فیه صادق است، پس چون عموماً قرعه شامل اینجا می‌شود، قرعه می‌زنیم.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۹۹

یرد علیه:

قرعه دو مشکل دارد:

اشکال اول: مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد می‌فرماید:

نکاح مبنی بر احتیاط است و شوهر را نمی‌توان با قرعه انتخاب کرد، چون خلاف احتیاط است و واقعاً هم مشکل است زیرا تا آخر عمر این دو شک دارند که آیا واقعاً زوج و زوجه هستند یا نه. به عبارۀ اخری شمول عموماً قرعه بر چنین موردی محل شک است و مشکل.

اشکال دوم: موضوع قرعه در اینجا نیست نه اینکه عموماً منصرف است (که در اشکال اول می‌گفتیم) به این معنی که در اینجا مشکلی نیست، چون حاکم شرع هست و طلاق می‌دهد، اگر بن بست باشد (مثل ولدی که از وطی به شبهه است) حاکم شرع کاری نمی‌تواند بکند؛ ولی در ما نحن فیه حاکم می‌تواند طلاق دهد پس مشکل و مشتبّه نیست.

تا اینجا همه اقوال با اشکالاتش بیان شد.

بهترین قول: بهتر از همه در بین این اقوال، آن است که اختیار را به حاکم دهیم

(وجه دوم)، جمعی از علماء شیعه و سنی، این قول را اختیار کرده‌اند و حاکم از طرفین می‌خواهد زن را طلاق دهند و اگر امتناع کردند حاکم ولایه طلاق می‌دهد. معاصرین غالباً به قرعه تمایل پیدا کرده‌اند و در حاشیه عروه، ما نیز قرعه را انتخاب کرده‌ایم؛ ولی بهتر این است که ولایت حاکم را بپذیریم.

بقی هنا شیء:

همین مشکلی که برای زوجه پیدا شد برای زوج هم ممکن است پیدا شود، زوج دو وکیل انتخاب کرده که برای او همسری انتخاب کنند، یکی این خواهر و دومی خواهر دیگر را و یا اولی مادر و دومی دختر را برای او تزویج کرد و بعد هم مجهول تاریخ شد، همان بحث‌ها در اینجا هم می‌آید. صاحب عروه این مسأله را در ذیل مسئله ۳۵ آورده است و حقیقش این بود که امام هم این مسأله را در همین جا مطرح می‌کردند ولی امام (ره) به عنوان یک مسئله جداگانه در آخر مطرح می‌کنند.

[مسأله ۲۹ (ادعاء الزوجین سبق العقد)]

اشاره

۸۴ مسأله ۲۹ (ادعاء الزوجین سبق العقد ...) ۷۹ / ۱۲ / ۸

مسأله ۲۹: لو ادعی احد الزوجین سبق عقده فان صدقه الآخر و کذا الزوجه، او صدقه احدهما و قال الآخر: «لا ادری»، فالزوجه لمدعی السبق و ان قال کلاهما: «لا ادری» فوجب تمکین الزوجه من المدعی بل جوازه محلّ تأمل الا اذا رجع عدم درایه الرجل (دومی که می‌گوید لا ادری)

الی الغفله حین اجراء العقد و احتمال تطبیقه (عقد اولی)

علی الصّحیح من باب الاتّفاق (تصادفاً...)

عنوان مسأله:

اشاره

این مسأله دنباله مسئله ۲۸ است، در آنجا بحث در این بود که دو وکیل، بدون اطلاع از یکدیگر، زوجه را شوهر دادند، و هر دو مجهول تاریخ بود، اقوال شش‌گانه‌ای در مسأله بود، در این مسأله بحث در دعوی بر تقدّم و تأخر است یعنی مسأله سابق مقام ثبوت بود و هر دو در مقابل حکم تسلیم بودند و فتوی می‌خواستند؛ ولی در این مسأله دنبال فتوی نیستند، بلکه هر یک ادعا می‌کند که مقدّم بوده است و قضاوت می‌خواهند نه فتوی، پس این بحث در مقام اثبات و قضاوت است.

قبل از ورود به مسأله، سه نکته را متذکر می‌شویم:

نکته اول: این مسأله تماماً بر محور قوانین باب قضا دور می‌زند و روایت خاصی ندارد،

پس در اینجا کار ما پیاده کردن قواعد کلیه‌ای است که در باب قضا مطرح است.

نکته دوم: مسأله دو صورت دارد:

الف) یکی از آنها ادعای تقدّم می‌کند و دیگری یا ادعایی ندارد و یا این که دیگری را تصدیق می‌کند.
ب) تداعی است (هر یک ادعای تقدّم دارند) هر کدام از این دو صورت شاخه‌هایی دارد.

نکته سوم: جمعی از بزرگان از فقهاء متعرض این مسأله شده‌اند ولی همه سراغ شاخه دوم (تداعی) رفته‌اند

و کمتر کسی متعرض صورت اول شده است، از کسانی که این مسأله را متعرض شده‌اند:
مرحوم شیخ طوسی «۱»، مرحوم فاضل هندی «۲»، در شرح کلام علامه، مرحوم محقق ثانی «۳»، مرحوم صاحب عروه «۴» و شارحین عروه، مثل آقای حکیم و دیگران در ذیل مسئله ۳۵ عروه این بحث را مطرح کرده‌اند.

موضوع بحث:

الف) اگر احدهما (زوج اول) ادعای سبق کرد، در این صورت چهار حالت متصور است:

اشاره

(۱) مبسوط، ج ۴، ص ۱۸۲.

(۲) کشف اللثام، ج ۲، ص ۲۵.

(۳) جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۸۲.

(۴) عروه، مسئله ۳۵ از مسائل اولیاء العقد.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۰۰

۱- زوج دوم و زوجه هر دو او را تصدیق می‌کنند.

۲- احدهما تصدیق می‌کند و دیگری «لا ادری» می‌گوید (یا زوج دوم تصدیق می‌کند و زوجه می‌گوید نمی‌دانم یا بالعکس).

۳- هر دو «لا ادری» می‌گویند.

۴- زوج دوم تصدیق می‌کند و زوجه تکذیب می‌کند.

حکم صورت اول (زوج دوم و زوجه، هر دو تصدیق می‌کنند):

چون هر دو تصدیق کرده‌اند و دعوایی نیست، پس داخل در

«اقرار العقلاء علی انفسهم جایز»

است در واقع زن و مردی به زوجیت اقرار کرده‌اند.

اشکال:

مرحوم آقای حکیم در مستمسک در ذیل این مسأله اشکالی دارد و می‌فرماید: این اقرار بر ضد دیگری هم هست (مثلاً به زیان سایر ورثه است چون از هم ارث می‌برند) و نمی‌توانیم اقرار او را بپذیریم، پس دلیل این مسأله به بیان ایشان اجماع و سیره است نه قاعده اقرار.

لکن الانصاف:

این اشکال درست نیست، چون جُلُّ اقرارات در مراحل تالیه نسبت به دیگران آثاری دارد، اگر زید و عمرو اقرار کردند که این خانه را فروختیم یا هبه کردیم و یا ... با اینکه این کار به ضرر ورثه تمام خواهد شد؛ ولی اقرار نافذ است. پس متن اقرار طرفینی است و تبعات بعدی که در صورتهای تالیه پیش می‌آید، تأثیری بر نفوذ اقرار ندارد. نتیجه: دلیل اصلی در مسأله، اقرار طرفین است.

حکم صورت دوم (احدهما اقرار می‌کند و دومی می‌گوید «لا ادری»):

اگر زوجه تصدیق کند و دومی بگوید لا-ادری، در این صورت قول زوج قبول می‌شود و مشکلی نیست (مثل صورت قبلی)، یا زوجه می‌گوید «لا ادری» ولی زوج دوم تصدیق می‌کند، یعنی عقد خودش را باطل می‌داند بنابراین عقد اول صدر من اهله، وقع فی محلّه. در واقع زنی که ذات بعل نبوده و کیل شرعی عقد او را خوانده است و زوجه هم ادعایی ندارد.

حکم صورت سوم (کلاهما می‌گویند «لا ادری»):

اشاره

زوج اول می‌گوید من سابق بودم و زوجه و زوج دوم. نمی‌دانند.

مرحوم امام می‌فرماید ترتب آثار زوجیت در اینجا مشکل است (فوجب تمکین الزوجه من المدعی بل جوازه محل تأمل) چون نمی‌دانیم اولی در محل بلامانع واقع شده یا محل مانع داشته است؟ چون هر دو مجهول التاریخ است، بنابراین اصل فساد است، بعد امام می‌فرماید، آلا اینکه در این عقد از باب قاعده فراغ اصالة الصحة جاری کنیم (آلا اذا رجع عدم درایه الرجل الی الغفلة حین اجراء العقد و احتمال تطبیقه علی الصحیح من باب الانفاق).

قاعده فراغ در کجا جاری است؟

در همه افعال جاری می‌شود (عبادات، معاملات) ولی در قاعده فراغ نزاعی مطرح است، و آن نزاع این است که آیا جریان قاعده فراغ در جائی است که در حین عمل متذکر باشد یا نه؟ به عنوان مثال با انگشتر وضو گرفتم، شک می‌کنم که بعد از وضو آب زیر انگشتر رفته است یا نه؟ احتمال می‌دهم که حین وضو توجه داشته‌ام و انگشتر را شاید تکان داده‌ام، که در این صورت همه می‌گویند وضو صحیح است؛ ولی یک وقت یقین دارم که انگشتر را تکان نداده‌ام؛ ولی احتمال می‌دهم که شاید آب خودش زیر انگشتر رفته باشد، در اینجا قاعده فراغ جاری نیست.

در ما نحن فیه اگر ما قائل باشیم که در جریان قاعده فراغ، شرط است که در حین عمل متذکر باشد، در این صورت کسی که عقد اول را خوانده و کیلی است که بی‌خبر است از عقد دیگری، در اینجا اگر عقد هم درست شده، به صورت اتّفاقی درست شده است ولی اگر گفتیم در جریان قاعده فراغ، متذکر بودن شرط نیست، صحیح است.

یعنی در ما نحن فيه من باب الاحتمال عقد اول سابق بوده و در غیر ذات بعل بوده است، اگر چنین قاعده فراغی را جاری بدانیم آثار زوجیت مترتب می‌شود؛ ولی اگر قاعده فراغ را جاری ندانستیم، آثار زوجیت مترتب نمی‌شود.

۸۵ ادامه مسأله ۲۹ ... ۷۹ / ۱۲ / ۹

ادامه مسئله ۲۹:

و ان صدقه الآخر (زوج اول را زوج دوم تصدیق کند)

و لكن كذّبه الزّوجه، كانت الدعوى بين الزّوجه و كلا الزّوجين، فالزّوج الاول يدعى زوجيتها و صحه عقده و هي تنكر زوجيتها و تدعى فساد عقده، و تنعكس الدعوى بينها و بين الزوج الثاني، حيث انه (زوج ثاني) يدعى فساد عقده و هي تدعى صحته،

كتاب النكاح (مكارم)، ج ۲، ص: ۱۰۱

ففي الدعوى الاولى تكون هي المدعية و الزوج هو المنكر، و في الثانية بالعكس، فان اقامت البيّنة على فساد الاول، المستلزم لصحة الثاني حكم لها بزوجيتها للثاني دون الاول، و ان اقام الزوج الثاني بيّنة على فساد عقده (پس عقد اولی خود به خود درست می‌شود) يحكم بعدم زوجيتها له و ثبوتها للاول ...

حکم صورت چهارم (صدقه الآخر و لكن كذّبه الزوجة):

زوج دوم، زوج اول را تصدیق می‌کند؛ ولی زوجه تکذیب می‌کند، پس در اینجا دو ادعا مطرح است، یعنی یک دعوی سه گانه‌ای پیدا شده است (زوج اول، زوج دوم و زوجه) که منحل به دو دعوی می‌شود، یک دعوی بین زوجه و زوج اول و یک دعوی بین زوجه و زوج دوم. زوجه نسبت به زوج اول می‌گوید: دروغ می‌گوئی و نسبت به زوج دوم می‌گوید: همسر تو هستم. حال که دو دعوی در اینجاست باید سراغ قواعد باب دعوی برویم که قاعده‌ای داریم به نام

البيّنة على المدعى و اليمين على من انكر

، طبق این قاعده، باید مدعی و منکر را پیدا کنیم، که اگر مدعی بیّنه نداشت منکر قسم بخورد.

برای تشخیص مدعی و منکر بحث مفصّلی مطرح است، ولی فعلاً فرض را بر این می‌گیریم که کسی که قولش موافق اصل است، منکر است و کسی که مخالف اصل است، مدعی است. اصل در عقد و کیلها صحّت است، پس در این دو دعوی هر کس طرفدار صحّت بود منکر است و هر کس مخالف صحّت بود (یعنی مدعی فساد بود) مدعی است و باید بیّنه بیاورد. در دعوی اول (بین زوجه و زوج اول) که زوج اول می‌گوید عقد من صحیح است، قولش مطابق اصل است و بیّنه‌ای از او نمی‌خواهیم؛ ولی زوجه می‌گوید عقد فاسد بوده است و مدعی است، پس باید بیّنه بیاورد، اگر بیّنه آورد، قول او مقدم است و اگر بیّنه نیاورد، زوج اول قسم می‌خورد و حق با اوست و زوجه، زن شوهر اول خواهد بود، و امّا در دعوی دوم، زوج دوم مدعی فساد است، پس مدعی است و باید بیّنه بیاورد، و زن می‌گوید صحیح است و چون ادعای صحّت می‌کند، قولش مطابق با اصل است و اگر زوج دوم بیّنه نیاورد، قسم می‌خورد و اگر شوهر دوم بیّنه آورد، در این صورت زوجه، زن شوهر اول است تا اینجا تکلیف این دعوی روشن شد:

ادامه مسئله ۲۹:

و ان لم تكن بيّنة يتوجه الحلف الى الزّوج الاول في الدعوى الاولى و الى الزّوجه في الدعوى الثانية، فان حلف الزوج الاول و نكلت الزّوجه ثبت زوجيتها للاول، و ان كان العكس بأن حلفت هي دونه حكم بزوجيتها للثاني، و ان حلفا معاً فالمرجع هي القرعة ...

اگر هر دو بیّنه اقامه کنند، از قبیل تداعی است (امام این فرع را ذکر نمی‌کند). و به همان بحث قبل (مسئله ۲۸) برمی‌گردد که یکی

از آن شش وجه را حاکم می‌کنیم.

حال اگر هیچ یک بینه نیاورد، در این صورت منکر اولی که زوج بود، قسم می‌خورد و اگر زوجه که در دعوی دوم منکر بود قسم نخورد، زوجه، زن شوهر اول است؛ ولی اگر اولی قسم نخورد و زوجه قسم خورد، زوجه متعلق به زوج دوم می‌شود، چون قولش موافق اصل است و بینه هم نیست.

صورت دیگر این است که هر دو قسم می‌خورند که عقدشان صحیح بوده که در این صورت باز تساقط می‌شود و به مسئله قبل (مسئله ۲۸) برمی‌گردد که باز یکی از وجوه ششگانه حاکم است.

۸۶ ادامه مسئله ۲۹ ... ۱۰ / ۱۲ / ۷۹

ادامه مسئله ۲۹:

و ان حلفا معا (مدعی اول و دوم بینه نداشتند، منکرها قسم می‌خورند)

فالمرجع هی القرعة (چون قسم‌ها مثل بینه‌ها تعارض کرده، ساقط می‌شوند و علم اجمالی داریم و مرجع علم اجمالی به عقیده امام (ره) قرعه است ولی ما گفتیم که مرجع حاکم شرع است)،

هذا اذا كان مصب الدعوى صحه العقد و فساد لا السبق و عدمه أو السبق و اللحق أو الزوجیه و عدمها، و بالجملة المیزان فی تشخیص المدعی و المنکر غالباً مصب الدعوى ...

برای روشن شدن این عبارت امام (ره)، باید دو قاعده از قواعد باب دعوی را بیان کنیم:

الف) ما المعیار و المیزان فی معرفه المدعی و المنکر؟ (مدعی و منکر را چگونه بشناسیم؟)

در عبارات بزرگان پنج تعبیر برای شناخت مدعی و منکر دیده می‌شود:

۱- من كان قوله موافقا للاصل فهو المنکر و من كان مخالفاً للاصل فهو المدعی مثلاً خانه در دست من است شما ادعای مالکیت خانه را می‌کنید، اصالة الید می‌گوید خانه برای من است و شما که قولتان مخالف اصل است مدعی هستید باید بینه بیاورید.

۲- من كان قوله موافقا للظاهر فهو المنکر و من كان مخالفاً للظاهر فهو المدعی ظاهر حال ذو الید مالکیت است و اگر کسی در مقابل او ادعائی کند، مخالف ظاهر حال است و مدعی است و کسی که موافق ظاهر حال است، منکر است.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۰۲

۳- المدعی من لو ترک ترک مدعی کسی است که اگر دعوی را رها کند کاری به او ندارند مثلاً در مقابل ذو الید ادعای مالکیت می‌کند، اگر از ادعای خودش دست بردارد ما هم با او کاری نداریم.

۴- المدعی من یدعی امراً خفياً، و المنکر من یدعی امراً جلیاً، ادعا می‌کند که این خانه به وسیله سرقت، غصب ... که از امور خفیه است گرفته شده.

۵- المدعی من یدعی شیئاً علی الغیر، و یکون ملزماً باثباته عند العقلاء كأن یدعی شیئاً من مال او فائده او شبه ذلك.

جمعی از بزرگان متأخرین مانند صاحب جواهر و آیه الله خوئی «۱» می‌فرمایند: ما در مورد مدعی و منکر که در روایات آمده

(البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر)

حقیقت شرعیه‌ای نداریم (مثل صلاه و حج)، بنابراین سراغ لغت و عرف می‌رویم.

مدعی در لغت کسی است که ادعای چیزی می‌کند و نزد عقلا ملزم به اثبات آن است و منکر کسی است که حقی یا دینی یا چیزی را نفی می‌کند.

تصور ما این است، کسانی که معنائی را برای مدعی و منکر ذکر کرده‌اند، همین مطلب در ذهنشان بوده و توضیح بیشتری داده‌اند نه اینکه معنای معارضی با معانی دیگر گفته باشند، لذا تصور نمی‌کنیم که در اینجا دعوائی باشد و در واقع نزاع لفظی است و بر فرض

هم دعوائی در بین این اقوال پنج گانه باشد، حق با قول پنجم است (معنای عرفی و لغوی)، که این معنا با چهار احتمال دیگر هم می‌سازد، پس حقیقت مدعی و منکر یک معنی عرفی است قبل از این که شارع «البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر» را گفته باشد.

(ب) ما المراد من «مصّب الدعوی» و «طرح الدعوی»؟:

مصّب دعوی به معنی مآل و نتیجه و عصاره است (محل پذیرش دعوی) در ما نحن فيه مصّب دعوی صحّه و فساد بود که به هر عبارتی دعوی را طرح کنند، مصّب دعوی صحّه و فساد است. طرح دعوی آن عبارتی است که دعوی با آن عبارت عنوان می‌شود، مثلاً بنده بگویم عقد من اول بود، دیگری بگوید عقد من اول بود این طرح دعوی است، ولی منظور از اول و دوم، صحت و فساد عقد است، اگر چه دعوی در لباس سبق و لحوق طرح می‌شود؛ ولی مصّب دعوی و نتیجه، صحت و فساد عقد است. اگر ما بخواهیم به طرح دعوی نگاه کنیم شاید چهره مسأله عوض شود، چون سبق و لحوق هر دو حادث است و هیچ یک موافق اصل نیست؛ ولی اگر مصّب دعوی معیار باشد، کسی که ادعای صحت می‌کند، مطابق اصل و ظاهر بوده و ادعای امر خفی نکرده است.

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ ه
ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۲، ص: ۱۰۲

آیا در مقام قضاوت، قاضی باید به طرح دعوی نگاه کند یا به نتیجه و مصّب؟ مسلماً عقلاً به مصّب دعوی نگاه می‌کنند، چون با عوض شدن الفاظ شکل دعوی عوض شده و منکر و مدعی جایشان عوض می‌شود. در ما نحن فيه اگر مصّب را مد نظر قرار دهیم، دعوی در صحت و فساد است، امام (ره) در اینجا این مسأله را مطرح می‌کند و می‌فرماید این بحثها در صورتی است که به مصّب دعوی نگاه کنیم ولی اگر الفاظ و عبارات را مد نظر قرار دهیم، حکم تفاوت می‌کند.

۸۷ ادامه مسئله ۲۹ ... ۱۴ / ۱۲ / ۷۹

ان قلت: این مسأله را دنباله مسئله ۲۸ دانستید در حالی که در این مسأله، اسمی از وکیلین نیست، بلکه زوجین هستند، که هر کدام ادعای تقدّم می‌کنند؟

قلنا: اولاً این پیوند در کلام علما هم وجود دارد، مرحوم شیخ طوسی در مبسوط و محقق ثانی در جامع المقاصد، و صاحب عروه هم در ذیل مسئله ۳۵ این مطلب را ذکر کرده‌اند، پس و لو در عبارت امام پیوندی بین دو مسأله نبود؛ ولی متقدمین و متأخرین علما، این دو مسأله را به هم پیوند داده‌اند.

ثانیاً سلمنا که دو مسأله را از هم جدا کنیم، ولی از نظر قاضی فرقی نمی‌کند، چون مسأله در مجهولی التاریخ است و زوجین مدعی هستند، پس قواعد مجهولی التاریخ پیاده می‌شود، مگر این که بینه اقامه کنند.

ان قلت: چرا قائل به قرعه شدید، در حالی که احتمال تقارن هم هست و اگر تقارن باشد، حکم بطلان است و در صورتی که احتمال بطلان هست، نمی‌توان زوجه را به یکی از دو طرف دعوی داد.

قلنا: بحث ما در صورت عدم تقارن است، چون در بحث قبل بیان کردیم که در صورت تقارن قرعه نیست و لذا بحث را جائی بردیم که یقین به تقدیم و تأخیر داریم، پس مسئله ۲۹ جائی است که یقین به تقدیم و تأخیر داریم.

ان قلت: گفتید نصی در این مسأله وارد نشده است؛ ولی ما دو روایت «۲» داریم که در مورد تعارض است.

قلنا: این دو روایت ناظر به شاخه کوچکی از مسأله است و در روایت هم چیزی غیر از این قواعدی که گفتیم، نیست.

(۱) مبانی تکمله المنهاج.

(۲) ح ۲، باب ۷ و ح ۳، باب ۲۳ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۰۳

ادامه مسئله ۲۹:

... و ان ادعی کل من الزوجین سبق عقده فان قالت الزوجه: «لا أدری» تكون الدعوی بین الزوجین، فإن أقام احدهما بیئنه دون الآخر حکم له و كانت الزوجه له، و إن أقام کل منهما بیئنه تعارضت البینتان فیرجع الی القرعه فیحکم بزوجه من وقعت علیه، و ان لم تکن بیئنه یتوجه الحلف الیهما، فان حلف احدهما حکم له، و ان حلفا أو نکلا یرجع الی القرعه، و ان صدقت المرأه أحدهما کان احد طرفی الدعوی من لم تصدقه الزوجه، و الطرف الآخر الزوج الآخر مع الزوجه، فمع اقامه البینة من احد الطرفين أو من کلیهما الحکم كما مرّ، و اما مع عدمها و انتهاء الامر الی الحلف فان حلف من لم تصدقه الزوجه یحکم له علی کل من الزوجه و الزوج الآخر، و اما مع حلف من صدقته (زوجی که زوجه با اوست)

فلا یرتب علی حلفه رفع دعوی الزوج الآخر علی الزوجه بل لا بدّ من حلفها ایضاً.

مسأله دارای دو صورت بود، یکی اینکه احدهما ادعای تقدّم می کرد که بحث آن بیان شد (صورت الف) و اما صورت دوم:

(ب) کلاهما ادعای تقدّم دارند (تداعی)،

اشاره

یعنی زید می گوید عقد من مقدّم بوده و عمرو می گوید عقد من مقدّم بوده است. در کلمات قدما و اکثر متأخرین این فرع است که مطرح شده.

این صورت دو حالت دارد:

حالت اول: زوجه کنار ایستاده و «لا ادری» می گوید.

حالت دوم: زوجه هم داخل در دعوی است و حق را به یکی از طرفین می دهد.

حالت اول (زوجه «لا ادری» می گوید):

در اینجا شکل مسأله این است که زوجین هر دو مدّعی و منکر هستند، چون دو ادعا (ادعای زوجیت و انکار زوجیت دیگری) است. طبق قاعده

«البینة علی المدّعی و الیمین علی من انکر»

هر کدام اقامه بیئنه کنند، حق با اوست و اگر هر دو بیئنه آوردند «تعارضاً تساقطاً»، سراغ احتمالات شش گانه‌ای که در مسئله قبل بود، می رویم که قائلین به قرعه، قرعه را انتخاب می کنند و ما هم قائل به دخالت حاکم شرع هستیم.

اما اگر هیچ کدام بیئنه نداشتند، سراغ

«الیمین علی من انکر»

می رویم، یا یکی قسم می خورد و دیگری قسم نمی خورد (نکول) در اینجا حق را به کسی می دهیم که قسم می خورد، یا اگر هر دو

قسم خوردند، تساقطا، و قاضی چون علم اجمالی دارد که زوجه برای یکی از این دو زوج است به یکی از وجوه شش گانه، تکلیف زن را روشن می‌کند.

حالت دوم (زن هم در دعوی داخل شود):

در این صورت دعوی دارای سه طرف است یک طرف دعوی دو نفر است (زوجه با یکی از دو زوج) و طرف دیگر دعوی یک نفر است (زوج دیگر)، باز سراغ قواعد باب دعوی می‌رویم، اگر آن طرف دعوی که یک نفر است، اقامه بینه کرد، حق را به او می‌دهیم، ولی اگر طرف دیگر که دو نفر هستند، اقامه بینه کردند، (چه یکی بینه اقامه کند یا هر دو اقامه کنند) حق را به آن دو می‌دهیم.

اگر هر دو طرف دعوی بینه بیاورند، تعارضاً تساقطا (در آن طرف دعوی که دو نفر هستند، چه هر دو نفر اقامه بینه کنند یا اینکه یک نفر اقامه بینه کند)، باز سراغ همان وجوه ششگانه در مسئله ۲۸ می‌رویم و اما اگر نوبت به قسم برسد، اگر آن طرف دعوی که یک نفر است قسم بخورد و طرف دیگر که دو نفر است قسم نخورد (نکول) تکلیف روشن است و حق را به او می‌دهیم، و اما اگر این طرف دعوی که یک نفر است نکول کرد، و طرف دیگر که دو نفر هستند خواستند قسم بخورند، امام می‌فرماید، هر دو (زوج دیگر و زوجه) باید قسم بخورند، کأنّ دو ادعا است، یک ادعا آن یک نفر با زوج دارد که آن ادعا با قسم زوج تمام می‌شود، ادعایی دیگر هم با زوجه دارد، که با قسم زوج دیگر تمام نمی‌شود، مگر اینکه زوجه خودش قسم بخورد.

ان قلت: چرا در بینه یک بینه را از دو نفر قبول می‌کنید؛ ولی در قسم، یک قسم را کافی نمی‌دانید، اگر در بینه، یکی را کافی می‌دانید در قسم هم کافی بدانید.

قلنا: بینه اماره است و با آمدن آن تکلیف زوج و زوجه روشن می‌شود و چون بینه اماره است، لوازم بینه هم حجت است (طریق الی الواقع)، امّا حلف، اماره نیست و شبیه اصل است و لذا لوازم آن حجت نیست، پس وقتی یکی قسم خورد، دومی هم باید قسم بخورد.

و لکن الانصاف: این مسأله خالی از اشکال نیست، همانگونه که یک بینه کافی بود، در حلف هم یکی کافی است، نه به خاطر این که بینه اماره است و حلف اماره نیست؛ بلکه به خاطر این است که در اینجا یک مسأله، بیشتر نیست، چون وقتی یکی قسم خورد که این زن، زوجه من است، این زن، زوجه اوست و دو دعوی نیست، لآنّ الزّوجیّه امرٌ بسیطکه دو پایه دارد و قسم خوردن بر یک امر بسیط است، زیرا ممکن نیست که این مرد زوج باشد و زوجه نداشته باشد، پس زوج که شد، زوجه هم دارد و از قبیل متضایفینی است که دو چیز نیست، بلکه رابطه بین دو چیز است. به عباره دیگر اگر مال مشترکی باشد که هر یک ادعای سه دانگ آن را دارند، در اینجا باید

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۰۴

هر دو قسم بخورند، چون دو چیز است ولی زوجیت یک چیز بیشتر نیست.

نتیجه: قسم خوردن زوج و زوجه‌ای را که در یک طرف دعوی هستند نمی‌پذیریم؛ ولی بقیه مسأله را قبول داریم.

[مسأله ۳۰: لو زوج احد الوکیلین عن الرجل له امرأه و الآخر بنتها]

۸۸ مسئله ۳۰ (ترویج أحد الوکیلین عن الرجل له امرأه...) ۷۹ / ۱۲ / ۱۵

مسئله ۳۰: لو زوج احد الوکیلین عن الرجل له امرأه و الآخر بنتها صحّ السابق و لغا اللاحق، و مع التقارن بطلا معاً، و ان لم يعلم السابق فان علم تاریخ احدهما حکم بصحته (معلوم التاريخ) دون الآخر، و ان جهل تاریخهما فإن احتمل تقارنهما یحکم ببطلان کلّیهما، و ان علم بعدم التقارن فقد علم بصحة احد العقیدین و بطلان احدهما، فلا یجوز للزوج مقاربه واحده منهما، كما انه لا یجوز لهما التمكن منه، نعم یجوز له النظر الی الام و لا یجب علیها التستر عنه للعلم بأنه اما زوجها او زوج بنتها، و اما البنت فحیث انه لم یحرز زوجیتها و بنت الزوجه انما یحل النظر الیها ان دخل بالام و المفروض عدمه فلم یحرز ما هو سبب لحدیة النظر الیها، و یجب علیها التستر عنه، نعم، لو فرض الدخول بالام و لو بالشبهه کان حالها حال الام.

عنوان مسأله:

این مسأله، با مسئله ۲۸ و ۲۹ در ارتباط است در واقع عکس مسئله ۲۸ است، در مسئله ۲۸ گفتیم که زوجه و کالت به دو نفر داده و آنها بی خبر از یکدیگر هر کدام همسری برای او انتخاب کرده‌اند، این مسأله در مورد زوج است که به دو وکیل و کالت داد، و بی اطلاع از یکدیگر دو همسر که جمع بین آنها ممکن نیست برای او عقد کردند، در مسئله ۲۸ زوجه معین و زوجین مختلف بودند، در این مسأله، زوج معین، و زوجه مختلف است، مثلاً یکی مادر و دیگری دختر است و یا دو خواهر هستند. البته این مسأله به طور نادر اتفاق می افتد؛ ولی چون احکامی مربوط به دعاوی و باب قضا در آن است، برای بحث از قواعد فقهی مفید است. همان تقسیمهائی که در مسئله ۲۸ و ۲۹ بود، در اینجا هم هست؛ ولی در مواردی، به خاطر تفاوت احکام زوج و زوجه، تفاوت می کند.

مسأله سه حالت دارد:

اشاره

۱- معلومی التاريخ. ۲- احدهما معلوم. ۳- مجهولی التاريخ.

حکم حالت اول (معلوم التاريخ):

هر کدام که مقدّم باشد صحیح است و اگر مقارن بودند، چون ترجیح بلامرجح جایز نیست و هر دو هم، نمی تواند صحیح باشد، پس هر دو باطل است.

حکم حالت دوم (احدهما معلوم التاريخ):

معلوم التاريخ صحیح است، چون استصحاب عدم مجهول التاريخ تا زمان صدور معلوم التاريخ جاری می شود، مثلاً عقداً، معلوم التاريخ و روز شنبه است؛ ولی عقد بنت معلوم نیست که جمعه بوده یا یکشنبه، استصحاب می گوید که عقد بنت تا زمانی که عقداً واقع شود، واقع نشده. استصحاب می گوید عقداً در محل بلا مانع واقع شده است، و با لوازم آن (تأخر عقد بنت) کاری نداریم که اصل مثبت باشد، بلکه می خواهیم بگوئیم که عقد دختر قبلاً یا مقارن عقد مادر واقع نشده است.

استثنا: اگر قطع داشته باشیم که هر دو مقارن هستند، هر دو باطل است.

حکم حالت سوم (مجهولی التاریخ):

اشاره

دو احتمال دارد:

الف) احتمال مقارنت می دهیم.

ب) یقین به عدم مقارنت داریم یعنی یکی مقدم و دیگری مؤخر است.

الف) در صورت اول که احتمال مقارنت می دهیم هر دو فاسد است و فرقی نمی کند که در هر دو طرف استصحاب را جاری بدانیم و بعداً هر دو استصحاب تعارضاً تساقطاً، و یا اینکه اصلاً استصحاب را در مجهولی التاریخ جاری ندانیم، در هر دو صورت فرقی نمی کند.

ب) اگر علم داریم که احدهما مقدم و دیگری مؤخر است (یا مادر مقدم بوده یا دختر) در اینجا باید به مقتضای علم اجمالی عمل کرد.

وظیفه شوهر چیست؟

مقتضای علم اجمالی احتیاط است که شوهر با هیچ یک مقاربت نمی تواند بکند چون علم اجمالی و دوران امر بین وجوب و حرمت است

وظیفه زنها چیست؟

برای زنها هم تمکین جایز نیست، چون نکاح مردّد است و نکاح هیچ یک ثابت نیست.

آیا نگاه کردن زوج به مادر و دختر جایز است؟

به مادر می تواند نگاه کند چون یا زوجه و یا ام الزّوجه اوست، در

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۰۵

اینجا از علم اجمالی، علم تفصیلی به جواز نظر و محرّمیت متولّد می شود. البته نگاهی که می کند اولاً نگاه شهوت آلود نمی تواند بکند، بلکه نگاهی که به محرم می توان کرد جایز است، و ثانیاً نگاه به تمام بدن هم نمی تواند بکند و فقط به مقدار متعارف می تواند نگاه کند (امام این شرط را نمی فرماید).

اما نگاه به دختر جایز نیست، چون اگر همسرش باشد، جایز است؛ ولی اگر ربیبه باشد، نگاه کردن به او وقتی جایز است که دخول به ام صورت بگیرد، امام استثنائی می زند، مگر آن جایی که وطی به شبهه ای صورت گرفته باشد، یکی از دو عقد را خبر دادند و او قبل از باخبر شدن از دومی، با مادر مقاربت کرد (وطی به شبهه) در اینجا نگاه کردن به دختر جایز است، چون دختر یا همسر است یا ربیبه ای است که دخول به ام هم صورت گرفته است.

تا اینجا مطلب امام تمام است؛ ولی سؤالات زیادی باقی مانده است:

۱- بحث قرعه که در مسئله قبل مطرح بود آیا در اینجا هم هست؟

۲- زنها چه کار کنند، می توانند شوهر کنند؟ آیا مثل واجدی المنی فی الثوب المشترك است که هر یک بتوانند شوهر کنند؟

۳- آیا حاکم شرع می تواند پادرمیانی کند؟

۴- آیا نفقه و مهریه بدهد؟ اگر بدهد به کدامیک بدهد؟ آیا جای تنصیف است؟

۵- چرا مسئله دعاوی در اینجا مطرح نشده است؟

۸۹ ادامه مسئله ۳۰ ... ۱۷/۱۲/۷۹

بقی هنا اموز:

الامر الاول: این دو زن که یقین داریم احدهما زوجه است، منتهی مجهولی التاریخ هستند (مقارن هم نیستند) تکلیف این دو اگر بخواهند ازدواج کنند چیست؟

آیا هر کدام آزاد است یا این که باید صبر کنند تا تکلیفشان روشن شود؟

در اینجا علم اجمالی هست ولی یکی از دو طرف علم اجمالی خارج از محل ابتلاء است، یعنی تکلیف بنت به مادر مربوط نیست و تکلیف مادر هم به بنت مربوط نیست (مثل واجدی المنی فی الثوب المشترك که یقین دارند بر احدهما غسل واجب است؛ ولی گفته شده که احتیاط، واجب نیست، چون خطاب به دو نفر است و تکلیف هر یک در غسل و نماز ربطی به دیگری ندارد). هر جا علم اجمالی مردد بین دو نفر شد، احتیاط بر هیچ یک واجب نیست و هر یک اصالة البراءة و استصحاب طهارت جاری می‌کند، بلا معارض.

در ما نحن فیه مقتضای قاعده این است که این دو را آزاد بگذاریم؛ ولی تنها فرقی که دارد این است که بناء شارع مقدس در باب نکاح بر احتیاط است، حتی گاهی در شبهه بدوی هم بنا بر احتیاط است و در اینجا هم شارع راضی نمی‌شود که قبل از اقدام بر طلاق، هر دو ازدواج کنند، بنابراین الاحوط لو لا الاقوی عدم جواز نکاح کل واحده منهما.

الامر الثاني: اگر احتیاط کنند و هیچ یک ازدواج نکنند، به عسر و حرج می‌افتند، در این صورت چه کنند؟

ابتدا به زوج می‌گوئیم که طلاق بدهد، اگر قبول نکرد یکی از وجوه شش گانه حاکم است که ما در وجوه شش گانه قائل به دخالت حاکم شدیم.

الامر الثالث: آیا شوهر مهر المسمی را باید بدهد، چه طلاق دهد و چه ندهد

(مهر المسمی بمجرد عقد، واجب می‌شود و با طلاق قبل از دخول تنصیف می‌شود)؟

قاعدتاً باید مهر بدهد.

به کدامیک مهر بدهد، آیا به یکی بدهد یا تنصیف کند؟

مهر تابع واقع است و علم لازم نیست، طبق قاعده عدل و انصاف، در جائی که مردد است که به کدامیک از دو نفر بدهکار است، در اینجا هم به هر یک از دو نفر نصف می‌دهند.

بله اگر آنهایی که عقد خوانده‌اند در ثبت کردن تاریخ کوتاهی کرده باشند، در این صورت زوج می‌تواند یقه و کیلین را بگیرد و هر یک نصف مهر را بدهند، چون ضرر از ناحیه و کیلین دامن این شخص را گرفته است.

آیا نفقه بدهد؟ و اگر بدهد به کدامیک بدهد؟

نفقه فرع بر تمکین است و اینها می‌گویند اگر شرع اجازه دهد، تمکین می‌کنیم و شارع به زوج هم اجازه مقاربت نمی‌دهد، پس نفقه باید بدهد خصوصاً اگر بگوئیم که این دو زن باید صبر کنند، حتی ما می‌گوئیم لا یبعد که باید دو نفقه بدهد، چون به واسطه

لجاعت زوج است که هر دو زن گرفتارند و لذا نفقه هر دو را باید بدهد.

الامر الرابع: مسائل تداعی که در مسئله ۲۹ گفته شد، آیا اینجا هم تصور دارد؟

در اینجا نیز همان دعاوی تصور می‌شود، منتهی در ناحیه زوجه‌ها، مثلاً مادر ادعای سبق می‌کند و یا دختر ادعای سبق می‌کند، گاهی یکی ادعا می‌کند دیگری «لا ادری» می‌گوید، گاهی شوهر با

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۰۶

یکی همراه می‌شود، تعارض بینتین، تعارض حلفین ...، تمام آن بحثها در اینجا هم می‌آید، منتهی آنجا زوجین بر سر یک زوج دعوی داشتند، در اینجا دو زوج بر یک زوج دعوی دارند، و چه خوب بود که امام (ره) همان بحثها را در اینجا هم می‌فرمودند.

۹۰ ادامه مسئله ۳۰ و فصل فی اسباب التحريم ... ۲۰ / ۱۲ / ۷۹

الامر الخامس: مسئله ۲۸ و ۲۹ و ۳۰ در مورد وکیلین و ولتین است.

در موردی که دو عقد تقارن پیدا کند، به حسب قواعد، کلاهما باطل است. مثلاً دو وکیل، زن را بدون اطلاع از یکدیگر به عقد دو نفر در آوردند، و یا وکیل اول زید، عقد مادر و وکیل دوم که بی‌خبر از عقد اول بوده، عقد دختر را برای او خوانده و یا وکیل واحد در مجلس واحد و عقد واحد، دو عقد متضاد خوانده، که بیان شد علی القاعده هر دو باطل است. در اینجا دو حدیث داریم که می‌گوید مخیر است بین انتخاب احدهما:

* محمد بن علی بن الحسین بابویه

(صدوق)

باسناد عن ابن ابی عمیر، عن جمیل بن درّاج، عن ابی عبد الله علیه السلام فی رجل تزوّج اختین فی عقدۀ واحدۀ قال: یمسک ایتھما شاء و یخلی سبیل الاخری، و قال: فی رجل تزوّج خمساً فی عقدۀ واحدۀ، قال: یخلی سبیل ایتھنّ شاء «۱».

سند حدیث معتبر است و دلالت حدیث بر خلاف آنچه که ظاهر است، صریح نیست چون ممکن است «یخلی سبیل ایتھنّ شاء»

اشاره به این باشد که به عقد جدید یکی را انتخاب کند و دیگری کنار بگذارد.

... عن ابن ابی عمیر، عن جمیل بن درّاج، عن بعض اصحابه، عن احدهما علیه السلام انه قال فی رجل تزوّج اختین فی عقدۀ واحدۀ قال: هو بالخيار یمسک ایتھما شاء و یخلی سبیل الاخری «۲».

اولاً: سند این حدیث معتبر نیست چون عن بعض اصحابه دارد، پس مرسل است.

ثانیاً: احتمال می‌دهیم که این دو روایت یک روایت بوده و حدیث قبلی هم در واقع عن بعض اصحابه بوده است. در جائی که زائد با ناقص در عبارات تعارض داشته باشد، زائد مقدم است، چون در ناقص احتمال از قلم افتادن هست ولی این که احتمالاً چیزی اضافه شده باشد، کم است. اگر بخواهیم در ما نحن فیه به این قاعده تمسک کنیم، علاوه بر سند، دلالت هم جای اشکال دارد، و سند هم خالی از دغدغه نیست و این که آقای خوئی سند را هم جزماً صحیح می‌داند، خالی از اشکال نیست.

مشکل مهم این روایت این است که این روایات از ناحیه اصحاب مفتی به نیست و ظاهراً مشهور نیز به متن این احادیث فتوی داده‌اند، و با اعراض مشهور (مضافاً به اشکالی که بیان شد) این حدیث مشکل دارد. آقای خوئی که اعراض مشهور را نمی‌پذیرند، در عقد اختین «۳»، به این مسأله فتوی داده‌اند، ولی طبق مبنای ما درست نیست چون ما طبق مبنای مشهور در خبر واحد، اعراض مشهور را معتبر می‌دانیم مضافاً که سند و دلالت هم خالی از اشکال نیست.

اضف الی ذلک: حاجی نوری حدیثی از دعائم الاسلام نقل می کند که قویاً حکم به بطلان می کند. این روایت و لو سندش دعائم الاسلام است ولی مؤید خوبی است

* دعائم الاسلام: عن جعفر بن محمد علیه السلام، أنه سئل عن رجل تزوج اختین او خمس نسوة فی عقدۀ واحدة، قال ...: فان لم يعلم من بدأ باسمائهنّ منهنّ بطل النکاح کلّه «۴».

صاحب قواعد قائل به بطلان است و این روایت هم مؤید بر بطلان است.

نتیجه:

اگر بخواهیم یک قاعده مسلم را به خاطر یک روایت شاذ کنار بگذاریم و قائل به تخییر شویم، خلاف احتیاط است، در حالی که به سادگی می توان صیغه را تکرار کرد.

تمّ الکلام فی باب عقد النکاح

فصل فی اسباب التّحریم

اشاره

در این باب اسباب تحریم (زنان حلال و حرام) را بررسی می کنیم. اسباب تحریم را مختلف ذکر کرده اند.

الف: امام (ره): هشت سبب

اسباب التّحریم اعنی ما بسببه یحرم و لا یصحّ تزویج الرجل بالمرأة و لا یقع الزّواج بینهما، و هی امور: النسب و الرضاع و المصاهرة و ما یلحق بها و الکفر (ازدواج با زن کافره غیر کتابی و در

(۱) ح ۱، باب ۲۵ من ابواب ما یحرم بالمصاهرة.

(۲) ح ۲، باب ۲۵ من ابواب ما یحرم بالمصاهرة.

(۳) مستند العروه، باب محرّمات بالمصاهرة، ذیل مسئله ۴۴.

(۴) مستدرک الوسائل، ج ۱۴، ح ۱، باب ۲۵ از ابواب مصاهرة.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۰۷

کتابی هم ازدواج دائم حرام است و یا در صورت ارتداد عقد خودبخود باطل می شود)

و عدم الکفاءة (ممکن است مراد، عدم کفائت عرفی باشد ولی کفائت عرفی شرط نیست، مگر اینکه بگوئیم ولی در حال صغر وقتی

می خواهد عقد کند، علاوه بر کفائت شرعی (اسلام) کفائت عرفی را هم در نظر بگیرد و احتمالات دیگری هم ممکن است)

و استیفاء العدد (خامسه)

و الاعتداد (در عدّه)

و الاحرام (در حال احرام).

ب: مرحوم محقق در شرایع: شش سبب

اسباب التّحریم و هی ستّة: النسب و الرضاع و المصاهرة و استیفاء العدد و اللعان و الکفر «۱»

بین این شش مورد و هشت موردی که امام بیان کرده است، عموم خصوص من وجه است یعنی بعضی اسباب را شرایع دارد که در تحریر نیست و بعضی اسباب در تحریر است که در شرایع نیست.

مرحوم صاحب مسالک در شرح عبارت شرایع از محقق دفاع می‌کند و می‌گوید:

حصر المحرمات فی سته بحسب ما اقتضاه المقام و الا فالاسباب اکثر من ذلك مذکوره فی تضاعیف الکتاب «۲» (اثناء کتاب شرایع).

ج: صاحب جواهر «۳»: بیست و یک سبب

۱- نسب. ۲- رضاع. ۳- مصاهره. ۴ و ۵- نظر و لمس (در جائی که پدر امه‌ای داشته باشد و به او نظر کند یا بدن او را از روی شهوت لمس کند، سبب تحریم او بر پسر می‌شود یعنی منظوره و ملموسه الاب تحرم علی الابن). ۶- الزنا بها (مثل زنا به ذات بعل، سبب حرمت ابدی می‌شود). ۷- زنا بغیرها (به زنی که زنا کرده، سبب می‌شود دختر حرام شود که محل بحث است؛ ولی در زنا به عمه و خاله روایت داریم). ۸- الايقاب (لواط که سبب حرمت ابدی سه کس می‌شود، خواهر و مادر و دختر موطوئه). ۹- الافضاء (کسی که دختری را افضاء کند و لو معقوده‌اش باشد سبب حرمت ابدی می‌شود). ۱۰- الکفر. ۱۱- عدم الکفاءة. ۱۲- الرق (ازدواج با کنیز برای آزاد حرام است الا بشرطین: پولی ندارد که زن آزاد و حر بگیرد و یا خوف وقوع در گناه را دارد).

۹۱ فصل فی اسباب التحريم ... ۷۹ / ۱۲ / ۲۱

۱۳- تبعیض السبب (امه‌ای است مشترک در بین دو نفر که احد الموالی عقد او را اجازه می‌دهد و مولای دیگر اجازه نمی‌دهد و ممکن است اشاره به عقد دختر خواهر و دختر برادر باشد که بدون اجازه عمه و خاله باطل است به این بیان که، اگر زوج بخواهد با دختر برادر یا دختر خواهر خود ازدواج کند اذن زن در اینجا شرط است، پس رضایت مرد و آن دختر جزء سبب است و جزء دیگر رضایت زوجه (عمه و خاله) است که اگر رضایت آن حاصل نشود، عقد باطل است، و یا نسبت به باکره رشیده، آنهایی که اجازه ولی را شرط می‌دانند اگر اجازه یکی از آن دو [دختر و ولی] باشد، تبعیض سبب است).

۱۴- استيفاء العدد. ۱۵- الاحصان (زن شوهردار). ۱۶- اللعان (اگر مردی به زن خود نسبت زنا دهد و نفی ولد از خودش کند و شاهدهی هم نداشته باشد ملاعنه می‌شود، مرد پنج بار قسم می‌خورد زن هم پنج بار قسم می‌خورد، سپس زن و مرد بر هم حرام ابدی می‌شوند). ۱۷- قذف الصیماء و الخرساء (اگر به زنی که کر و لال است، نسبت زنا دهد، زن بر شوهر حرام ابدی می‌شود). ۱۸- الطلاق (طلاق سوم سبب حرمت می‌شود بدون محلل، و طلاق نهم سبب حرمت ابدی می‌شود). ۱۹- الاعتداد (کون المرأة فی عدّه الغیر). ۲۰-

الاحرام (نکاح زن و مرد در حال احرام حرام است و اگر عالماً و عامداً باشد حرمت ابدی دارد). ۲۱- التعظیم (نساء النبی صلی الله علیه و آله به خاطر احترام حضرت برای دیگران حرام بودند).

ظاهراً موارد دیگری هم غیر از این موارد وجود دارد.

ان قلت: چرا قرآن زنان پیامبر را از ازدواج کردن محروم کرد از جمله عایشه که در زمان رحلت پیامبر حدوداً بیست ساله بود.

قلنا: کسی که چنین سخنی می‌گوید از دو نکته آگاهی ندارد:

اولاً زنان پیامبر با آغوش باز از این مسأله استقبال کرده و در بین مؤمنین عظمت خاصی پیدا کردند و به عنوان «امهات المؤمنین» خوانده می‌شدند و در هیچ جا دیده نشده است که از این حکم الهی گلایه‌ای داشته باشند، پس وقتی خود، افتخار بدانند و راضی باشند، نمی‌توانید از آنها دفاع کنید. این سخن را کسی می‌گوید که زن را فقط در مورد علایق جنسی بشناسد و شخصیت او را در علایق جنسی بداند.

ثانیاً: بعضی انسانها در یک شرایط اجتماعی قرار می‌گیرند که باید از خود فداکاری نشان بدهند. اگر زنان پیامبر آزاد بودند که

ازدواج کنند، مورد بهره‌برداری سوء افراد دیگر قرار می‌گرفتند که

(۱) ج ۲، ص ۵۰۶.

(۲) ج ۷، ص ۱۹۸.

(۳) ج ۲۹، ص ۲۳۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۰۸

سبب می‌شد، احترام پیامبر از بین برود و مفسده‌ای در درون جامعه اسلامی ایجاد گردد، و لذا باید برای حفظ حرمت پیامبر و حفظ حریم جامعه اسلامی چنین فداکاری داشته باشند. در جائی که شوهر مرحوم می‌شود و زن برای بزرگ کردن بچه‌های خود شوهر نمی‌کند و فداکاری می‌کند، و عقلاً او را مدح می‌کنند، پس در اینجا که همسر پیامبر به خاطر حفظ جامعه فداکاری می‌کند، قطعاً پسندیده و مورد ستایش است.

القول فی النسب

اشاره

یحرم بالنسب سبعة اصناف من النساء علی سبعة اصناف من الرجال: الام

[اول از صنوف هفت گانه مادر است]

اشاره

(مادر که در اینجا گفته می‌شود دامنه‌اش وسیع است و شامل مادر، مادرِ پدر، مادرِ مادر، مادرِ مادرِ پدر ... و خلاصه هر کس که انسان از او با واسطه یا بی‌واسطه تولد یافته است می‌شود).

بما شملت الجدات عالیات و سافلات، لابی کنّ أو لأم، فتحرم المرأة علی ابنها و علی ابن ابنها و ابن ابن بنتها و ابن بنت بنتها و ابن بنت ابنها و هكذا، و بالجملة تحرم علی کلّ ذکر ینتمی الیها بالولادة، سواء کان بلا واسطة او بواسطه او وسائط، و سواء کانت الوسائط ذکوراً او اناثاً او بالاختلاف.

صاحب مسالك و صاحب جواهر تعبیر خوبی دارند:

«کلّ امرأة ولدتک بالواسطة أو بلا واسطة»

این مسأله از مسلمات است و بقدری مسلم است که در مسأله، ذکر اقوال نمی‌کنند، ولی بحث این است که مدرک این حکم غیر از این تسلّم چیست؟ بعضی به آیه: «حُرِّمَتْ عَلَیْکُمْ اُمَّهَاتُکُمْ» «... ۱» تمسک کرده‌اند. منتهی بحث در این است که آیا امهات در آیه شامل همه اینها می‌شود یا نه امهات همان مادر بلاواسطه است و بقیه جدّه هستند، آیه شامل جدّات نمی‌شود و حکم جدّات از سیره و روایات استفاده می‌شود. صاحب جواهر می‌فرماید آیه عام است و «اُمَّهَاتُکُمْ» در آیه شامل تمام زنانی که در مسیر ولادت هستند می‌شود، البتّه کلام ایشان خالی از اشکال نیست.

۹۲ القول فی النسب ... ۲۲ / ۱۲ / ۷۹

مرحوم نراقی بعد از ذکر محرّمات نسبی می‌فرماید:

و تحریم هؤلاء مجمع علیه بین الامیّة، بل علیه الضرورة الدیتیة، و مصرّح به فی الجملة فی الكتاب و السنه «۲» (در کتاب و سنت به

جهت وضوح، مسأله اجمالاً مطرح شده و شاخ و برگها نیامده است)

صاحب ریاض بعد از انکار دلالت آیه ۲۳ سوره نساء بر عموم، چنین می‌فرماید: «فَأَذًا الْحَجَّةُ التَّامَةُ اِجْمَاعُ الْأُمَّةِ» (۳)

از این عبارات معلوم می‌شود که این مسأله از مسائلی است که در بین شیعه و سنی اجماعی است.

آیا می‌توان از آیه شریفه سوره نساء (۴) این عمومیت را استفاده کرد؟

بعضی مثل صاحب جواهر می‌فرمایند که آیه دلالتش جامع است و بعضی دیگر مثل محقق نراقی می‌گویند که آیه دلالتش اجمالی است و لولا الاجماع نمی‌توانیم بر تمام موارد به آیه استدلال کنیم.

خلاصه بیان صاحب جواهر چنین است:

ما قبول داریم که «امّ» در غیر مادر بلاواسطه مجاز بوده و «امّ مع الواسطه» اسمش «جده» است منتهی می‌فرماید: فمجاز الا أنه مراد فی خصوص الآیه (۵) و چهار قرینه ذکر می‌کند:

قرینه اول: اجماع المفسرین علی عمومیه معنی الآیه

قرینه دوم: آیه ۲۴ می‌فرماید «وَأُجِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ» آیه هفت صنف محارم نسبی، محارم رضاعی و محارم سببی را می‌شمارد بعد می‌فرماید که غیر از اینها حلال است، صاحب جواهر می‌فرماید اگر ما آیه را منحصر به مادر بلاواسطه بدانیم پس باید غیر مادر بلاواسطه (مثل دختر و عمه و خاله ... که عام است و مع الواسطه و بلاواسطه را شامل می‌شود) از «أُجِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ» استثنا شود و این از موارد تخصیص اکثر و قبیح است (این عبارت مضمون بیان صاحب جواهر است) پس می‌گوئیم آن عناوین سبعة عام است یعنی امهات، اعم از با واسطه و بی‌واسطه و بنات، اعم از بلاواسطه و با واسطه ... است.

قرینه سوم: هر انسانی یک مادر دارد پس چرا «امهاتکم» در آیه جمع آمده است؟ لا- بد مراد از امهات مادرهای با واسطه هم می‌باشد.

حال که در «امّ» قائل شدیم که مع الواسطه هم داخل است، بنات و خالات هم با اتحاد سیاق شامل با واسطه می‌شود، اگر چه در ناحیه عمات و خالات و بنات تعدد تصور می‌شود.

ان قلت: شاید صیغه جمع به خاطر تعدد مخاطبین است.

قلنا: این خلاف ظاهر است، ظاهر این است که صیغه جمع به

(۱) آیه ۲۳، سوره نساء.

(۲) مستند نراقی، ج ۱۶، ص ۲۲۰.

(۳) ریاض، ج ۲، ص ۸۵.

(۴) آیه ۲۳، سوره نساء.

(۵) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۴۰.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۰۹

خاطر تعدد مادر است، عبارت جواهر چنین است: لآن خطاب الجماعة للعموم، و مقتضاه ثبوت الحكم لكل واحد دون المجموع.

قرینه چهارم: احادیثی که در تفسیر آیه آمده است آیه را عام می‌داند، البتّه احادیث کاری به مسئله حرمت نکاح ندارد و می‌خواهد ثابت کند که امام حسن علیه السلام و امام حسین علیه السلام ابن رسول الله صلی الله علیه و آله بودند، چون مخالفینی معتقد بودند که پسر دختر، پسر نیست، ائمه استدلال کردند که اینها «ابن حقیقی» هستند چون زنان پیامبر، اگر بر امت حرام نمی‌شدند، نمی‌توانستند با امام حسن علیه السلام و امام حسین علیه السلام ازدواج کنند، و هکذا اگر پیامبر زنده می‌ماند، نمی‌توانست زنان

مطلقه امام حسن علیه السلام و امام حسین علیه السلام را تزویج کند، چون قرآن می‌فرماید «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ» (۱) و «وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ» (۲). پس شما که نمی‌توانید بگوئید که زنان اینها بر پیامبر حلال است، چگونه می‌گوئید که اینها پسر حضرت رسول اکرم صلی الله علیه و آله نیستند، پس از اینجا معلوم می‌شود که آیه آباء با واسطه و ابناء با واسطه را می‌گیرد، پس امهات هم در آیه امهات با واسطه را شامل می‌شود.

* عن محمد بن مسلم عن احمدها عليه السلام انه قال: لو لم تحرم على الناس ازواج النبي صلى الله عليه وآله لقول الله عز وجل: «وَمَا كَانَ لَكُمْ أَنْ تُؤْذُوا رَسُولَ اللَّهِ وَلَا أَنْ تُنْكِحُوا زَوَاجَهُ مِنْ بَعْدِهِ أَبَدًا». حُرِّمَ عَلَى الْحَسَنِ وَالْحُسَيْنِ بِقَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ» وَلَا يَصِحُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يَنْكِحَ امْرَأَةً جَدَّهُ (۳).

... عن أبي الجارود عن أبي جعفر عليه السلام في احتجاجه على أن الحسن والحسين عليه السلام ابنا رسول الله صلى الله عليه وآله قال إن الله يقول: «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ» إلى قوله «وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ». فسلمهم هل يحل لرسول الله صلى الله عليه وآله نكاح حليلتيهما فان قالوا نعم كذبوا وان قالوا لا فهما والله ولداه لصلبه و ما حرما عليه الا للصلب. (۴)
ظاهر کلام صاحب جواهر این است که این روایات نشان می‌دهد که امهات و ابناء و بنات عام است. صاحب جواهر در آخر می‌فرماید که من تعجب می‌کنم از کسانی که عمومیت آیه را، با وجود قرائن انکار کرده‌اند، هذا تمام کلامه بیان منّا. بخشهایی از کلام ایشان قابل مناقشه است:

اولاً این که فرمودند اجماع مفسرین داریم، اگر بر فرض هم باشد حجّیتی در باب احکام ندارد و فقط مؤید است. ثانیاً در مورد قرینه سومی که فرمودند هر کسی یک مادر دارد و جمع بودن صیغه به جهت جمع بودن مخاطبین نمی‌باشد، باید بگوئیم چون مخاطب جمع است صیغه جمع به کار رفته است و آیات زیادی داریم که به جهت جمع بودن مخاطبین صیغه جمع به کار رفته است، مثلاً در آیات زیادی است که «الْوَالِدَاتُ كُنَّ» * به صورت جمع استعمال شده است (در قرآن سه بار الّستکم و شش بار الّستهم وجود دارد) هر انسانی هم یک زبان بیشتر ندارد و در اینجا جمع بستن به جهت تعدّد مخاطبین است و در «افواه» هم همینطور است (در قرآن در دو مورد افواهم ده مورد افواهم وجود دارد) در حالی که هر کس یک دهان دارد پس به جهت تعدّد مخاطبین است که جمع استفاده شده است و در حدود بیست مورد داریم که به اعتبار تعدّد مخاطبین، صیغه جمع استعمال شده است، پس اینکه صاحب جواهر می‌فرمایند، خلاف ظاهر است، درست نیست.

اما در مورد روایات باید گفت که، سند روایت دوم، ابی الجارود (زیاد بن المنذر) است که روایات زیادی در مذمت او وارد شده، حتّی برخی از طوائف منحرفه به نام جارودیّه و یا سرحویّیه به او منتسب هستند، پس روایت دوم از نظر سند مشکل دارد ولی روایت اوّل سندش معتبر است و در این حدیث امام به آباء و ابناء استدلال می‌کند که مع الواسطه را هم شامل می‌شود، وقتی آباء و ابناء با واسطه در آیه ۲۳ وارد باشد امهات و بنات مع الواسطه هم باید در آیه وارد باشد.

۹۳ القول فی النسب ... ۲۳ / ۱۲ / ۷۹

قرینه دیگری هم ما اضافه می‌کنیم و آن این که امام علیه السلام به عنوان تعبّد امامت به این آیه استدلال نمی‌کند، بلکه در مقابل مخالفین استدلال می‌کند، یعنی همه از آیه، عمومیت را می‌فهمند، نه تنها کسانی که اطاعت امام علیه السلام را واجب می‌دانند، بلکه مخالفین هم نمی‌توانند انکار کنند. به عبارت دیگر، ارتکاز ذهن در مسئله محرّمات نکاح، عمومیت است به خلاف ابواب دیگر، بعنوان مثال اگر کسی وصیت کند که به دخترم یا مادرم این مبلغ را بدهید، وصیت او، مادرِ مادر یا دخترِ دختر را نمی‌گیرد، بنابراین شکی نیست که ارتکاز ذهن در موارد دیگر بلاواسطه است؛ ولی در باب نکاح، ارتکاز ذهن عمومیت است، یعنی در امر نکاح یک نوع ارتکاز

(۱) آیه ۲۲، سوره نساء.

(۲) آیه ۲۳، سوره نساء.

(۳) ح ۱، باب ۲ از ابواب محرمات بالمصاهرة.

(۴) ح ۱۲، باب ۲، از ابواب محرمات بالمصاهرة.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۱۰

ذهنی عرفی بر تسری است و امام علیه السلام هم به آن استدلال می‌فرماید، بنابراین تعمیم در آیه شریفه واقعیت دارد و حق با صاحب جواهر است.

بقی هنا امران:

الامر الاول: آیا از نظر قواعد اصولی و ادبی، اراده اعم، از لفظ ام و بنت ممکن است،

به این صورت که استعمال لفظ در اکثر از معنی واحد باشد یعنی جمع بین معنی حقیقی (ام بلاواسطه) و مجازی (ام مع الواسطه) شده باشد یا این که بگوئیم که قدر جامعی (کسانی که در طریق ولادت قرار گرفته باشند) بین معنی حقیقی و مجازی است و لفظ در آن استفاده شده است.

ما هر دو را جایز می‌دانیم (هم استعمال لفظ در اکثر از معنای واحد و هم در قدر جامع) و در بحث استعمال لفظ مشترک در اکثر معنا «۱» گفتیم که هیچ مشکلی ندارد و مشکلاتی که گفته شده خیالات است و اشعار کثیره‌ای از عرب داریم که لفظ در معانی متعدد به کار رفته است، البته راه دوم بهتر است که معنی واحد جامع باشد (ولادت بلاواسطه و مع الواسطه را شامل شود) پس از این جهت مشکلی نداریم.

الامر الثاني: نکته‌ای که در تحریر به آن اشاره نشده است [مقابل این اصناف سبعة محرمة من النساء، اصناف سبعة محرمة من الرجال داریم]

اشاره

ولی بسیاری از فقهاء (مثل صاحب جواهر و صاحب شرایع) به آن اشاره کرده‌اند، این است که مقابل این اصناف سبعة محرمة من النساء، اصناف سبعة محرمة من الرجال داریم، وقتی مادر من بر من حرام شد، من هم به مادر خود حرام هستم به عبارت دیگر خطاب آیه که می‌فرماید: «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ» ... همین آیه با تغییر خطاب «حُرِّمَ عَلَيْكَ أَبْنَاؤُكَ» ... می‌شود.

پس کما این که سبعة من النساء برای رجال حرام است، سبعة من الرجال هم بر نساء حرام است.

در آیه: «قُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ» ... «۲» آباء و ابناء و اخوان، جای امهات و بنات و اخوات را گرفته است، یعنی مردان جانشین زنانی که در سوره نساء آمده بود، شده است، به عبارت دیگر در اینجا مخاطب زنان هستند و در آنجا مخاطب مردان بودند.

سؤال: در سوره نساء هفت قسم از مردان ذکر شده است؛ ولی در سوره نور، پنج دسته: ۱- آبائهن. ۲- ابنائهن. ۳- اخوانهن. ۴-

بنی اخوانهن. ۵- بنی اخواتهن. عمیات و خالات که در سوره نساء بود، مردان مقابل آن (عمو و دایی) در اینجا نیست، چرا آن دو ذکر نشده است؟

آن دو عنوانی که در اینجا ذکر نشده است، به دلالت التزامیه از دو تا از عناوین مذکور فهمیده می‌شود، یعنی وقتی آیه می‌گوید بنی

اخوانهنّ به خاطر نسبتی که برادر با خواهر دارد، دختر خواهر (خواهرزاده) را هم نسبت به برادر (دائی) شامل می‌شود. و وقتی آیه عمه را نسبت به پسر برادر شامل شود، عمو را هم با دختر مقابلش (دختر برادر) شامل می‌شود.

۹۴ القول فی النسب ... ۲۷ / ۱۲ / ۷۹

دلیل:

۱- ملازمه عرفیه:

وقتی مادر بر پسر حرام باشد، پسر هم بر مادر حرام است. در سوره نور آیه ۳۱، همین اصناف ذکر شده‌اند و فقط اعمام و احوال ذکر نشده است. پس دلیل بر حرمت هفت صنف از رجال، ملازمه آن با حرمت هفت صنف از نساء است.

۲- ملازمه عقلیه:

بعضی گفته‌اند که دلیل آن تلازم عقلی است لَانَّ الزَّوْجِيَّةَ امْرٌ بسیط غیر قابلٍ لِلتَّجْزِيَةِ یا حلال است یا حرام و امر بسیط ابعاض ندارد. صاحب جواهر به این دلیل ایراد می‌کند و می‌فرماید منظور از زوجیت، اگر انشاء است، انشاء بسیط نیست بلکه مرکب از ایجاب و قبول است و اگر منظور وطی است (که از آثار زوجیت است) آن هم مرکب است از فعل قائم بالواطی و فعل قائم بالموطوءه، و مانعی ندارد که یکی حرام و یکی حلال باشد. پس این دلیل تمام نیست و لذا در باب بیع وقت النداء (إِذَا تُوْدِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ) «... ۳» گفته شده برای کسی که اقامه نماز جمعه بر او واجب است (حاضر) بیع حرام است و برای کسی که اقامه نماز جمعه بر او واجب نیست (مسافر) حلال است، پس یک معامله نسبت به یکی (مسافر) حلال و نسبت به دیگری (حاضر) حرام است.

قلنا: کلام صاحب جواهر درست نیست و در اینجا دو چیز با هم مخلوط شده است، حکم تکلیفی و حکم وضعی، به عبارت دیگر ما یک بیع سببی داریم و یک بیع مسببی، همینطور در نکاح، (عقد سببی و مسببی از زمان شیخ انصاری مرسوم شد)، بیع سببی، انشاء ایجاب و قبول و بیع مسببی، نقل و انتقال است، در نکاح هم یک انشاء زوْجَت و قبلت است و یک علقه زوجیت، که این علقه زوجیت امر بسیط است و صحت نکاح یعنی همان علقه زوجیت. در

(۱) أنوار الأصول، ج ۱، ص ۱۴۶ الی ۱۵۴.

(۲) آیه ۳۰، سوره نور.

(۳) آیه ۹، سوره جمعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۱۱

بیع مسببی هم نقل و انتقال بسیط است چون ممکن نیست از ملک من خارج شود و در ملک دیگری داخل نشود. در ما نحن فیه ممکن نیست که علقه را تجزیه کنیم، اگر هست در هر دو طرف هست و اگر نیست در هیچ کدام نیست، و ایا بیع وقت النداء که می‌گوئیم حرام است، از نظر تکلیفی قابل تجزیه است نه از نظر وضعی که برای مسافر و مجاور، هر دو صحیح است. در نکاح هم بحث در حکم وضعی (عدم حصول علقه زوجیت) است یعنی وقتی با آن زن نمی‌تواند ازدواج کند، آن زن هم با آن مرد نمی‌تواند ازدواج کند.

ان قلت: با این که این تلازم بین محرّمات سبعة از ناحیه رجال و محرّمات سبعة از ناحیه نساء وجود دارد، چرا در سوره نساء هفت

صنف ذکر شده است ولی در سوره نور، آیه حجاب، پنج صنف؟

قلنا: اینها با هم تلازم دارند، چون وقتی دختر برادر بر کسی حرام باشد، او نیز که عمویش است بر آن دختر حرام است و وقتی دختر خواهر بر کسی حرام باشد او نیز که دائی اش است بر آن دختر حرام است، بنابراین دائی و عمو، با بنت الاخ و بنت الاخت تلازم دارد.

ان قلت: اگر این ملازمه هست چرا خداوند در سوره نساء به همان پنج مورد قناعت نکرده است تا دو مورد دیگر (عماتکم و خالاتکم) با ملازمه معلوم شود؟

قلنا: لعل سرّ آن این است که نکاح امر مهمی است و باید به این امر مهم تصریح شود و به ملازمه قناعت نشود تا بهانه به دست کسی نیفتد.

بحث «امّ» از صنوف هفت گانه روشن شد،

و اما بقیه صنوف:

اشاره

«بنت» که حرام باشد، بنت بنت و بنت ابن، بنت بنت ابن، بنت بنت بنت و همینطور شاخه‌های دیگر آن تا آخر حرام هستند. «بنات الاخ» هم که حرام باشد، بنت ابن اخ و بنت بنت اخ و همینطور شاخه‌های دیگر آن تا آخر حرام هستند. «بنات الاخت» که حرام باشد، بنت بنت الاخت و بنت ابن الاخت و همینطور شاخه‌های دیگر آن تا آخر حرام هستند (فرق نمی‌کند که اخت یا اخ، ابوینی، ابی، یا امی باشند و تمام دختران آنها حرام است، خواه مع الواسطه یا بلاواسطه). «عمه» که حرام باشد، عمه پدر و مادر، عمه جد پدری، عمه جد مادری، عمه جد ابوینی ... همه حرام هستند. «خاله» که حرام باشد، خاله پدر و مادر، خاله جد پدری، خاله جد مادری و خاله جد ابوینی ... همه حرام هستند. تمام این اصناف با تمام شاخ و برگهایش مثل «امّ» هستند.

دلیل:

دلیل ما در این پنج طایفه همان مطالبی است که در ناحیه «امّ» گفته شد.

۱- اجماع

۲- ضرورت دین

۳- آیه ۲۳ سوره نساء با استفاده از دو قرینه، یکی روایاتی که در مورد ابناء رسول الله صلی الله علیه و آله وارد شده و دیگری آیه ۲۴ سوره نساء «وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ» که اگر این موارد را وارد نکینم، آیه قبلی تخصیص می‌خورد و حال آن که تخصیص اکثر قبیح است.

«اخت»، خواهر انسان بر انسان حرام است (خواهر ابی، امی، و ابوینی) ولی خواهر خواهر نداریم. در شش طایفه قبلی سافلات و عالیات داشتیم ولی در خواهر، سافلات و عالیات نداریم.

بقی هنا شیء:

برای محرمات سبعة نسبی به روایاتی استدلال شده است (ما روی قرآن و اجماع و ضرورت دین تکیه کردیم) که این روایات در

پنج باب وارد شده است (ابواب ما یحرم بالنسب، باب ۱ در تحریم امّ، باب ۲ در تحریم بنت، باب ۳ در تحریم اخت، باب ۴ در تحریم عمه و خاله و باب ۵ در تحریم بنت الاخ و بنت الاخت)، تحریم تمام اصناف سبعة در این پنج باب آمده است. استدلال به این روایات خوب، ولی قلیل الفائدة است، چون:

اولاً: بسیاری از روایات متن آیه را ذکر کرده و چیز اضافه‌ای ندارد یعنی دلیل مستقلاً نمی‌شود، حتی حکم «یحرم» هم ندارد، پس فقط تأکید است.

ثانیاً: بقیه روایات هم فقط اصناف سبعة بلاواسطه را می‌گوید، در حالی که قرینه بر عمومیت در روایات نیست، بخلاف آیه که قرینه داشت (أَحْلَلْ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ). اصناف سبعة بلاواسطه از واضحات است و مشکل در مورد مع الواسطه است، در حالی که فقط یک روایت تصریح به مع الواسطه دارد که این روایت در مورد بنت است.

... عن هانی بن محمد بن محمود، عن ابيه رفعه الى ابي الحسن موسى بن جعفر عليه السلام انه قال للرشيد في حديث يا امير المؤمنين

(از باب تقيّه)

لو ان النبي نثر

(پیامبر زنده شود)

فخطب اليك كريمتك

(دختر تو را)

هل كنت تجيبه؟ فقال و لم لا اجيبه؟ فقال أبو الحسن عليه السلام: و لكته لا يخطب الي و لا اجيبه، قال: و لم؟ قال: لأنه

كتاب النكاح (مكارم)، ج ۲، ص: ۱۱۲

وَلَدَنِي و لَمْ يَلِدْكَ. «۱»

این روایت از نظر دلالت خوب؛ ولی مشکل سندی دارد (مرفوعه)، البتّه به عنوان مؤید خوب است.

[مسأله ۱: لا تحرم عمّة العمّة و لا خالة الخالة ما لم تدخلا في عنواني العمّة و الخالة و لو بالواسطة]

اشاره

۹۵ مسئله ۱ (فی تحریم العمّة ... ۲۸ / ۱۲ / ۷۹)

مسأله ۱: لا تحرم عمّة العمّة و لا خالة الخالة ما لم تدخلا في عنواني العمّة و الخالة و لو بالواسطة، و هما قد تدخلان فيهما فتحرمان، كما اذا كانت عمّتك اختاً لايبك لاب و ام أو لاب، و لأبي ابيك اخت لاب أو ام أولهما فهذه عمّة لعمّتك بلا واسطه، و عمّة لك معها، و كما اذا كانت خالتك اختاً لاأمك لأمها او لامها و أبيها و كانت لام أمك اخت فهي خالة لخالتك بلا واسطه، و خالة لك معها، و قد لا- تدخلان فيهما فلا- تحرمان، كما اذا كانت عمّتك اختاً لايبك لامه لا لاييه و كانت لأبي الاخت اخت فالاخت الثانية عمّة لعمّتك و ليس بينك و بينها نسب اصلا، و كما اذا كانت خالتك اختاً لاأمك لايبها لا لامها و كانت لام الاخت اخت فهي خالة لخالتك و ليست خالتك و لو مع الواسطه، و كذلك اخت الاخ أو الاخت أتما تحرم اذا كانت اختاً لا مطلقاً، فلو كان لك اخ او اخت لايبك و كانت لامها بنت من زوج آخر فهي اخت لاخيك أو أختك و ليست اختاً لك لا من طرف ابيك و لا من طرف أمك فلا تحرم عليك.

عنوان مسأله:

در این مسأله دو مطلب مهم وجود دارد، یکی راجع به خواهرِ خواهر و دیگری راجع به عمّه عمّه و خاله خاله است که اینها گاهی بر انسان حرام می‌شوند و گاهی نه، مرحوم امام ابتدا عمّه عمّه و خاله خاله را بیان کرده است بعد خواهرِ خواهر را. خواهرِ خواهر در کجا حرام است؟ خواهرِ خواهر در جایی که همه ابوینی و یا ابی و یا امی باشند، حرام خواهد بود. اما اگر فاطمه که با زید خواهر ابی است، با زینب خواهر امی باشد، زینب خواهر فاطمه است؛ ولی خواهر زید نیست. چون نه پدرشان یکی است و نه مادرشان و با هم هیچ اشتراک نسبی ندارند. در اینجا نکاح خواهرِ خواهر بر زید حرام نیست.

دلیل:

حدیث خوبی در این باره داریم:

...* عن ابی جریر القمی

(زکریا بن ادريس و یا زکریا بن عبد الصمد که هر دو را تأیید کرده‌اند و می‌شود به آن اعتماد کرد، رجال قبلی سند هم خوب است و بعید نیست که حدیث معتبر باشد)

قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام أزواج أختي من أبي؟

فقال أبو الحسن عليه السلام زوج أيتها أياه أو زوج أيتها «۲»

(ظاهراً تردید از راوی است).

روایت دیگری هم داریم که امام می‌فرماید:

«ما أحبّ له ذلك» «۳»

که ظاهراً حمل بر کراهت می‌شود چون ممکن است که مردم اشتباه کنند و فکر کنند که نکاح اخت جایز است.

و من هنا يظهر الحال في العمّة و الخالّة:

پدر زید خواهری دارد به نام فاطمه که از ناحیه مادر، خواهر اوست (خواهر مادری) و عمّه زید است. فاطمه پدری دارد به نام بکر که هیچ ربطی به زید ندارد، زیرا پدر زید و عمّه زید فقط از ناحیه مادر با یکدیگر ارتباط دارند و از پدر جدا هستند. بکر خواهری دارد به نام زینب که عمّه فاطمه است، فاطمه هم عمّه زید است. پس زینب عمّه عمّه زید است ولی عمّه زید نیست چون رابطه زینب از طریق بکر است که پدر عمّه زید است، که هیچ ارتباطی به زید ندارد. خاله هم همینطور است.

[مسأله ۲ (النسب الشرعی و غیر الشرعی)]

اشاره

۹۶ مسئله ۲ (النسب الشرعی و غیر الشرعی ...) ۸۰ / ۱ / ۲۵

دو مسئله مهم و محلّ ابتلاء در ذیل مسئله محرمات نسبیّه باقی مانده است:

۱- فرزندان نامشروع (ولد الزّنا) در باب نکاح و بالمناصبه در بقیّه بابها.

۲- احکام ولد شبهه.

امام (ره) وقتی وارد بحث اول (ولد الزّنا) می‌شود مانند دیگران (صاحب جواهر، صاحب مسالک، جامع المقاصد، صاحب ریاض، علامه در تذکره) ابتدا نسب را تعریف می‌کنند، و پس از آن وارد بحث نسب نامشروع می‌شوند و احکام آن را بیان می‌کنند.

مسأله ۲: النسب إما شرعی (قسم اول)

و هو ما كان بسبب وطء حلال ذاتاً بسبب شرعی من نکاح أو ملک یمین أو تحلیل (تحلیل ملک یمین برای غیر مالک) و ان حرّم لعارض من حیض أو صیام أو اعتکاف أو إحرام أو نحوها، و یلحق به وطء الشبهه. (امام (ره) «یلحق» می گویند چون وطی به شبهه وطی بدون عقد است، ولی

(۱) ح ۳، باب ۲ از ابواب ما یحرم بالنسب.

(۲) ح ۱، باب ۶ از ابواب ما یحرم بالنسب.

(۳) ح ۴، باب ۶ از ابواب ما یحرم بالنسب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۱۳

جهلاً وطی واقع شده پس نکاح حقیقی نیست؛ و زنا هم نیست، بلکه ملحق به نکاح است)

و إما غیر شرعی (قسم دوم)

، و هو ما حصل بالسفاح و الزنا و الاحکام المترتبة علی النسب الثابتة فی الشرع من التوارث و غیره و ان اختصت بالاول (نسب مشروع)

، لكن الظاهر بل المقطوع ان موضوع حرمة النکاح اعم، فیعم غیر الشرعی، فلو زنا بامرأة فولدت منه ذكراً و أنثی حرمت المزاجه بينهما، و کذا بین کل منهما و بین اولاد الزانی و الزانیة الحاصلین بالنکاح الصحیح أو بالزنا بامرأة اخرى، و کذا حرمت الزانیة و أمها و أم الزانی و اختهن علی الذکر، و حرمت الانثی علی الزانی و أبیه و أجداده و إخوته و أعمامه.

تعریف نسب شرعی:

اشاره

آنچه ناشی از وطی حلال باشد (این معنی را خیلی از بزرگان گفته‌اند) و مهم این است که ذاتاً حلال باشد و اگر چه عارضاً حرام باشد، یعنی اگر در بعضی از موارد (مانند احرام)، وطی عارضاً حرام باشد، در این صورت اگر فرزندی منعقد شود، فرزند نامشروع نیست و لو عمل حرام بوده است، بلکه فرزند مشروع است و ارث می‌برد.

دلیل:

اولاً: این معنا تقریباً اجماعی و مسلم است.

ثانیاً: حقیقتاً صدق نسب می‌کند یعنی فرزند مشروع است و انعقاد نطفه نامشروع نبوده، بلکه عمل نامشروع است، به عبارت دیگر در حال صیام و اعتکاف و احرام... زوجیت باقی است، بنابراین ولد از نطفه زوج و زوجه است، و زوجیت با این عوارض بهم نمی‌خورد، یعنی اگر در حال صیام نطفه را با وسیله‌ای غیر از مواقعه در رحم زن بگذارند، ترکیب نطفه آنها حرام نیست، بلکه مواقعه حرام است، به تعبیر دیگر مقدمات، که وطی باشد حرام بوده ولی ذی المقدمه حلال است (مثل صحت حج با مرکب غصبی).

احکام ولد نامشروع:

۱- ولایت (مربوط به اموال). ۲- حضانت (نگهداری و پرورش).

۳- ارث. ۴- نفقه.

۵- عدم قصاص والد به واسطه قتل ولد.

۶- عاقله (در قتل خطائی، نزدیکان پدر دیه را تقسیم می‌کنند و می‌پردازند).

۷- عتق در موارد خاص (مثلاً اگر پسری پدرش را که برده است بخرد فوراً آزاد می‌شود).

۸- نگاه کردن به محارم.

آیا همه این احکام شامل فرزند نامشروع می‌شود، یا فقط مخصوص فرزند مشروع است و یا اینکه قائل به تفصیل می‌شویم؟ معروف این است که فقط احکام نکاح جاری است و بقیه احکام جاری نیست.

اقوال:

مرحوم محقق ثانی می‌فرماید:

و اما الزنا و هو: الوطی الذی لیس بمستحقّ شرعاً مع العلم بالتحريم (وطی به شبهه خارج می‌شود)، فلا یتبث به النسب اجماعاً، لکن اجمع اصحابنا علی ان التحريم المتعلق بالنسب یتبث مع الزنا اذا تولّد به ولد. «۱» سپس می‌فرمایند: عنوان ولد صادق است و چون صدق عنوان می‌کند باید احکام حرمت نکاح جاری شود، و بلافاصله اشکال می‌کند که اگر صدق عنوان کافی است؛ پس باید تمام احکام را شامل شود (مثلاً احکام ارث) بعد در ذیل کلامشان دچار یک اضطراب در سخن می‌شوند و این گونه ادامه می‌دهند که نکاح چون امر مهمی است، جایز نیست و شارع به امر فروج و تحقّق ولد اهمّیت داده و احتیاط می‌کند.

مرحوم علامه می‌فرماید:

البتت المخلوقه من الزنا یحرم علی الزانی وطؤها و کذا علی ابنه و ابیه و جدّه و بالجمله حکمها فی تحريم الوطء فی حکم البنت عن عقد صحیح، عند علمائنا اجمع و به قال ابو حنیفه لقوله تعالی «وَبَنَاتُكُمْ» و حقیقه البنته الموجوده فیها فإن البنت هی المتکونه من منی الرجل و نفيها عنه شرعاً لا یوجب نفيها حقیقه لان المنفی فی الشرع هو تعلق الاحکام الشرعیّه من المیراث و شبهه ... و قال الشافعی لا- تحرم بل یکره و به قال مالک ... و العجب إنهم اتفقوا علی أنّها ان وَلَدَتْ ابناً حرم علیه ان ینکحها فما الفرق «۲»؟ (اگر پسر نمی‌تواند با مادر ازدواج کند، پدر هم با دختر نمی‌تواند ازدواج کند و کأنّ در مادر و پسر دیده‌اند که کار ناجور شده است، لذا استثنا نکرده‌اند.)

مرحوم شیخ «۳» کلام اصحاب و موافقت ابو حنیفه و مخالفت شافعی را نقل می‌کند، سپس استدلال کرده و صدق بنت (علامه) و احتیاط (محقق) را در استدلال به هم ضمیمه می‌کند.

(۱) جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۹۰.

(۲) تذکره، ج ۲، ص ۶۱۳.

(۳) خلاف، کتاب النکاح، مسئله ۸۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۱۴

۹۷ ادامه مسئله ۲ ... ۲۶ / ۱ / ۸۰

اشاره

در ولد الزنا در تمام محرمات نسبیّه حرمت نکاح هست، در اینجا چند دلیل می توان اقامه کرد:

۱- اجماع:

در این مسأله مخالفی نیست و همه آن را پذیرفته‌اند یا فتوی داده‌اند و یا احتیاط کرده‌اند و اگر دست ما به دلیل دیگری نرسد (کما اینکه گفته شده است) اجماع محکم و کاشف از قول معصوم می‌شود و مدرکی نخواهد بود.

۲- صدق عناوین بر ولد نامشروع:

عناوینی که در قرآن مجید آمده است «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ»...

همه این عناوین صدق می‌کند و حقیقت شرعی‌ای هم در باب نکاح نیست که بگوئیم مثلاً بنت مانند صلاّه از معنی لغوی به معنی شرعی منتقل شده است، و در کلماتی که از علما و فقها بیان شد روی این حکم و استدلال تأکید کرده‌اند ولی این استدلال اشکال مهمی دارد که محقق ثانی در جامع المقاصد چنین بیان کرده بود:

اگر شما قائل به صدق عناوین هستید، همین حرف را در باب ارث هم بگوئید چون قرآن می‌گوید «وَلِأَبْوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا الشُّدُسُ» و این عناوین بر ولد نامشروع هم صادق است، پس باید در تمام ابواب بگوئیم که احکام جاری است. پس این تفصیل نادرست است و دلیل دوم اشکال دارد و جوابی در مقابل این نقض نداریم.

۳- احتیاط:

در ذیل کلام محقق ثانی و در کلام شیخ طوسی چنین بود «النکاح مبني على الاحتياط» چون مبنای شارع در نکاح بر احتیاط است، می‌گوئیم حرام است و احکام نکاح در ولد نامشروع جاری است؛ ولی بنای ارث بر احتیاط نیست. این دلیل هم قابل خدشه است، زیرا بناء نکاح بر احتیاط، به عنوان مؤید خوب است، چون شارع مقدس در نکاح هر جا که شک شد احتیاط جاری نمی‌کند در حالی که در خیلی از موارد براءت هم ممکن است جاری شود پس به عنوان دلیل مشکل است.

۴- روایت:

صاحب جواهر به روایتی استناد فرموده است که در مورد این مسأله نیست ولی به تناسب از آن استفاده می‌کنند.

...* عن عمّار، عن ابن توبه عن زرارة قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام:

ابتدای نسل انسان در زمین چگونه کثرت پیدا کرد، آیا دختران آدم با پسران آدم ازدواج کردند (همانگونه که اهل تسنن می‌گویند) امام تعجب کرده و فرمود سبحان الله خداوند چگونه اجازه می‌دهد چنین نکاح فاسدی را، و حال آنکه انبیاء و اولیاء صالح همه نسلشان به آنها برمی‌گردد. امام در ذیل این روایت فرمود: قباحت این مسأله به قدری زیاد است که من شنیده‌ام در بعضی از گله‌های گوسفندان وقتی دو گوسفند نر و ماده که از یک مادر هستند، با هم آمیزش کردند و آن نر بعداً فهمید، خودش را کشت، چگونه است که حیوانات قباحت این مسأله را می‌فهمند ولی انسانها نمی‌فهمند «۱».

آیا خواهر و برادر بودن حیوانات لغوی است یا شرعی؟

مسئلاً لغوی است زیرا بین گوسفندان نکاحی نبوده، پس توالد و تناسل لغوی بوده است. از اینجا معلوم می‌شود که مجرّد توالد و تناسل لغوی برای حرمت کافی است، پس موضوع لغوی است و مسئله عقد شرعی معیار نیست. این دلیل نیز قابل خدشه است، هم سنداً و هم دلالتاً، اما سندش اشکال دارد چون «ابن توبه» مجهول الحال است و حتی اسم او نیز معلوم نیست، امّا اشکال دلالی این است که خلاف وجدان است، چون در خارج می‌بینیم که توالد و تناسل گوسفندان از همان نرهای گله است و از جای دیگر گوسفند نر نمی‌آورند، پس این روایت خلاف وجدان و احتمال کذب آن زیاد است.

۵- تناسب حکم و موضوع: (و لعلّه احسن من الجميع)

دلیل این تفصیل تناسب حکم و موضوع است، یعنی این احکام با توجه به موضوعاتشان ممکن است اشکال مختلف به خود بگیرند، وقتی که در باب نکاح، اب وام گفته می‌شود، به تناسب حکم سراغ معنای لغوی می‌رویم ولی در باب ارث سراغ معنای شرعی می‌رویم.

توضیح ذلک: وقتی شارع می‌گوید که فرزندان از پدر و مادر ارث می‌برند، ارث یک مسئله حقوقی است و ظاهر این است که پدر و مادر باید قانونی باشند، اما مسئله حرمت محارم یک مسئله طبیعی خارجی است و بر این اساس است که از چه نطفه‌ای متولد شده است، حتی کسانی که دین و مذهب ندارند این چیزها را بر خود تحریم می‌کنند، اینها بر اثر ضررهای جسمانی و اخلاقی است و این تولّد چه قانونی باشد و چه غیر قانونی باشد اثر جسمانی هست، یا اگر از نظر اخلاقی قبّحی داشته باشد به خاطر جنبه‌های جسمانی است و

(۱) وسایل، ج ۱۴، ح ۴، باب ۳ از محرمات نسبیّه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۱۵

شاهد آن این است که اگر بچه از یک زن بیگانه بیست و چهار ساعت شیر بخورد بر او حرام است، پس چگونه فرزندی که ۹ ماه در شکم او بوده و از او بوجود آمده بر او حرام نباشد، آیا می‌شود باور کرد که شارعی که آن را سبب تحریم می‌داند این یکی را حلال بداند و لذا در مسئله مادرِ جانشین (مادر کرایه‌ای)، یعنی آن موردی که نطفه مرد و زنی در خارج رحم ترکیب شده و بعد از ترکیب چون مادر اصلی رحمش ضعیف است، در رحم فرد ثالثی کاشته می‌شود و پرورش پیدا می‌کند، قائل به محرّمیت هستیم و می‌گوئیم بچه نمی‌تواند با مادر جانشین ازدواج کند. (اولویت نسبت به رضاع)

در ما نحن فیه که هم نطفه و هم پرورش از اوست، به طریق اولی حرام است. حتی آنهایی که قائل به حلّیت هستند در پسر ولد الزنا نسبت به مادر، به واسطه همین تناسب حکم با موضوع جرأت نکرده‌اند که آن را جایز بدانند.

خلاصه: در یک جا معنای لغوی را کافی می‌دانیم، زیرا مسائل جسمانی مطرح است و در جایی دیگر معنای شرعی را کافی می‌دانیم چون مسائل حقوقی و قانونی مطرح است، و این تفصیل در اعماق جان علماء بوده و لو بیان نکرده‌اند و اگر هم بیان نکرده‌اند لعلّ در ذهنشان بوده است..

۹۸ ادامه مسئله ۲ ... ۲۷ / ۱ / ۸۰

بقی هنا آموز:

الامر الاوّل: توارث

در ولد الزنا ارث نیست، نه از پدر و مادر و نه از بستگان دیگر.

این مسأله از مسأله‌های اجماعی است، گرچه بحث آن در باب ارث مطرح است؛ ولی برای تکمیل بحث به آن اشاره‌ای می‌کنیم. مرحوم صاحب جواهر تعبیری دارد که بسیار گویا است: [عدم الارث] بلا خلاف آنچه فیہ بل الاجماع بقسمیه (منقول، محضّل) علیه. «۱»

ولی در بعضی از فروع این مسأله مخالفینی و لو شاذ وجود دارد، از جمله مرحوم صدوق، ابی الصلاح حلبی و أبو علی که همگی از قدماء اصحاب هستند و گفته‌اند: ولد نامشروع از پدر و بستگان پدری ارث نمی‌برد؛ ولی از مادر و بستگان مادری ارث می‌برد. تصوّر ما این است که اینها در کل مسأله قائل به توارث هستند ولی چون پدران، غالباً در فرزندان نامشروع، ناشناخته‌اند، از آن جهت ارث از پدر و بستگان پدری را نگفته‌اند.

دلیل بر این مسأله روایات زیادی است که با صراحت می‌فرماید ولد نامشروع ارث نمی‌برد از جمله، روایت صحیحہ حلبی: ...* عن الحلبي، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: ايما رجل وقع على وليدة (کنیز)

قوم حراماً ثم اشتراها فادعى ولدها فإنه لا يورث منه شيء، فان رسول الله صلى الله عليه وآله قال: الولد للفراش وللعاهر (الزانی)

الحجر ولا يورث ولد الزنا الا رجل يدعى ابن وليدته «۲»

(احتمالاً ذیل روایت به این معنی باشد که مولی می‌گوید این کنیز من بوده و با من زندگی می‌کرده و اگر کسی با آن عمل نامشروع انجام داده و مردّد است که ولد از مولاست یا از شخصی فاجر، وقتی مولی ادعا کند که مال من است ولد برای اوست). امثال این روایت متعدد است، صاحب جواهر می‌فرماید: المعبره المستفیضة «۳».

پس فرزندان نامشروع نه از پدر ارث می‌برند و نه از مادر و معارض شاذ به مسأله ضرر نمی‌زند، چون شهرت قویّه بر خلاف آن است.

ارث این افراد به چه کسی می‌رسد (خودش نامشروع است؛ ولی فرزندان و همسر او مشروع هستند)؟

اگر زن و فرزندان داشته باشد به آنها می‌رسد و اگر نداشته باشد به امام و بیت المال می‌رسد و در زمان ما زیر نظر حاکم شرع در موارد مورد نیاز مصرف می‌شود.

الامر الثاني: حرمت نظر

وقتی قائل شدیم که محارم نسبتی در فرزند نامشروع هست، آیا می‌تواند به مادر، خواهر ... نگاه کند؟ یا فقط حرمت نکاح است؟ در کلمات فقهاء بعضی متعرض آن شده‌اند و ظاهر کلماتشان این است که نظر جایز نیست، از جمله مرحوم صاحب ریاض بعد از آنکه اجماع بر حرمت نکاح را ذکر می‌کند می‌فرماید:

وهو الحجّة (اجماع) دون صدق النسبة في العرف و اللّغة لعدم الاكتفاء بها بمجردّها في الشريعة مع استلزامها ثبوت الاحكام الواقعية كحل النظر (هیچ کس قائل به آن نیست ...) و غیر ذلك من توابع النسب ... و لو احتیط في الجميع كان اولی. «۴» و لصاحب الجواهر کلام یأتی فی الامر الثالث.

و لكن الانصاف: حق این است که بینیم دلیل ما چیست؟ اگر

(۱) جواهر، ج ۳۹، ص ۲۷۴.

(۲) وسائل، ج ۱۷، احکام ارث، احکام ولد ملاءنه، ح ۱، باب ۸.

(۳) جواهر، ج ۳۹، ص ۲۷۵.

(۴) ریاض، ج ۲، ص ۸۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۱۶

دلیل، اجماع تعبدی باشد حق با صاحب ریاض است، چون اجماع منحصر است به نکاح و لا یشمل النظر، و اگر معیار دلیل احتیاط باشد (که بعضی گفته‌اند) باز هم منحصر به نکاح است و لا يجوز النظر، اما اگر دلیل اولاً تناسب حکم موضوع و ثانیاً اولویت نسبت به رضاع باشد، تمام احکام محرمیت جاری می‌شود، وقتی بجهت رضاعی که ۲۴ ساعت شیر خورده نگاه کردن او به مادر و خواهر رضاعیش جایز است، بطریق اولی برای ولد نامشروع که ۹ ماه در شکم مادر بوده، نگاه کردن حلال خواهد بود. به تعبیر دیگر مسئله حلیت نظر یک مسئله جسمانی است نه مسئله حقوقی.

پس اگر به دلیل خامس تمسک کردیم و قائل به حرمت نکاح شدیم، در این صورت حلیت نظر هست و صاحب جواهر ملازمه بین حرمت و جواز نظر را در این مسأله پذیرفته است.

الامر الثالث: دامنه محرمات نکاح

آیا محرمات نکاح منحصر به همان نسبی است (هفت طائفه) یا مصاهرات را هم شامل می‌شود؟ یعنی اگر دختر نامشروع دارای شوهری شود آیا این شوهر با مادرزنش محرم است؟ آیا با مادر زن می‌تواند ازدواج کند؟ همچنین اگر ولد نامشروع بزرگ شد و زانی همسری داشت و طلاق داد آیا ولد نامشروع با زن پدر می‌تواند ازدواج کند؟ اگر خواهری داشت آیا جمع بین الاختین هم در اینجا صادق است؟

ظاهر کلام امام این است که مصاهرات مشکلی ندارد، چون امام عناوین نسبی را فرموده‌اند و سببی را فرموده‌اند. در کلام قوم هم بیشتر، عناوین نسبی مطرح است. مرحوم صاحب جواهر در این مورد مطلبی فرموده‌اند:

«لا ینبغی التأمل فی ان المتجه عدم لحوق حکم النسب فی غیر النکاح، بل ستعرف قوه عدم جریان حکمه فیہ ایضاً فی المصاهرات فضلاً عن غیر النکاح، بل قد یتوقف فی جواز النظر بالنسبه الی من حرم نکاحه مما عرفت. لکن الانصاف عدم خلو الحل (حلیت نظر) من قوه بدعوی ظهور التلازم بین الحکمین هنا (اگر نکاح حرام است، نظر حلال است)، خصوصاً بعد ظهور اتحادهما فی المناط. «۱»

پس اگر معیار دلیل پنجم باشد (که رابطه جسمانی کامل با مادر دارد) مصاهرات را هم شامل می‌شود، و ولد نامشروع نمی‌تواند زن مطلقه پدر را بگیرد و تمام آن احکام جاری می‌شود، بنابراین هم در نسبتات و هم در سببیتات، بلکه بالاتر احکام رضاع هم در اینجا (ولد نامشروع) هست. مثلاً مادر که ولد نامشروع دارد یک ولد رضاعی هم دارد، این احکام نسبت به آن ولد رضاعی هم هست، البته در رضاع کسی را ندیده‌ایم که بحث کند.

۹۹ ادامه مسئله ۲ ... ۲۸ / ۱ / ۸۰

الامر الرابع: نفقه و حضانت و ولایت

آیا نسب بریده شده و حکومت اسلامی و بیت المال باید نفقه ولد حرام را بدهد و یا بر عهده پدر و مادر اوست و هکذا حضانت و ولایت او؟

چیزی در این مورد ندیده‌ایم الا جمله‌ای که ابن قدامه دارد و آن هم فقط در مورد نفقه است:

یحرم علی الرجل نکاح بنته من الزنا و اخته و بنت ابنه و بنت بنته و بنت اخته و اخته من الزنا و هو قول عامیة الفقهاء (اکثریت فقهاء اهل سنت) و قال مالک و الشافعی فی المشهور من مذهبه يجوز ذلك كله ... و لا یجری التوارث بینهما ... و لا تلزمه نفقتها «۲».

در این مسأله روایتی نداریم و اقوالی هم نیست؛ ولی ظاهر اطلاق کلمات علما این است که ولد نامشروع، نفقه و حضانت و ولایت ندارد.

لکن الانصاف: سیره عقلا بر این است که پدر و مادر را بر حضانت و نفقه، ملزم می‌کنند و اگر بگوئیم این سیره تا عصر پیغمبر و ائمه بوده، لا یبعد که این سیره دلیل و حجت شود بر وجوب نفقه بر پدر و مادر، بنابراین الاحوط لو لا الاقوی و وجوب نفقه علی ابویه و کذا حضانته.

الامر الخامس: سایر احکام

آیا احکام ولایت، احکام عاقله، احکام من ینعتی علیه، احکام عدم قصاص والد بر ولد، احکام عدم قبول شهادت ولد بر علیه والد، و همچنین احکام تجهیزات و دفن میت و ... در ولد نامشروع جاری است؟

در این مسأله هم نه کلامی از فقهاء وجود دارد و نه روایتی، باید دید مقتضی اصل چیست؟

در مورد ولایت اصل عدم ولایة احد علی احداست، مگر این که ثابت شود.

در باب قصاص، اصل قصاص است و عدم قصاص دلیل می‌خواهد.

(۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۵۹.

(۲) مغنی، ج ۷، ص ۴۸۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۱۷

در باب عاقله "لَا تَرُؤُا زِرَّةً وَ زِرَّةٌ أُخْرَى" «۱» * داریم.

در باب شهادت، هر کسی که عادل است شهادتش پذیرفته می‌شود و اصل قبول شهادت است.

پس مقتضای اصل، نفی احکام با قید است، و اگر کسی قائل به ثبوت سایر احکام شود باید دلیل بیاورد.

نتیجه: غیر از حرمت نکاح، نظر، نفقه و حضانت، بقیه احکام از ولد الزنا منتفی است و چون دلیلی بر اثبات آن نداریم نمی‌توانیم آنها را جاری کنیم.

مرحوم مامقانی (از بزرگان علماء نجف و نویسنده کتاب تنقیح المقال فی علم الرجال) در کتاب مناہج المتّقین می‌فرماید:

و الاقوی اتحاد ولد الزنا و ولد الحلال فی جمیع احکام النسب عدا الارث فانه لا ارث بین ولد الزنا و اقاربه للنص الخاص و اما فیما عداه فالمرجع اطلاق الادلة لصدق الابن و الاخ و نحوهما لغة و عرفاً.

آیا این فتوای شاذ، صحیح است؟

غیر از ایشان کسی این سخن را نگفته است و اصلاً متعرض این مسأله نشده‌اند و این مطلب صحیح نیست، گرچه در بدو نظر تمسک به صدق عرفی و عمومات و اطلاقات است، ولی می‌دانیم که در مسأله ولد حرام، اصل منقلب شده و هیچ یک از آثار نباید مترتب شود، چون شارع گفته است این ولد، ولد قانونی و شرعی نیست و

الولد للفراس

(نکاح صحیح)

و للعاهر الحجر،

پس این جمله بر تمام اطلاقات ادله حکومت می کند یعنی هر کجا که شارع فرمود: أبناؤکم، آباؤکم ... مراد نسب صحیح (ولد شرعی) است.

ان قلت: عبارت

«الولد للفراش و للعاهر الحجر»

برای جایی است که شک داشته باشیم، یعنی ندانیم که نطفه برای همسر است یا عاهر به عبارت دیگر مربوط به مقام اثبات و شک است که در این صورت شارع فراش را مقدم کرده است. پس این عبارت اصل اولی را منقلب نمی کند.

قلنا: امام صادق علیه السلام در صحیح حلی به این روایت برای مقام ثبوت استدلال کرده؛ ولی آنجائی هم که یقین داریم ولد برای عاهر است باز امام استدلال به قول پیامبر می کند و بعد می فرماید

و لا یورث ولد الزنا...

به این معنی که از قبیل قیاس منصوص العله است (چرا ارث نمی برد؟ چون پیامبر فرموده الولد للفراش) و ارث برای جایی است که ولد از نکاح صحیح باشد، پس این که ارث نمی برد چون علی القاعده است و شارع اصل اولی را عدم اجرای حکم قرار داده.

بنابراین اصل این است که هیچ حکمی جاری نشود مگر مواردی که استثناء شده. مرحوم مامقانی اصل را این گونه معنی می کند که تمام احکام جاری است الا ما خرج بالدلیل ما می گوئیم هیچ یک از احکام جاری نمی شود الا ما خرج بالدلیل.

در مسأله نکاح گفتیم بخاطر اولویت و تلازم حکم و موضوع نکاح فقط مربوط به فرزند قانونی نیست، فعلی هذا نکاح و آنچه که از لوازم نکاح است (مانند نکاح با مصاهرات و رضاع) بالملازمه و اولویت در ولد نامشروع هست.

در مسأله نفقه و حضانت به سیره تمسک کردیم و اینکه سیره عقلا بر این است که پدر و مادر را در مقابل ولد، مسئول می دانند پس اصل (فرزند نیست) منقلب شده است الا ما خرج بالدلیل یعنی بقیه احکام مثل ولایت، قصاص، ارث، عاقله.. داخل در عنوان

«الولد للفراش» است و ولد غیر شرعی حکمی ندارد.

۱۰۰ ادامه مسئله ۲ ... ۲۹ / ۱ / ۸۰

الامر السادس: نکاح فرزندان آدم

اشاره

آیا حرمت نکاح اخوه مع اخوات از زمان حضرت آدم بوده یا در عصر اول مباح بوده است؟

صاحب وسایل در مسئله محرمات نسبیّه عنوانی دارد و می فرماید: تحریم اخت همیشه بوده است، حال اگر قائل به تحریم نکاح اخوه و اخوات از روز اول شویم، مسئله تکاثر و تولید مثل فرزندان آدم معما می شود، چون در آن زمان غیر از اخوه و اخوات کسی نبود

پس فرزندان طبقه بعدی از چه متولد شدند؟

در اینجا مفسرین، علماء کلام و محدثین بحث مفصلی دارند و عمدتاً سه نظر بیان شده است:

نظریه اول: در عصر اول به خاطر ضرورتها، نکاح اخوه و اخوات حلال بوده و بعداً بلافاصله ممنوع شد

(بعضی از معاصرین به این نظر تمایل دارند).

نظریه دوم: به طور قطع ممنوع بوده است،

به دلیل روایات متعددی که در این زمینه است و افزایش نسل از طریق حوریان بهشتی یا جنیان که با فرزندان آدم ازدواج کردند، حاصل شد.

نظریه سوم: آدم، اولین انسان روی زمین نبود

و همانگونه که کتب تاریخی و آثار یافت شده نشان می‌دهد، قبل از او انسانهای دیگری هم بودند و در موقع خلقت آدم، تمام نسل انسانهای پیشین

(۱) آیه ۱۸ سوره فاطر.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۱۸

منقرض نشده بودند، و بقایای نسلهای پیشین با فرزندان آدم ازدواج کردند و ازدواج از اینجا سر گرفت.

بررسی نظریات:

طرفداران نظریه اول برای اثبات مدّعی خود به آیات قرآن و روایات استدلال می‌کنند:

آیات:

آیه اول: «يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا» (۱) منظور از «ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ» در آیه با توجه به قرائن، آدم و حوا است و «شعوب» و قبائل دیگر از این آدم و حوا بوده است و ظاهر آیه نشان می‌دهد که پای نسلهای دیگر یا حوریه و جن در کار نیست، زیرا خلاف ظاهر آیه است.

آیه دوم: «يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ (آدم) وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا (منها حال آیا از دنده آدم یا از باقیمانده گل آدم) وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً.» (۲)

«بَثَّ» به معنی «منتشر ساخت» می‌باشد، پس نسلها در طبقات مختلف از آدم و حوا بوجود آمده است، یعنی تمام فرزندان آدم از یک پدر و مادر بوده‌اند و اگر پای ثالثی در کار بود، قرآن آن را می‌فرمود، پس ظهور بدوی این است که نکاحی بین فرزندان آدم انجام شده است.

ان قلت: شاید منظور آیه، فرزندان خود آدم است (فرزندان بلافصل آدم) چون در روایتی داریم که حضرت آدم علیه السلام بیست پسر و بیست دختر داشته است.

قلنا:

اولاً: اینکه فرزندان آدم زیاد بوده ثابت نیست و حتی از برخی روایات استفاده می‌شود که فرزندان آدم، چهار یا هشت تا بوده است.

ثانیاً: با هدف آیه سازگار نیست چون هدف این آیه همان هدف آیه سوره حجرات است که می‌گفت همه شما از نفس واحدی هستید و فضیلت شما به تقوی است، اگر این دو آیه را شبیه هم بدانیم و هر دو یک هدف داشته باشند روشن می‌شود که رجال و نساء اشاره به فرزندان بلافصل و مع الفصل حضرت آدم است.

۱۰۱ ادامه مسئله ۲ ... ۱ / ۲ / ۸۰

روایات:

روایاتی هم در این زمینه نقل شده است که فرزندان آدم با هم ازدواج کرده‌اند و تحریم بعداً نازل شده است، و عمدتاً دو روایت است (قرب الاسناد و احتجاج)

... عن البرزطی قال سألت الرضا علیه السلام عن الناس: کیف تناسلوا من آدم علیه السلام؟ فقال: حملت حواء، هابیل و اختاً له فی بطن، ثم حملت فی البطن الثانی قابیل و اختاً له فی بطن، فزوّج هابیل التي مع قابیل و تزوّج قابیل التي مع هابیل، ثم حدث التحريم بعد ذلك «۳».

* عن الثمالی قال: سمعت علی بن الحسین علیه السلام یحدّث رجلاً من قریش قال ...: فوُلد له (ای لآدم)

فی کل بطنٍ ذکراً و انثی، فأوّل بطنٍ ولدت حواء هابیل و معه جاریه یقال لها اقلیما، قال: و ولدت فی البطن الثانی، قابیل و معه جاریه یقال لها لوزا، و کانت لوزا اجمل بنات آدم ...

در ادامه می‌فرماید که اینها بزرگ شدند و موقع ازدواجشان رسید، و آدم علیه السلام ترسید که فتنه‌ای برپا شود، چون همزاد قابیل زیبا بود و قابیل نمی‌خواست او را از دست بدهد، آدم علیه السلام تصمیم به قرعه گرفت، (معنای قرعه این است که حتی اگر همزاد هر یک هم، قرعه به نام او در می‌آمد به او داده می‌شد)، طبق قرعه همزاد قابیل به نام هابیل درآمد (یکی از عوامل حسادت قابیل هم همین مورد عنوان شده است).

□

قال: فخرج سهم هابیل علی لوزا اخت قابیل و سهم قابیل علی اقلیما اخت هابیل، قال: فزوّجها علی ما خرج لهما من عند الله (نشان می‌دهد که قرعه در بسیاری از موارد کاشفیت دارد)

، قال: ثم حرم الله نکاح الاخوات بعد ذلك، فقال له القرشی فاولداهما؟ قال: نعم، فقال القرشی: فهذا فعل المجوس اليوم، قال: فقال علی بن الحسین علیه السلام: ان المجوس، انما فعلوا ذلك بعد التحريم من الله. ثم قال علی بن الحسین علیه السلام: لا تُنکر هذا أليس الله قد خلق زوجة آدم منه ثم احلها له؟ فكان ذلك شریعاً من شرائعهم، ثم انزل الله التحريم بعد ذلك «۴».

مرحوم علامه مجلسی بعد از نقل این دو روایت می‌فرماید:

بیان: «هذان الخبران محمولان علی التقیه لاشتهار ذلك بین العامه».

در مستدرک هم روایتی به همین مضامین موجود است.

مرحوم علامه طباطبائی ذیل آیه مورد بحث می‌فرماید:

«اقول و هذا الذی ورد فی الحدیث هو الموافق لظاهر الكتاب و الاعتبار (دلیل عقل یعنی کأن حوریّه و جن تناسبی با انسان ندارد که بتوانند با انسان ازدواج کنند) و هناك روایات اخر تعارضها و هی

(۱) آیه ۱۳، سوره حجرات.

(۲) آیه ۱، سوره نساء.

(۳) بحار، ج ۱۱، ص ۲۲۶، ح ۵.

(۴) بحار، ج ۱۱، ص ۲۲۵، ح ۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۱۹

تدلّ علی أنّهم تزوّجوا بمن نزل الیهم من الحور و الجانّ و قد عرفت الحق فی ذلك «۱».

دلیل قول دوم: روایات کثیره‌ای دلالت بر این قول دارد

و ان تفاوتت ألسنتها.

گروه اول: دسته‌ای از روایات می‌گویند نکاح اخوه و اخوات قبیح است و خدا اولیائش را از این امر قبیح به وجود نمی‌آورد؛ ولی چگونگی ازدیاد نسل را بیان نمی‌کند.

...* عن ابن توبه

(مجهول الحال)

عن زرارة قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام كيف بدو النسل فانّ عندنا اناساً يقولون ان الله اوحى الى آدم ان يزوّج بناته من بنیه و انّ اصل هذا الخلق من الاخوة و الاخوات قال أبو عبد الله عليه السلام: سبحان الله و تعالی عن ذلك علواً كبيراً يقولون من يقول هذا انّ الله جعل اصل صفوة خلقه و احبائه و انبيائه و رسله و المؤمنین و المؤمنات من حرام و لم يكن له من القدرة ما يخلقهم من الحلال و قد أخذ ميثاقهم على الحلال و الطهر الطاهر الطيب و الله لقد ثبت ان بعض البهائم «... ۲»

بحث سندی و دلالتی این حدیث قبلاً بیان شد و بیان شد که مضمون روایت خلاف وجدان است.

...* عن سمع زرارة يقول و ذکر مثله

(روایت قبلی است یا سند دیگر)

و زاد ... ان كتب الله كلّها فی ما جرى فيه القلم فی کلها تحريم الاخوات على الاخوة، مع ما حرّم. الحدیث «۳».

...* عن الاصمغ ابن نباتة، عن امیر المؤمنین علیه السلام فی حدیث ان الاشعث قال له: كيف يؤخذ من المجوس الجزية و لم ينزل عليهم كتاب و لم يبعث اليهم نبي؟ فقال: بلى يا اشعث قد انزل الله عليهم كتاباً و بعث اليهم نبياً و كان لهم ملك سكر ذات ليلة فدعا بابنته الى فراشه فارتكبها فلما اصبح تسامع به قومه فاجتمعوا الى بابه و قالوا: اخرج نظهرك و نقم عليك الحد فقال: هل علمتم ان الله لم يخلق خلقاً اكرم عليه من ابنا آدم و حوا؟ قالوا: صدقت قال: أليس قد زوّج بنیه من بناته و بناته من بنیه؟ قالوا: صدقت هذا هو الدین فتعاقدوا على ذلك فمحي الله العلم من صدورهم و رفع عنهم الكتاب فهم الكفرة يدخلون النار بلا حساب، و المنافقون أسوأ حالاً منهم. «۴»

این روایات قبح و ممنوعیت این کار را بیان می‌کند؛ ولی چگونگی افزایش نسل را بیان نمی‌کند.

گروه دوم: دسته‌ای از روایات می‌گویند که با حوریه ازدواج کردند. «۵»

گروه سوم: دسته‌ای از روایات می‌گویند که با جنّیه ازدواج کردند. «۶»

گروه چهارم: دسته‌ای از روایات می‌گویند که هم با حوریه و هم با جنّیه ازدواج کرده‌اند. «۷»

۱۰۲ ادامه مسئله ۲ ... ۲ / ۲ / ۸۰

این روایات متضاد و متعدد هستند و در کتب روایی و تفسیر نقل شده و به حدی است که علماء اهل سنت هم روایات ما را از طرق شیعه نقل کرده‌اند، از جمله تفسیر المنار در ذیل آیه «وَ اَتْلُ عَلَيْهِمْ نَبأ اِبنی آدَمَ» «... ۸» روایاتی را نقل می‌کند، پس این نظر در بین شیعه معروف بوده است و اهل سنت هم می‌دانستند.

ولی این روایات، علی رغم تکاثر و تضافر خالی از اشکال نیست.

اشکال اول: آیا ممکن است فرزندان آدم با حوریه‌ای ازدواج کنند که «جسم نوری» و یا جثیه‌ای که «جسم ناری» در حالی که از نظر جنس مخالف هم هستند.

ان قلت: درباره قیامت چه می گوئید که معاد جسمانی است و انسانها همسرانی از حوریه هم دارند هرچه در آنجا می گوئید در ما نحن فیه هم بگوئید.

قلنا: ممکن است انسان از غیر همجنس برای لذت جسمانی استفاده کند؛ ولی فرزندی متولد نمی‌شود، پس انسان که جسمی ترابی است در بهشت از حوریه برای لذات جسمانی استفاده می‌کند ولی تولد فرزند بعید می‌باشد و حال آنکه فرض ما در اینجا تولد فرزندان است.

اشکال دوم: این روایات با هم متعارض هستند بعضی می‌گویند صرفاً با حوریه، بعضی می‌گویند صرفاً با جثیه و بعضی می‌گویند با هر دو ازدواج کردند.

اللهم الا ان يقال: روایتی که می‌گوید حوریه، ساکت است از جثیه و یا روایتی که می‌گوید جثیه ساکت است از حوریه. اشکال سوم: بعضی از این روایات خلاف وجدان و آن چیزی است که ما عیناً در خارج می‌بینیم.

(۱) تفسیر المیزان، ج ۴، ص ۱۴۷.

(۲) ح ۴، باب ۳ از ابواب محرمات نسبیّه.

(۳) ح ۵، باب ۳ از ابواب محرمات نسبیّه.

(۴) ح ۳، باب ۳ از ابواب محرمات نسبیّه.

(۵) ح ۱، باب ۳ از ابواب محرمات نسبیّه.

(۶) ح ۶، باب ۳ از ابواب محرمات نسبیّه.

(۷) تفسیر برهان، ذیل آیه ۱ سوره نساء.

(۸) ح ۴، ذیل آیه ۲۷ سوره مائده.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۲۰

اقوال عامه:

چند دسته از عامه (مفسران و مورخان و فقهاء) متعرض این مسأله شده‌اند مفسران در ذیل آیه «وَأْتَلُ عَلَيْهِمْ نَبَأَ ابْنَتِي آدَمَ بِالْحَقِّ إِذْ قَرَّبَا قُرْبَانًا فَتَقَبَّلَ مِنْ أَحَدِهِمَا» «... ۱» این بحث را مطرح کرده‌اند.

چون آنها معتقدند به اینکه فرزندان آدم دوقلو به دنیا آمده‌اند و داستان همزاد قابیل که زیباتر از همزاد هابیل بود و اینکه یکی از عوامل قتل هابیل حسادتی بود که قابیل از این کار داشت، بنابراین در ذیل این آیه روایات مربوط به ازدواج فرزندان آدم را نقل کرده‌اند.

از جمله زمخشری در کشف «۲» و از بین مورخین ابن اثیر در الکامل «۳» و طبری در تاریخ طبری «۴» و مسعودی در مروج الذهب «۵» به این مسأله پرداخته‌اند. ابن اثیر بعد از نقل قصه هابیل و قابیل بیان مفصلی دارد و ازدواج با یکدیگر را ترجیح می‌دهد.

طبری در تاریخش از افراد متعدّد نقل می‌کند.

مسعودی می‌گوید که آدم علیه السلام کوشش کرد که اینها با همزاد خود ازدواج نکنند ولی چون موضع اضطرار بود و راهی

نداشت، هر یک با همزاد دیگری ازدواج کرد.

اهل سنت در بعضی کتابهای فقهیشان مانند مبسوط سرخسی و در بعضی از کتابهای حدیث مانند سنن بیهقی به این مسأله اشاره دارند. ابن ابی الحدید هم در شرح نهج البلاغه اشاره‌ای به آن دارد.

نکته جالب توجه این است که در هیچ یک از این منابع، حدیثی از پیامبر وجود ندارد، بلکه روایات را از صحابه و یا مفسرین یا مورخین نقل کرده‌اند و مستند به پیامبر نیست، بر خلاف ما که روایات ما مستند به معصوم علیه السلام است. احتمال دارد که ریشه این مسأله (ازدواج فرزندان آدم با یکدیگر) از عهدین (تورات و انجیل) باشد. بنابراین قول مرحوم علامه مجلسی که می‌فرمود مشهور بین عامه قول اول است درست است.

بررسی قول اول و دوم:

قول اول دو روایت داشت که دلالتش صریح بود، اما سندش غیر معتبر؛ ولی ظاهراً موافق کتاب الله و در قول دوم روایات متضافر و بعضی صحیح‌السند، موافق با شهرت و مخالف عامه؛ ولی مخالف ظاهر کتاب الله بود.

بین این دو قول چه کنیم؟ آیا ظاهر کتاب را بگیریم یا شهرت را.

در اینجا لا یبعد که کسی بگوید، چون از آن مواردی است که یزید علمه الی اهل و از احکام عملیه‌ای نیست که مبتلی به باشد، لذا توقف می‌کنیم و اگر در این مورد سؤال شود، اینطور نیست که جوابی نداشته باشیم، بلکه می‌گوئیم دو دسته روایت نقل شده است و هر دو قول را نقل می‌کنیم. ممکن است کسی بگوید قول دوم قوی‌تر است و لذا خیلی‌ها به آن تمایل دارند؛ ولی لولا مخالفت ظاهر کتاب قول دوم ترجیح دارد.

تا اینجا دو قول معروف را مطرح کردیم و قائل به توقف شدیم.

قول سوم: نکاح ابناء آدم با نسل دیگری از انسان بوده است

منتهی انسانهایی که قبل از آدم بوده و منقرض نشده بودند. برای این مطلب سه قرینه ذکر شده است.

۱- اقوال مورخین از جمله ناسخ التواریخ که می‌نویسند، قبل از آدم انسانها و تمدنها و سلاطین متعددی بوده‌اند، و شاید قرآن هم در آیه «فَالْوَالِدَاتُ يُغْضَبْنَ فِيهَا وَيُنْفَسِدْنَ فِيهَا وَ يَشْفِكُ الدِّمَاءَ» (۶) به این مسأله اشاره داشته باشد، زیرا اگر انسانی قبل از آدم نبود، ملائکه از کجا می‌دانستند که او خونریز است؟

۲- علم امروز می‌گوید که انسانها از میلیونها سال پیش وجود داشتند درحالی که هبوط آدم را به چند هزار سال قبل برمی‌گردانند.

۳- روایات متعددی داریم که می‌گوید قبل از آدم، انسانهایی بوده‌اند از جمله روایاتی است که مرحوم صدوق در کتاب توحید و کتاب خصال دارد.

در خصال از امام باقر علیه السلام نقل می‌کند:

* بلی و الله لقد خلق الله تبارک و تعالی الف الف عالم و الف الف آدم أنت فی آخر تلك العوالم و اولئك الادمیین (۷).

در توحید صدوق (۸) نیز مطلب نقل شده است.

صاحب تفسیر المنار همین روایت صدوق و روایت دیگری را از امام صادق علیه السلام نقل کرده است:

* إن لله تعالی اثنی عشر الف عالم کل عالم منهم اکبر من سبع سماوات و سبع ارضین ما یری عالم منهم أن لله عز و جلّ عالماً غیرهم (۹).

بنابراین مطابق این نظریه قبل از آدم انسانهایی بوده‌اند و ما اولین

(۱) آیه ۲۷، سوره مائده.

(۲) کشف، ج ۱، ص ۶۲۴.

- شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ ه
ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۲، ص: ۱۲۰
(۳) الکامل، ج ۱، ص ۵۴۱.
(۴) تاریخ طبری، ج ۱، ص ۹۲.
(۵) مروج الذهب، ج ۱، ص ۳۱.
(۶) آیه ۳۰، سوره بقره.
(۷) آخرین حدیث کتاب خصال.
(۸) ح ۲، باب ۳۸.
(۹) تفسیر المنار، ج ۴، ص ۳۲۵.
کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۲۱

انسان روی زمین نیستیم و دلیلی نداریم که تمام انسانهایی که قبل از آدم بوده‌اند منقرض شده باشند. بنابراین ممکن است ازدواج فرزندان آدم با بقایای انسانهای پیشین صورت گرفته باشد، البته دلیلی بر این مطلب نداریم ولی قول سوم مشکل ازدواج حوریه با انسان را که تولد فرزند از آن ممکن نبود، حل می‌کند؛ ولی مشکل مخالفت ظاهر کتاب الله که در قول دوم بود در قول سوم هم بقوت خویش باقی است.

ان قلت: آدم اولین انسان روی زمین نبوده و قبل از او انسانهای دیگری بوده‌اند، این مطلب با جمله‌ای که حضرت علی علیه السلام در خطبه اشباح دارد نمی‌سازد:

فلما مهد ارضه و انفذ امره، اختار آدم خیره من خلقه و جعله اول جبلته «۱».

قلنا: اگر به معنی «جبله» مراجعه شود جواب روشن می‌شود، کوه و جمعیت‌های زیاد را «جبله» می‌گویند، معنی دیگر جبله طبیعت (فطرت) است و فطرت انسان هم مانند کوه قابل جابجائی نیست.

جبله به معنای انسان برجسته هم آمده است و منافات ندارد که انسانهای دیگری قبل از آدم بوده‌اند ولی انسان برجسته نبودند. هذا غایه ما فی الباب و ما اصراری در انتخاب یکی از اقوال نداریم چون مربوط به شریعت نیست و نیازی به فتوی ندارد و توقف می‌کنیم.

[مسأله ۳ (وطء الشبهه)]

اشاره

۱۰۳ مسئله ۳ (وطء الشبهه ...) ۳ / ۲ / ۸۰

مسأله ۳: المراد بوطء الشبهه الوطء الّذی لیس بمستحق مع عدم العلم بالتحريم، كما اذا وطء اجنبيّه باعتقاد أنّها زوجته، أو مع عدم الطريق المعتبر عليه بل أو الاصل كذلك، و مع ذلك فالمسأله محل اشكال (صورت دوم که شك دارد محل اشكال است که آیا

وطی به شبهه است یا نه)
و يلحق به (وطی به شبهه)
وطء المجنون و النائم و شبههما (ای غیر بالغ)
دون السكران اذا كان سكره بشرب المسكر عن عمدٍ و عصيان.

عنوان مسأله:

این مسأله در مورد وطی به شبهه است که مسئله بسیار مهمی است و در همه جای فقه با مسئله ولد شبهه برخورد می‌کنیم. مرحوم امام در این مسأله سراغ مصداق وطی به شبهه می‌رود، چون حکم آن را در مسئله قبل با یک کلمه بیان کردند (و يلحق به ولد الشبهه) و در اینجا بحث صغروی می‌کنند؛ ولی ما هم کبروی بحث می‌کنیم و هم صغروی.

صور مسأله:

اشاره

مرحوم امام (ره) چهار صورت را متذکر شده‌اند:
۱- آنجائی که علم دارد. ۲- مجنون و نائم و صغیر. ۳- جائی که شک به زوجیت داشته باشد و وطی کند. ۴- سکرانی که عمداً مست شده است.
مرحوم امام دو صورت اول را از مصادیق مسلم وطی به شبهه گرفته‌اند؛ ولی دو مورد آخر را از موارد مشکوک برشمرده‌اند.
المسألة فی مقامین:
در مسأله در دو مقام بحث می‌کنیم:

مقام اول: وطء الشبهه يلحق بالنسب (کبری)

اشاره

فقهاء در مورد حکم، مسأله را مسلم گرفته‌اند، (ارسلوه ارسال المسلمات) صاحب جواهر در مورد وطی به شبهه حدوداً دوازده صفحه صحبت می‌کند که فقط یک خط در مورد کبری و بقیه در مورد صغری است، عبارت جواهر چنین است:
و کذا یثبت النسب مع الشبهه اجمالاً بقسمیه «۲»
مرحوم آقای حکیم در مستمسک ذیل کلام صاحب عروه جمله کوتاهی در مورد حکم مسأله بیان می‌کند و سپس شش صفحه در مورد موضوع وطی به شبهه بحث می‌کند.
مرحوم شهید ثانی در مسالک خیلی کوتاه‌تر از صاحب جواهر حکم را بیان می‌کند و می‌فرماید:
و يلحق به وطء الشبهه و المراد به «...۳»

ادله:

دلایل این مسأله چیست؟

۱- اجماع.

۲- شمول عمومات.

۳- عدم شمول روایات.

ولدی از وطی شبهه متولد شده است عنوان ولد بر او صادق است و ولد حرام هم نیست، پس عناوین شامل او می شود.

ما در فرزند نامشروع روایت داریم که شارع نسب را قبول نکرده،

(الولد للفراس و للعاهر الحجر)

؛ ولی در مورد وطی شبهه چنین گفته نشده است و عموماتی که در تمام ابواب داریم شامل وطی به شبهه می شود و روایات نافیہ مخصوص زناست.

(۱) خطبۀ ۹۱ نهج البلاغہ.

(۲) ج ۲۹، ص ۲۴۴.

(۳) مسالک، ج ۷، ص ۲۰۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۲۲

مقام دوم: ما الوطء بالشبهه؟ (صغری)

اشاره

در موضوع مسأله بحث زیادی مطرح است. موارد مسلمی دارد که همه آن را قبول دارند و موارد مشکوکی هم دارد که محلّ دعوا است.

موارد وطی شبهه:

مجموعه آن ده مورد است:

۱- اذا وطء امرأه مع اعتقادٍ قطعی أنّها امرأته.

۲- اذا وطئها مع قیام دلیل شرعی معتبر (مثلاً دو شاهد عادل شهادت دادند که صیغه خوانده شده است و وطی حاصل شد، ولی بعداً معلوم شد که عقد خوانده نشده بود).

۳- اذا وطئها مع قیام اصل شرعی کالاستصحاب (مثلاً در عدّه رجعی فکر می کرد که عدّه اش تمام نشده است، بمقتضای استصحاب رجوع نموده و وطی کرد، ولی بعداً معلوم شد که عدّه تمام شده).

۴- اذا وطئها مع الظنّ غیر المعتمد (مثلاً گمان می کرد که عقد خوانده شده و وطی کرد. این ظن غیر معتبر است که بعضی آن را وطی به شبهه می دانند و بعضی نمی دانند).

۵- اذا وطئها مع الشکّ أو الوهم (مثلاً وطی کرده در حالی که شک داشته یا احتمال می داده که زوجه اوست).

۶- اذا وطء امرأة يعلم حرمتها عليه اكرهاً و جبراً (مثلاً مردی زنی را تهدید کند و وطی کند، از ناحیه زوج زنا به عنف است ولی از ناحیه زوجه وطی به شبهه است یا شخص ثالثی زن و مردی را وادار به وطی کند).

۷- اذا واقعها اضطراراً (حدیثی در کتاب حدود داشتیم که زنی متهم به زنا با مردی بود که از باب اضطرار زن راضی به وطی شده بود).

۸- اذا واقعها فی حال الجنون أو فی حال الصغر، (حالی که مکلف نیست).

۹- اذا واقعها فی حال النوم (ذاتاً مکلف است ولی موقتاً حالت نوم دارد که تکلیف را برمی‌دارد).

۱۰- اذا واقعها فی حال السكر و صورت دارد، یکی عمدی و دیگری غیر عمدی است (این شاخه از مسأله ملحق به وطی به شبهه است).

البته همه این موارد را می‌توان در چند عنوان خلاصه کرد:

۱- عنوانی که حجت شرعی دارد (یقین، اصل یا دلیل شرعی).

۲- عنوانی که احتمال حجت شرعی می‌دهد (ظن، شک، وهم).

۳- غیر مکلف (غیر بالغ، نائم، مجنون، سکران).

۴- اضطرار، اکراه و اجبار.

۱۰۴ ادامه مسئله ۳ ... ۴ / ۲ / ۸۰

تعریف وطی به شبهه:

مرحوم صاحب جواهر از افراد مختلف برای وطی به شبهه سه تعریف نقل می‌کند:

تعریف اول:

أنه (وطی به شبهه) الوطاء الذی لیس بمستحقّ فی نفس الامر مع اعتقاد فاعله الاستحقاق او صدوره عنه بجهالة مغتفره فی الشرع (جاهل قاصر) او مع ارتفاع التکلیف (مکره، نائم، مجنون، مضطر) بسبب غیر محرم (سکران عن عمد) «۱».

تعریف دوم:

أنه الوطاء الذی لیس بمستحقّ مع ظن الاستحقاق «۲» (که تمام احکام ظن را ظاهراً شامل می‌شود، اما مواردی مثل اجبار و اضطرار و اکراه و نائم داخل در مسأله نیست).

تعریف سوم:

الوطاء الذی لیس بمستحقّ مع عدم العلم بالتحريم «۳» (عدم العلم، شک و وهم را هم شامل می‌شود).

این تعاریف بعضی ظن و بعضی عدم العلم و بعضی تمام موارد را شامل می‌شود. در برابر تمام این تعاریف سؤالی مطرح است. مأخذ این تعاریف کجاست؟

آیا معنی لغوی شبهه است یا معنی شرعی؟ اینها ادعاهائی بدون دلیل است و عقیده ما این است که از راه خوبی به مسئله وطی به شبهه وارد نشده‌اند. کلمه وطی به شبهه در هیچ روایتی نیست بلکه در معاهد اجماعات است، و بیان خواهیم کرد که ظاهراً اجماع مدرکی است و به درد ما نمی‌خورد، البته حدیث مرسله‌ای که در آن لفظ وطی به شبهه آمده است و فقط دو مورد از ده مورد را شامل می‌شود، وجود دارد:

* و رواه علی بن ابراهیم فی تفسیره مرسلًا اَلَا اِنَّهٗ قَالَ: سَتَّهٗ نَفْر،

شش نفر را نزد عمر بردند، عمر دستور داد که همه را حد بزنند، علی علیه السلام حاضر بود و فرمود که این حد درست نیست و دستور داد

(۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۴۴.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۴۸.

(۳) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۴۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۲۳

یکی را رجم کردند، دیگری را حد زدند و دیگری را نصف حد زدند، چهارمی را معاف کرد و پنجمی را فرمود تعزیر کنید. حضرت تک تک موارد را توضیح داده و در مورد پنجمی فرمود:

ثم قال: و اما الخامس فکان ذلک عنه بالشبهه فعزناه و ادبناه. «۱»

منظور از شبهه چیست؟ در روایت تفسیری در مورد آن نشده است، احتمالاً مربوط به جایی است که شخص مقصّر بوده (صورت ظنّ و شک) که حدّ زنا ندارد ولی تعزیر و تأدیب دارد، و الا اگر قاصر بود، تعزیر نداشت. اگر این حدیث سندی داشت فی الجمله مشکل را حل می کرد، البته فقط در موارد محدود.

پس کاری با تفسیر کلمه وطی به شبهه نداریم، چون وقتی به دنبال تفسیر کلمه می رویم که یا در آیه باشد یا در روایت یا در معقّد اجماع تعبّدی؛ ولی هیچ یک در اینجا نیست پس تفسیر وطی به شبهه را کنار می گذاریم.

ان قلت: اگر چنین است چرا کلمه وطی به شبهه را مرتّباً تکرار می کنید؟

قلنا: منظور ما از وطی به شبهه همان عناوین عشره است. و این لفظ بار فقهی ندارد. کلید حل مسأله این است که احکامی را که درباره نسب صحیح و زنا هست، در نظر بگیریم و بینیم احکام این عناوین عشره با احکام نکاح صحیح مطابق است یا با احکام زنا.

طریقه ورود به مسأله:

اشاره

زنا و نکاح احکامی دارد و برای ملحق کردن وطی به شبهه به نکاح، باید این احکام را بررسی کنیم.

تفاوت بین نکاح و زنا:

چهار فرق است که بین زنا و نکاح بیان کرده اند:

۱- حد: زنا حد دارد و نکاح حد ندارد.

۲- مهر: زنا مهر ندارد ولی نکاح مهر دارد.

۳- عدّه: زنا عدّه ندارد (البته محل بحث است که بعضی عدّه آن را یک حیض می دانند) ولی نکاح عدّه دارد.

۴- نسب: زنا نسب درست نمی کند (للعاهر الحجر) ولی نکاح نسب دارد.

۱۰۵ ادامه مسئله ۳ ... ۵ / ۲ / ۸۰

راه بررسی:

اشاره

اکنون که می‌خواهیم بگوئیم وطی به شبهه ملحق به نکاح است باید ببینیم در چند مورد از این احکام ملحق به نکاح است؟ برای بررسی این احکام در مورد وطی به شبهه دو راه داریم:
 ۱- از طریق قاعده. ۲- از طریق روایات خاصه پراکنده، که فی الجمله مسأله را بیان می‌کند.

۱- از طریق قاعده:

اشاره

هل وطء الشبهه بحکم العقد فی جمیع هذه الاحکام الاربعه؟

در اینجا چهار حکم عمده داریم:

۱- حد:

وطی به شبهه ملحق به نکاح است و حد ندارد مگر آنجائی که حجت شرعی نداشته است مثلاً احتمال می‌داد که شوهرش مرده و شوهر کرد، در اینجا استصحاب می‌گوید که شوهر نمرده است و حجت شرعی ندارد، پس اگر معلوم شد که شوهر زنده است، زن را حد می‌زنیم و یا مثلاً مست عصبیانی عمدی که می‌دانست اگر مست شود سراغ این موارد می‌رود، معذور نیست پس قاعده اقتضا می‌کند که در تمام مواردی که معذور است حد شرعی ندارد (وطء الشبهه ملحق بالنکاح فی الموارد التي هو معذور بمقتضى القواعد).

۲- مهر:

روایت می‌گوید:

لا مهر لبغی

، اما کسی که خطائی کرده و در خطایش معذور بوده، محترم است و بغی نیست و لذا باید مهریه بدهد (مهر المثل) و در مواردی که معذور نیست مهر ندارد و عنوان بغی صدق می‌کند.

۳- عده:

اشاره

علما اجماع دارند که در موارد وطی به شبهه عده هست. صاحب جواهر می‌فرماید: لا خلاف فیہ و لا اشکال «۲»، دلیل مسأله غیر از اجماع روشن است، چون اگر نطفه‌ای منعقد شود حلال و محترم است و لذا عده دارد و اما در مواردی که معذور نبود حکم زنا دارد.

آیا زنا عده دارد؟

این مسأله محل بحث است، مرحوم صاحب عروه «۳» در این باره بحثی دارد. ایشان می‌فرماید روایاتی داریم که می‌گوید باید عده نگه دارد: «و الاحوط الاولی ان یکون بعد استبراء رحمها بحیضه من مائه». (یک بار حائض شود برای او کافی است) ایشان

می‌خواهد بفرماید که عده مستحب است و یا بدون عده کراهت دارد ولی ما قائل به احتیاط هستیم. مرحوم شهید ثانی می‌فرماید: اگر عده نگه ندارد و فرزندى متولد شود معلوم نیست که از اوست یا نه.

(۱) وسائل، ج ۱۸، ح ۱۷، باب ۱ از ابواب حدّ زنا.

(۲) جواهر، ج ۳۲، ص ۲۴۶.

(۳) عروه، احکام نکاح، فصل ۴، مسئله ۱۷، ص ۸۲۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۲۴

بحث ما در عده زنا نیست، بلکه در عده وطی به شبهه است که گفتیم مثل عده زنا مزوجه است و لذا بحث عده زانیه در جای خودش بحث خواهد شد.

۴- نسب:

المشهور الحاق النسب فی جميع احکام، حتّى الارث، ما در مسئله نکاح، زنا را به نسب ملحق کردیم؛ پس وطی به شبهه را هم ملحق می‌کنیم و «للعاهر الحجر»

در اینجا جاری نیست، چون اب و ابن وام ... صادق است و شارع نفی نسب نکرده است، پس ولد شبهه ملحق به ولد نکاح است، در حضانت، ارث، نکاح ...، البته در مواردی که معذور است تمام احکام نکاح جاری است و در جائی که معذور نیست احکام زنا جاری می‌شود.

نتیجه:

طبق قاعده در بررسی احکام، وطی به شبهه به نکاح ملحق می‌شود، به شرط اینکه معذور باشد.

جمع‌بندی:

تعاریف را کنار گذاشتیم و گفتیم مشکلی را حل نمی‌کند چون در کتاب و سنت وطی به شبهه نداریم پس باید سراغ احکام برویم و از طریق قاعده وارد شویم که علی القاعده در آنجائی که معذور است، ملحق به نکاح می‌شود.

۱۰۶ ادامه مسئله ۳ ... ۸ / ۲ / ۸۰

۲- روایات خاصه:

در این روایات کلمه وطی به شبهه نیست، ما هستیم و مصادیق آن، و حتّى تمام احکام هم در یک روایت بیان نشده است، بلکه در روایات یا بیان حکم عده، یا مهریه، یا حکم ولد و یا عدم حد شده است. اسناد بعضی از این روایات، معتبر، و بعضی مشکل دارد؛ ولی اگر این روایات را کنار هم بگذاریم شاید بتوانیم یک قانون کلی که در کلمات علماء آمده و از قواعد استفاده کردیم، از آن استخراج کنیم.

از طرف دیگر، تمام مصادیق شبهه در این روایات نیست، بلکه غالباً مسئله جهل است، و گاهی جنون. این روایات عمدتاً در سه باب آمده است:

... عن زرارة، عن ابي جعفر عليه السلام قال: اذا نعى الرجل الى اهله أو خبروها أنه طلقها فاعتدت ثم تزوجت فجاء زوجها بعد، فإن الأول احق بها من هذا الرجل، دخل بها أو لم يدخل بها (زوج اول)

، و لها من الآخر المهر بما استحل من فرجها، قال: و ليس للآخر ان يتزوجها ابداً «۱»
(چون ازدواج به ذات بعل عن جهل مع الدخول است).

در روایت فقط مسئله مهر بیان شده است و در مورد ولد و عدّه صحبتی نیست، منتهی بحث در این است که آیا این روایت معذور و غیر معذور را شامل می‌شود (عام) یا مواردی را شامل می‌شود که دلیل شرعی داشته باشد (خاص)؟
ظاهراً شامل جائی است که دلیل شرعی دارد و معذور است، پس این روایت از دو جهت محدود است، از جهت حکم فقط شامل حکم مهر است و از نظر مورد هم شامل موردی است که دلیل و حجت شرعی دارد.

... عن محمد بن مسلم، عن ابي جعفر عليه السلام قال: سألت عن رجلين شهدا على رجل غيب عند امرأته أنه طلقها فاعتدت المرأة و تزوجت ثم ان الزوج الغائب قدم فزعم (ای علم)

أنه لم يطلقها فاكذب نفسه احد الشاهدين، فقال: لا سبيل للاخير عليها
(چون نکاح به ذات بعل است)

و يؤخذ الصداق من الذی شهد فیرد علی الاخير، و الاول املك بها و تعتد من الاخير و لا یقرّبها الاول حتی تنقضی عدتها «۲».
در این روایت حکم مهریه و عدّه بیان شده است و معلوم می‌شود که مهریه ثابت است و زن باید عدّه نگه دارد و مورد روایت در جائی است که شخص از طریق معتبر اقدام کرده است.

... عن محمد بن قيس قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل حسب اهله أنه قد مات او قتل فنكحت امرأته و تزوجت سرّيته (کنیزش)

و ولدت كل واحد منهما من زوجها فجاء زوجها الاول و مولى السريه، قال: فقال: يأخذ امرأته فهو احقّ بها و يأخذ سرّيته و ولدها
(چون از کنیز او استیلاذ شده است)

أو يأخذ (مولى)

رضا من ثمنه «۳»
(ای ولد).

ذیل روایت به این معنی است که مولى ثمن ولد را از شوهر کنیز می‌گیرد؛ ولی ما قاعده‌ای داریم که ولد شخص حرّ نمی‌تواند عبد باشد، پس در ما نحن فیه، حدّ اکثر این است که وطی به شبهه بوده، و چون ولد، حر شده است (در واقع منفعت مولى فوت شده است) مولى باید ثمن بچه را (اگر عبد بود چه قیمتی داشت) بگیرد. پس مولى ولد را به عنوان گروگان برای اخذ ثمن نگه می‌دارد. طبق این تفصیل ولد، مال شوهر کنیز می‌شود. پس از این روایت فقط حکم الحاق ولد استفاده می‌شود.

... عن زرارة، عن ابي جعفر عليه السلام قال: اذا نعى الرجل الى اهله او خبروها أنه قد طلقها فاعتدت ثم تزوجت فجاء زوجها الاول، قال:

(۲) ح ۲، باب ۳۷ از ابواب عدد.

(۳) ح ۳، باب ۳۷ از ابواب عدد.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۲۵

الاول احقّ بها من الآخر دخل بها او لم يدخل بها، و لها من الآخر المهر بما استحلّ من فرجها «۱»
(این روایت در واقع همان روایت قبلی زراهره است).

... عن ابی بصیر و غیره، عن ابی عبد الله علیه السلام انه قال فی شاهدین شهدا علی امرأه بانّ زوجها طلقها أو مات عنها فتزوجت
ثم جاء زوجها، قال: یضربان الحدّ

(به معنی تعزیر است چون در این مورد حد نداریم)

و یضمنان الصداق للزوج بما غراه ثم تعتدّ و ترجع الی زوجها الاول «۲».

این روایت حکم صداق و مهر را بیان می کند و مورد هم در جایی است که طریق معتبر دارد.

... عن ابن بکیر او عن ابی العباس، عن ابی عبد الله علیه السلام فی المرأة تزوج فی عدتها، قال: یفرّق بینهما و تعتدّ عدّة واحدة
منهما جميعاً «۳»

(ممکن است طریق شرعی داشته باشد یا احتمال می داده است؛ ولی تعدد محض را شامل نمی شود).

شاهد در این است که مقدار باقی مانده از عدّه زوج اول با عدّه وطی به شبهه تداخل می کند، پس وطی به شبهه عدّه دارد، منتهی از
نظر مورد، احتمال دارد که عام باشد و جایی را هم که دلیل معتبر شرعی ندارد شامل شود.

۱۰۷ ادامه مسئله ۳ ... ۸۰ / ۲ / ۹

... عن زراره، قال: سألت أبا جعفر علیه السلام عن امرأة نعى إليها زوجها فاعتدت
(عدّة وفات)

فتزوجت فجاء زوجها الاول ففارقها و فارقها الآخر، کم تعتدّ للنّاس؟ قال: بثلاثة قروء
(حیض)

و أنّما یستبرأ رحمها بثلاثة قروء، تحلّها للنّاس کلّهم، قال زراره: و ذلك أنّ اناساً
(فقهاء عامّه)

قالوا: تعتدّ عدّتين لكل واحدة عدّة، فأبی ذلك أبو جعفر علیه السلام و قال: تعتدّ ثلاثة قروء فتحلّ للرجال «۴».
نکاتی از این حدیث استفاده می شود:

نکته اول: روایت می گوید عدّه واحده بجا می آورد. آیا این عدّه مربوط به شوهر اول است یا شوهر دوم؟ روایت دو احتمال دارد:

۱- عدّه برای شوهر اول است و دومی که وطی به شبهه است، عدّه نمی خواهد (شاهدی بر بحث ما نیست).

۲- ادغام دو عدّه (وطی به شبهه و طلاق) که اگر چنین باشد، شاهد برای بحث ما است.

و لکنّ الإنصاف: ظاهراً تداخل عدّتين است، چون راوی می گوید که اهل سنّت دو عدّه قائل هستند و امام می فرماید دو عدّه
متداخل هستند.

نکته دوم: اهل سنّت هم مسئله وطی به شبهه را مثل نکاح می دانند بلکه شدیدتر، به طوری که دو عدّه قائلند، یک عدّه برای طلاق
شوهر اول و یک عدّه برای وطی به شبهه از شوهر دوم.

نکته سوم: آیا این زن از طریق معتبر باخبر شده یا اینکه اعم از طریق معتبر و غیر معتبر؟ اگر بگوئیم مراد عام است (طریق معتبر و غیر
معتبر)، بسیاری از شقوق مسأله را شامل می شود و اگر بگوئیم خاصّ است، فقط شامل طرق معتبر می شود. روایت از این جهت در

مقام بیان نیست و بعید نیست که بگوئیم مراد خاص است.

... عن یونس عن بعض اصحابه

(حدیث مرسله است)

فی امرأ نعی الیها زوجها فتزوّج ثم قدم زوجها الاوّل فطلّقها و طلقها الآخر

(دومی که طلاق لازم ندارد، پس منظور طلاق لغوی به معنی رها کردن است)

، فقال ابراهیم النخعی: علیها ان تعتدّ عدّتین، فحملها زرارۃ الی ابی جعفر علیہ السلام فقال: علیها عدّۃ واحدۃ. «۵»

... عن جمیل عن بعض اصحابه

(روایت مرسله است)،

عن احدهما

(امام باقر یا امام صادق) علیه السلام

فی المرأۃ تزوّج فی عدّتها قال:

یفترّق بینهما و تعتدّ عدّۃ واحدۃ منهما جمیعاً

(صراحت دارد که عدّه برای هر دو است، هم وطی به شبهه و هم عدّه‌ای که در آن بوده است)

و ان جاءت بولد لستّه أشهر أو اکثر فهو للاخیر و ان جاءت بولد للاقل من ستّه أشهر فهو للاوّل. «۶»

ظاهراً نکته‌اش این است که فراش موجود فعلی، دوّمی است، و ولد شبهه حکم فراش دارد، اگر شش ماه یا بیشتر باشد که به دومی

بخورد، دومی مقدم است، امّا اگر به فراش دوّم نخورد (مثلاً پنج ماهه ولدی آورد) معلوم می‌شود که برای فراش اول است. روایت

صریحاً ولد را منتسب می‌داند و تمام احکام ولد را در وطی شبهه جاری می‌داند.

تا اینجا نه حدیث بیان شد که بعضی حکم عدّه، بعضی حکم مهر و بعضی حکم ولد را بیان می‌کرد، دو حدیث دیگر هم داریم که

در باب شبهه به معنی اشتباه نیست، بلکه برای اکراه و اجباری است که از مصادیق وطی به شبهه قرار دادیم.

(۱) ح ۴، باب ۳۷ از ابواب عدد.

(۲) ح ۵، باب ۳۷ از ابواب عدد.

(۳) ح ۶، باب ۳۷ از ابواب عدد.

(۴) ح ۱، باب ۳۸ از ابواب عدد.

(۵) ح ۲، باب ۳۸ از ابواب عدد.

(۶) ح ۱۴، باب ۱۷ از ابواب مصاهرات.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۲۶

... عن محمّد بن عمرو بن سعید، عن بعض اصحابنا

(حدیث مرسله است ولی معمول بها است)

قال: أتت امرأۃ الی عمر فقالت: یا امیر المؤمنین انّی فجرت فاقم فی حدّ الله، فأمر برجمها و کان علی علیہ السلام حاضرّاً فقال له:

سلها کیف فجرت؟ قالت: كنت فی فلاة من الارض فأصابنی عطش شدید، فرفعت لی خیمۃ فأتيتها فأصبت رجلاً اعرابیاً، فسألته الماء

فأبی علیّ أن یسقینی الا ان امکنه من نفسی، فولّیت منه هاربه، فاشتدّ بی العطش حتّی غارت عینای و ذهب لسانی، فلما بلغ منّی

(در آستانه مرگ قرار گرفتم)

آیته فسقانی و وقع علیّ، فقال له علیّ علیه السلام: هذه التي قال الله عزّ وجلّ:
«فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ» * هذه غير باغية ولا عادية اليه فخلّ سبيلها
(بگذار برود)

، فقال عمر: لو لا علی لهلك عمر. (۱)

در اینجا تنها حکم عدم حدّ است، پس وقتی حدی نباشد، زنا نیست و وقتی زنا نبود بالملازمه نسب، و مهر و عده هست.

* محمد بن محمد المفید فی الارشاد

(سند ندارد)

قال: روى العامة و الخاصة

(حدیثی است مشهور بین شیعه و اهل سنت که شهرتش قابل توجه است)

انّ امرأة شهد عليها الشهود أنّهم وجدوها في بعض مياه العرب مع رجل يظأها و ليس ببعل لها، فأمر عمر برجمها، و كانت ذات بعل

(رجم زنی شوهردار در جائی است که همسرش صبح و شام با اوست؛ ولی زنی که در بیابان است شرایط رجم را ندارد)

فقال: اللهم أنّك تعلم أنّي بريء، فغضب عمر و قال: و تجرح

(تُكذِّبُ)

الشهود ايضاً؟! فقال امير المؤمنين عليه السلام: ردّوها و اسألوها فلعلّ لها عذراً، فردت و سئلت عن حالها، فقالت: كان لاهلي ابل

فخرجت مع ابل اهلي و حملت معي ماء و لم يكن في ابلي لبن، و خرج معي خليطنا و كان في ابل له، فنقد مائي فاستسقيته فأبى أن

يسقيني حتّى امكّنه من نفسي فأبيت، فلما كادت نفسي أن تخرج امكّنته من نفسي كرهاً، فقال امير المؤمنين عليه السلام: الله اكبر

«فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ» فلما سمع عمر ذلك خلى سبيلها. (۲)

جمع بندی: مجموعاً یازده روایت نقل کردیم. بعضی در مورد اکراه، بعضی در مورد یقین و بعضی در مورد ظنّ است، بعضی حکم

نسب، بعضی حکم حد و بعضی حکم مهر را بیان می کند. اگر همه را به هم ضمیمه کنیم و از مورد، الغاء خصوصیت کنیم از

مجموع، یک قاعده کلیه استخراج می شود.

لا یبعد، در تمام مواردی که وطی به شبهه معذور است (هشت مورد از ده مورد) احکام عقد صحیح جاری است (مهر، نسب، عده،

و عدم حد)

اضف الی ذلك: اگر مقتضای قاعده را به آن ضمیمه کنیم دیگر اشکالی در مسأله باقی نمی ماند و نیاز به الاحوط نیست و احکام

نکاح صحیح جاری می گردد.

۱۰۸ ادامه مسئله ۳ ... ۱۰ / ۲ / ۸۰

بقی هنا اموز:

الامر الاوّل: در وطی به شبهه نسبت به مواردی که شخص معذور نیست چه حکمی جاری می کنیم؟

آیا احکام زنا جاری می شود؟ بعنوان مثال اگر زن، ظنی پیدا کند که شوهرش از دنیا رفته یا او را طلاق داده و با این ظن، شوهر

کند، ولی بعداً معلوم شود که شوهرش نمرده یا او را طلاق نداده، امر او چگونه است؟

مرحوم صاحب جواهر (۳) این مسأله را در جواهر مطرح و حقّ مسأله را ادا کرده است.

این مسأله شقوقی دارد:

۱- ظنّ معتبر باشد (دو شاهد عادل)، در این صورت بلا اشکال داخل در وطی به شبهه بوده و ولد ملحق به نسب صحیح و تمام احکام نکاح ثابت است.

۲- ظنّ غیر معتبر باشد که دو حالت دارد:

الف) می‌داند ظنّ غیر معتبر است و به ظنّ غیر معتبر نباید اعتنا کرد (عالم بالحکم و الموضوع)، در این صورت اگر ازدواج کند زناست و تمام احکام زنا جاری می‌شود.

ب) نمی‌داند که شرعاً این کار جایز نیست و لو قادر بر فحص هم بوده ولی سؤال نکرده است (جاهل قاصر یا جاهل مقصّر)، ظاهر کلام علما این است که این قسم را داخل در وطی شبهه دانسته و آن را زنا نمی‌دانند، اطلاق بعضی از روایات هم این مورد را شامل می‌شود.

صاحب جواهر در اینجا شاهد خوبی می‌آورد و می‌فرماید:

بسیاری از مذاهب باطله نکاحهائی دارند که در شرع اسلام باطل است (مثلاً نکاح با امهات و اخوات در مذهب مجوس) فقهاء اینها را ملحق به نسب صحیح دانسته‌اند، با اینکه مقصّر بوده و دنبال مسأله نرفته است تا آن را بیاموزد، پس این دلیل می‌شود که در صورت مقصّر بودن هم، وطی به شبهه است. همچنین حدیث

«لکل قوم نکاح»

هم شاهد دیگری است. حتی در میان مسلمین گاه مطلقه ثلاث

(۱) وسایل، ج ۱۸، ح ۷، باب ۱۸ از ابواب حدّ زنا.

(۲) ح ۸، باب ۱۸ از ابواب حدّ زنا.

(۳) ج ۲۹، ص ۲۵۶.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۲۷

در مجلس واحد و یا کسی که طواف نساء نکرده است، نکاح می‌کند، در عین اینکه باطل است و می‌توانسته است پرسد؛ ولی با این حال فرزندان او را ولد الزنا نمی‌دانیم، بلکه نسب آنها صحیح است.

امام (ره) در کلام خود در این قسمت چنین می‌فرماید:

كما اذا وطأ اجنبیة باعتقاد أنها زوجته، او مع عدم الطريق المعتبر علیه بل أو الاصل كذلك (که امام این را وطی به شبهه می‌داند) و مع ذلك فالمسأله محل اشکال، چون راهی داشته و دنبال راه نرفته است مسئول است و مجازات دارد. ولی ظاهر اطلاقات ادله و کلمات علماء این است که صدق زنا نمی‌کند پس ما بر خلاف امام مثل صاحب جواهر می‌گوئیم که لا اشکال فیه.

الامر الثاني: هل فرق بين الاعمی و غیره فی وطی الشبهه؟

مشهور و معروف، عدم فرق است مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید:

فلا فرق فی حکم الشبهه بین الاعمی و غیره «۱» خلافاً للشیخین (شیخ مفید و شیخ طوسی) و ابن البراج که قائل شده‌اند به این که میان اعمی و غیر اعمی فرق است و گفته‌اند که اگر اعمی ادعای وطی به شبهه کند قبول نمی‌شود، ولی از غیر اعمی قبول می‌شود، چون اعمی می‌فهمد که نباید مبتلی به شبهه شود و باید احتیاط کند (مثل اینکه بینا در جوی آب می‌افتد ولی اعمی نباید بیافتد چون احتیاط می‌کند).

لانه يجب علیه التحفظ و مع التحفظ لا يقبل الشبهه منه.

علت دیگر اینکه اگر ما اعمی را معذور بدانیم هر اعمائی که زنا کند بهانه می آورد که من ندیدم (و کان ذریعۀ الی الزنا) پس نکته مهم این است که خلط میان مقام ثبوت و اثبات شده است، ما در مقام ثبوت بحث می کنیم ولی اعمی در مقام اثباتی است، یعنی اگر به یقین بدانیم که اعمی اشتباه کرده، وطی به شبهه ثابت است و فرقی بین اعمی و غیر اعمی نیست و اگر فرقی هم باشد در مقام اثبات (مقام پذیرش دعوی شبهه و عدم پذیرش آن) است، نه در مقام ثبوت.

الامر الثالث: اگر در حال مستی موقه انجام گیرد آیا احکام زنا دارد؟

مستی دو گونه است:

الف) جاهلاً، اکراهاً و اجباراً بوده است که در این صورت معذور است و هر عمل خلافی انجام دهد، حدی بر او جاری نمی شود.
ب) عالماً و عامداً بوده، مرحوم صاحب جواهر این مسأله را عنوان کرده و می فرماید، احکام زنا جاری می شود چون سکران متعمد به حکم صاحبی (هوشیار) است و هر جنایتی بکند مجازات می شود:
ولا یخفی علی من احاط بالنصوص الواردة فی تحریم الخمر و کل مسکر أنّها ظاهرة او صریحة فی ان السکران فی افعاله بمنزلة الصاحی فی افعاله، فیرتب ما یرتب علیه من قود (قصاص) و حدّ (بخاطر زنا) و نفی ولد و غیر ذلك، و هو معنی قولهم علیه السلام: «ان الخمر رأس کل اثم». «۲»
چگونه شراب کلید همه گناهان است، اگر در مستی چیزی برای انسان نویسند؟ البته روایتی نداریم که صریحاً بگوید انّ السکران کالصاحی؛ ولی اینکه می گوید «رأس کل اثم» به همین معنی است.
هاهنا تفصیل:

شخص شراب خوار دو حالت دارد:

الف) می داند یا ظن دارد که اگر شراب بخورد مرتکب جنایتی می شود، در این صورت می توانیم مطابق فرمایش صاحب جواهر فتوا دهیم که احکام زنا و قتل نفس ... جاری می شود، الامتناع بالاختر لا ینافی الاختیار.
ب) می داند که اگر شراب بخورد آزارش به کسی نمی رسد؛ ولی اتفاقاً این دفعه که شراب خورد بر خلاف همیشه دست به جنایتی زد.

در اینجا مشکل است که این فرد را زانی بدانیم.

۱۰۹ ادامه مسئله ۳ ... ۱۲ / ۲ / ۸۰

الامر الرابع: آیا در ولد شبهه رضاع اثر می کند؟

بعنوان مثال زنی خیال می کرد شوهرش از دنیا رفته، با شخص دیگری ازدواج کرد و بعد شوهرش پیدا شد، بچه ای از شوهر دوم متولد شده و با شیر آن (شوهر دوم) بچه ای را شیر داده است. آیا این بچه (مرتضع) با بچه وطی به شبهه، خواهر و برادر رضاعی هستند یا مسئله رضاع مربوط به شیر از طریق نکاح حلال و صحیح است؟

شیخ انصاری می فرماید:

اما الوطاء بالشبهة: فالمشهور إلحاقه فی النشْر بالنکاح (نشر حرمت نکاح) و أخویه (ملک یمین و تحلیل)، کما فی غالب الاحکام، و تردّد فیهِ المحقّق فی الشرائع، و عن الحلّی الجزم بعدم النّشْر أوّلاً

(۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۵۶.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۴۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۲۸

ثم بالنشر ثانياً، ثم النظر و التردد ثالثاً. «۱» (ابن ادریس در یک عبارت کوتاه سه قول دارد: جزم به عدم الحاق، جزم به الحاق، و تردید).

عبارت ابن ادریس چنین است:

و إنما التأثير للبن الولادة من النکاح المشروع فحسب (پس زنا و شبهه فایده ندارد)، دون النکاح الحرام و الفاسد، و وطء الشبهة... و إن قلنا فی وطء الشبهة بالتحريم، کان قویاً، لأن نسبه عندنا نسب صحیح شرعی، و الرسول صلی الله علیه و آله قال: «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب» فجعله (نسب) اصلاً للرضاع و لئلی فی ذلك نظر و تأمل. «۲» و لكن الانصاف: با آن بیاناتی که در ولد شبهه داشتیم، حلّ مشکل رضاع پیچیده نیست، چون طبق قواعد تمام احکام نسب برای ولد شبهه هست و همچنین روایات را ذکر کردیم که مهر و الحاق نسب و عدّه هست و حد برای ولد شبهه نیست. رضاع هم با بقیه فرق نمی‌کند و در ولد شبهه، نسب وجود دارد. حال اگر از این شیر که شیر فحل است بچه‌ای بخورد احکام رضاع ملحق می‌شود. نتیجه: یکی از احکام نکاح صحیح، رضاع است که این حکم را هم به ولد شبهه تسری می‌دهیم.

الامر الخامس: بیان شد که وطی شبهه مهر دارد، این مهر چه مهری است، آیا مهر المسمی است

اشاره

(آنچه که عقد خوانده‌اند)، یا مهر المثل (مهری که شبیه این خانم با این صفات دارد) یا مهر السنّه است؟ آیا مهر عقد دائمی داده می‌شود یا مهر عقد منقطع؟

وطی به شبهه دو رقم است:

الف: عقدی خوانده‌اند و مهری تعیین شده، مثل جائی که خبر مرگ شوهر یا خبر طلاق او را آورده‌اند، و زن بعد از عدّه، شوهر می‌کند و مهری قرار داده شده است (مهر المسمی) بعد معلوم شد که شوهر نمرده یا طلاق نداده، حال این مهر که باید بدهند، آیا مهر المسمی است که در این عقد خوانده‌اند، یا بگوئیم مهر کالعدم است لأنّ العقد باطل، پس مهر المسمی نیست.

اگر بگوئیم مهر المثل عقد دائم کامل را بدهند، مشکل است چون امروزه مهرهای سنگین معمول شده است و در قبال یک اشتباه مهر سنگینی باید بپردازند.

ب: وطی شبهه‌ای است که عقدی نخوانده‌اند، بلکه غیر زوجه را با زوجه اشتباه کرده، در اینجا سخن از مهر المسمی نیست، پس باید سخن از مهر المثل به میان بیاید.

آیا مهر المثل حدی دارد؟ مرحوم صاحب جواهر بحثی در ذیل کلام محقق دارد و می‌فرماید مشهور گفته‌اند مهر المثل درست است؛ ولی مهر المثل از مهر السنّه (۵۰۰ درهم، و هر درهم، نیم مثقال نقره است) بالاتر نرود. «۳» آیا این حرف در همه جا درست است و هیچ مهر المثلی نباید از مهر السنّه بالاتر برود؟!

آیا ادله به چنین مهری دلالت دارد؟ بحثی در باب مهور هست که اگر مهر المثل از مهر السنّه تجاوز کند یُردّ الی مهر السنّه. آیا این قانون در وطی به شبهه هم هست؟

اقوال:

مرحوم محقق در شرایع بعد از آن که می‌فرماید: عقد بدون مهر صحیح است و باید مهر المثل پردازند می‌فرماید:
الثانیة: المعتبر فی مهر المثل، حال المرأة فی الشرف و الجمال و عادة نساءها، ما لم يتجاوز السنه و هو خمسمائة درهم «۴».
آیا همه جا این گونه است یا در خصوص کسی است که ذکر مهر نکرده است؟
صاحب جواهر بعد از نقل این عبارت می‌فرماید:

بل المشهور نقلًا و تحصیلًا، بل عن الغنیة (ابن زهره) و فخر المحققین الاجماع علیه، و هو الحیة (اجماع حجت است)، مضافاً الی
موتقّ أبی بصیر عن الصادق علیه السلام. «۵»
و امّا مرحوم مغنیه در «الفقه علی المذاهب الخمسة» (که علاوه بر مذاهب اربعه اهل سنت، مذهب امامیه را هم آورده است)
می‌فرماید:

الوطء بشبهه یوجب مهر المثل بالاتفاق ... و یقاس مهر المثل عند الحنفیة بمثلاتها من قبيلة أبيها لا من قبيلة أمها، و عند المالکیة
بصفاتھا خلقًا و خُلُقًا، و عند الشافعیة بنساء العصابات، ای زوجه الاخ و العم، ثمّ الأخت الشقیقة إلخ. و عند الحنابلة الحاكم یفرض مهر
المثل بالقیاس الی نساء قرابتها کام و خالته. و قال الامامیة: لیس لمهر المثل تحدید فی الشرع فیحکم فیہ أهل العرف الذین یعلمون
حال المرأة نسباً و حسباً، و یعرفون أيضاً ما له دخل

(۱) کتاب النکاح، ص ۲۹۲.

(۲) سرائر، ج ۲، ص ۵۵۲.

(۳) ج ۳۱، ص ۵۴.

(۴) شرایع، ج ۲، احکام المهور، مسئله ۲.

(۵) جواهر، ج ۳۱، ص ۵۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۲۹

و تأثیر فی زیاده المهر و نقصانه علی شریطه (به شرط) أن لا يتجاوز مهر السنه و هو ما یعادل ۵۰۰ درهم «۱».

پس مغنیه بالاتر نبودن مهر المثل از مهر السنه را منحصر به غیر و طی به شبهه ندانسته است.

در کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه چنین دارد:

و قد فسره بعضهم بأنه قدر ما يستأجر به مثلها للزنا لو جاز «۲» (چون عامه قائل به نکاح موقت نیستند چنین گفته‌اند).

و التحقیق فی المقام:

باید دید در روایات عبارت مهر المثل است یا عبارت دیگری؟

در روایت چنین آمده بود:

و لها من الآخر المهر بما استحلّ من فرجها «۳»

(کلمه مهر المثل نداشت). «بما» چه معنایی دارد و «ال» در المهر چیست؟ آیا «ال» عهد است و منظور از آن مهر عقد دوم است، یا

اینکه «ال» جنس است و بآء هم برای مقابله، یعنی به اندازه‌ای که استحلّ من فرجها.

مؤید اینکه «ال» در المهر برای عهد باشد (مهر المسمّی در عقد) روایت ابی بصیر است

و یضمّنان

(شاهدین)

الصدّاق للزوج بما غزاه (۴)

چرا در روایت می‌گوید صدّاق را به زوج می‌دهند؟ چون زوج قبلاً مهر المسمّی را داده است (در عرب مرسوم بوده که مهر را در هنگام عقد می‌دادند) و باید آن دو شاهد، مهر المسمّی را به زوج بدهند.

و لکن هیچ کس به مهر المسمّی فتویٰ نداده است، چون عقد فاسد بوده است.

تا اینجا دیدیم که در روایات ما تعبیر (لها من الآخر المهر بما استحلّ من فرجها) دارد که و لو روایت ابو بصیر مؤید است که حمل بر مهر المسمّی کنیم؛ ولی چون اعراض شده است، مهر المسمّی را کنار می‌گذاریم.

و اما اگر مراد مهر المثل باشد، آیا مهر المثل عقد دائم است یا مهر المثل عقد منقطع؟ بعد از روشن شدن این مطلب باید ببینیم که آیا مهر المثل اگر از مهر السنّه بالاتر بود در وطی به شبهه هم، به مهر السنّه برمی‌گردد یا نه؟

۱۱۱ ادامه مسئله ۳ ... ۱۶ / ۲ / ۸۰

بهتر است مسأله را از ابتدا تقسیم کنیم:

الف: وطی به شبهه متکی به عقد نباشد (وطی در حال مستی یا نوم و یا بالاجبار)

در اینجا احتمال مهر المسمّی معنا ندارد و باید دو احتمال دیگر (مهر المثل یا مهر السنّه) را دنبال کنیم.

ب: وطی به شبهه متکی به عقد باطلی باشد

(مثلاً خبر از موت شوهر یا طلاق او داده‌اند و عدّه نگه داشت و بعد ازدواج کرد؛ ولی بعداً معلوم شد که زوج او زنده است) و گاهی خالی از عقد است، اگر متکی به عقد باشد، در اینجا احتمالات سه‌گانه (مهر المسمّی، مهر المثل، مهر السنّه) می‌آید.

از بعضی از روایات استفاده می‌شود که در این گونه موارد مهر المسمّی ثابت است، مثلاً روایتی که در مورد شاهدان «۵» بود و می‌فرمود اگر شاهدان به باطل شهادت دادند، باید مهر را بدهند که مهر المسمّی است و در روایت دیگر «۶» هم اگر «ال» در «المهر» را عهد بگیریم، دلیل بر مهر المسمّی می‌شود؛ ولی کسی به این معنا فتوا نداده است الا شاذ، از مرحوم شیخ طوسی در کتاب مبسوط این قول نقل شده است که می‌فرماید:

لأنّ العقد هو السبب فی ثبوت المهر، لآنه (عقد) الوجه فی الشبهه، فکان كالصحيح. «۷»

پس این عقد باطل، حکم عقد صحیح را دارد و همانگونه که در عقد صحیح مهر المسمّی ثابت است، در عقد باطل هم مهر المسمّی ثابت است، مرحوم شیخ در نهاییه نیز مهر المسمّی را مطرح کرده است.

جواب از قول شیخ:

درست است که عقد سبب شبهه شده؛ ولی عقد سبب مهر نیست، بلکه مهر «بما استحلّ من فرجها» است، یعنی سبب مهر، دخول است و لذا اگر عقد را بخواند (عقد باطل) و دخول نکند، هیچ کس نمی‌گوید که باید مهر بدهد. پس مهر المسمّی اگر چه از

بعضی روایات هم مؤید داشته باشد، قابل قبول نیست، چون مشهور از آن اعراض کرده‌اند و کسی به آن فتویٰ نداده است. پس باقی می‌ماند مهر المثل و مهر السنّه، کدام را باید انتخاب کنیم؟

مهر المثل، اگر به معنی مهر المثل عقد صحیح دائم باشد ضرر عظیمی بر زوج است، چون بی دلیل باید مهر عقد کاملی را بدهد،

(۱) الفقه علی المذاهب الخمسه، ص ۳۴۲-۳۴۳.

(۲) الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۴، ص ۱۲۱.

(۳) ح ۱، باب ۳۷ از ابواب عدد.

(۴) ح ۵، باب ۳۷ از ابواب عدد.

(۵) ح ۵، باب ۳۷ از ابواب عدد.

(۶) ح ۴، باب ۳۷ از ابواب عدد.

(۷) مستمسک، ج ۱۴، ص ۱۴۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۳۰

مخصوصاً در عصر ما که مهرها سنگین است. مگر اینکه بگوئیم مراد مهر المثل عقد منقطع است (که ظاهراً معقول است) چون بهره‌ای گرفته و مطابق آن باید مهریه را بدهد، و این همان است که اهل سنت گفته‌اند که فرض کنیم اگر زنا صحیح بود، چقدر اجرت داشت، همان را بدهیم، این فرض بدان جهت است که آنها عقد منقطع را نمی‌پذیرند؛ ولی این فرض باطلی است و فرض باطل مبدأ احکام در شرع نمی‌شود. (چون ندیدند حقیقت، ره افسانه زدند).

البته ظاهر کلمات علما مهر المثل عقد دائم است و لو اسم دائم و منقطع را نیاورده‌اند؛ ولی مانعی ندارد که ما در مقابل دیگران قائل به مهر المثل عقد منقطع شویم یا لا اقل احتیاط کنیم و بگوئیم که زن و مرد مصالحه کنند. پس اگر مخالفت مشهور نبود، می‌گفتیم که مهر المثل عقد منقطع ثابت است.

سَلَمْنَا که قائل به مهر المثل عقد دائم شویم، آیا این مهر المثل اگر زائد بر مهر السَّيِّئَةُ شد، به مهر السَّيِّئَةُ برمی‌گردد؟ در اینجا سراغ بحث قبلی می‌رویم که مرحوم محقق در شرایع و صاحب جواهر و دیگران بحث کرده‌اند و گفته‌اند در مواردی که عقد صحیح است و مهر ذکر نشده، باید مهر المثل را بدهند، اگر زائد بر مهر السَّيِّئَةُ نباشد و در این مورد ادعای اجماع یا شهرت شده است. پس اگر در آنجا قائل به بازگشت به مهر السَّيِّئَةُ شویم، در وطی شبهه به طریق اولی باید قائل به بازگشت شویم، چون آنجا عقد صحیحی انجام شده و با اینکه عقد صحیح دائم است، مهر المثل می‌دهند و اگر بیشتر از مهر السَّيِّئَةُ بود به مهر السَّيِّئَةُ بازگشت می‌کند، در ما نحن فیه که عقد صحیحی هم نخوانده‌اند به طریق اولی به مهر السَّيِّئَةُ برمی‌گردد و لذا مرحوم مغنیه «۱» این بحث را به وطی شبهه هم سرایت داده است.

و اما روایاتی که می‌گوید

«یرد الی مهر السَّيِّئَةُ»

، عمدتاً سه روایت است که دو مورد آن معتبر و یکی غیر معتبر است و مشهور هم که در باب مهر المثل چنین فتوایی داده‌اند به این روایات تمسک کرده‌اند.

...* عن ابی بصیر قال: سألته عن رجل تزوج امرأة

(ازدواج صحیح)

فوهم أن یسمی لها صداقاً

(فراموش کرد و خیال کرد که مهر را تعیین کرده است)

حتی دخل بها، قال: السَّيِّئَةُ و السَّيِّئَةُ خمس مائة درهم. «۲»

(این تفسیر یا از امام است یا از راوی)

ان قلت: امام از اول فرموده‌اند مهر السنه و نفروندند مهر المثل و اذا تجاوز یرد الی مهر السنه و صحبتی از مهر المثل نیست و این خلاف کلام مشهور است و دلیلی بر کلام مشهور نمی‌تواند باشد.

قلنا: شاید این ناظر به غالب باشد، مخصوصاً در زمان امام صادق علیه السلام که مردم نوعاً از نظر مالی وضعیتی خوبی داشتند و غالباً مهر المثل‌ها بالاتر از مهر السنه بوده و بدین جهت امام فرموده مهر السنه.

ان قلت: این روایت در مورد عقد صحیح است، چرا در وطی به شبهه به آن استناد می‌کنید؟

قلنا: اگر در عقد صحیح قائل به مهر السنه باشیم، در عقد باطل و جائی که اصلاً عقدی خوانده نشده است به طریق اولی قائل به مهر السنه می‌شویم.

... عن اسامه بن حفص و كان قیماً لأبی الحسن موسی علیه السلام قال:

قلت له: رجل یتزوج امرأه و لم یسم لها مهراً، و كان فی الکلام:

أترؤجک علی کتاب الله و سنه نبیه، فمات عنها، أو أراد أن یدخل بها فما لها من المهر؟ قال: مهر السنه، قال: قلت: یقولون (عامه)

: لها مهور نساءها، فقال: مهر السنه

(از اینجا معلوم می‌شود که مهر المثل بیش از مهر السنه بوده است)

و کما قلت له شیئاً، قال: مهر السنه. «۳»

چیزی در مدح و توثیق «اسامه بن حفص» در رجال نیامده و فقط این جمله را دارد که و كان قیماً لأبی الحسن موسی علیه السلام، در کتب رجال هم همین را آورده‌اند؛ ولی قاعدتاً کسی را که امام به عنوان قیم در امور مالی انتخاب می‌کند، باید شخص ثقه‌ای باشد، پس همین را دلیل بر وثاقتش می‌گیریم.

۱۱۲ ادامه مسئله ۳ ... ۱۷/۲/۸۰

روایت سومی هم داریم که دلالتش خوب است ولی سند ندارد:

* دعائم الاسلام: عن جعفر بن محمد علیه السلام، انه قال: من تزوج امرأه علی مهر مجهول، لم یفسد النکاح، و لها مهر مثلها ما لم یتجاوز مهر السنه، خمس مائه درهم «۴».

این روایت از جهت سند ضعیف است؛ ولی اصحاب به مضمونش فتوی داده‌اند. به علاوه، دو حدیث قبلی را هم ضمیمه می‌کنیم و مشکلی ندارد.

تا اینجا ظاهر روایات این است که اگر مهر المثل در موارد مجهول، بیش از مهر السنه باشد، به مهر السنه برمی‌گردد. بعضی از فقها به کلام مشهور اشکال نموده و حتی در شهرت آن هم دغدغه ایجاد کرده‌اند. از جمله علامه سبزواری که می‌فرماید: قاعده معمول

(۱) الفقه علی المذاهب الخمسه، ص ۳۴۳.

(۲) وسائل، ج ۱۵، ح ۲، باب ۱۳ از ابواب مهور.

(۳) ح ۱، باب ۱۳ از ابواب مهور.

(۴) مستدرک، ج ۱۵، ح ۲، باب ۴۳ از ابواب مهور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۳۱

ما در این گونه موارد، در سراسر فقه، حمل بر استحباب است، چون در ما نحن فیه روایاتی داریم که می‌گویند مهر المثل را بدهند و

شما می‌خواهید آن را حمل بر مهر السنّه کنید، چگونه است که در این گونه موارد در جاهای دیگر حمل قید بر استحباب می‌شود؛ ولی در اینجا حمل قید بر استحباب نکردید (۱)».

ولی این کلام عجیب است، چون قاعده مسلم در سراسر فقه در عام و خاص و مطلق و مقید، تقید است و اگر ممکن نشد حمل بر استحباب. ما نحن فیه از همین قبیل است که روایات در مورد عدم ذکر مهر می‌گوید
مهر نسانها

(مهر المثل) این مطلق و عام است، و این دو سه روایت هم می‌گویند مهر السنّه، که این مقید است، ابتداءً روایات را تقیید می‌زنیم و اگر ممکن نشد حمل بر استحباب می‌کنیم. پس اشکال ایشان وارد نیست و ما قائل به کلام مشهور هستیم.

اللهم الا ان يقال: اگر ما بخواهیم تخصیص بزیم و مقید کنیم، تخصیص اکثر لازم می‌آید چون مهر المثل غالباً بالاتر از مهر السنّه است (در زمان ما که این گونه است) آیا در زمان امام صادق علیه السلام هم مهر المثلها بالا بوده است، و یا سنت عربها این بود که مهر را سبک می‌گرفتند، چون نقداً مهر را می‌پرداختند؟ اگر بتوانیم بگوئیم که در آن عصر هم مهر المثلها بالا بوده‌اند، در این صورت تخصیص اکثر می‌شود، بنابراین طبق بیان آقای سبزواری قید را استحبابی می‌گیریم (مهر السنّه حمل بر استحباب می‌شود) ولی اگر نتوانیم آن را بگوئیم، باید قائل به وجوب شویم.

نتیجه: چون این مسائل مشکوک شد که آیا در زمان امام صادق علیه السلام مهر المثلها بالا بوده یا نه، و اینکه آیا قاعده تقیید و اطلاق را جاری کنیم یا قید را استحبابی بگیریم، لذا باید بگوئیم احتیاط این است که مصالحه کنند بر مهر عقد بین دائم و منقطع و همچنین در مورد مهر السنّه مشکل است فتوی دهیم که به خاطر یک اشتباه، مهر سنگین عقد دائم را پردازد.

البتّه اگر زن باکره باشد و دخول صورت بگیرد و ازاله بکارت شود در عرف هم مهرش سنگین است.

«هذا تمام الکلام فی مسائل الوطء بالشبهه»

[مسأله مستحدثه] شبه‌سازی (الاستساخ)

اشاره

مسأله مستحدثه‌ای که این روزها پیدا شده است مسئله شبه‌سازی است. یعنی بدون ترکیب نطفه مرد و زن، انسانی از جزء بدن انسانی متولد شود.

عنوان مسأله:

بدن انسان از سلولها ترکیب شده، که کوچکترین اجزاء بدن هستند. هر سلول، تمام اوصاف انسان را در بر دارد و اگر بتوانیم آن را پرورش دهیم یک انسان کامل می‌شود. اخیراً روی حیوانات این آزمایش نتیجه داده است. یعنی یک سلول را از بدن حیوان یا از خون حیوان می‌گیرند و آن را در درون تخمکی که داخل آن خالی شده (پوسته تخمک) قرار داده (بدون اینکه ترکیبی صورت گیرد) و سپس در رحم حیوانی می‌کارند و پرورش پیدا می‌کند و حیوانی می‌شود درست شبیه حیوانی که سلول از او گرفته شده است.

در انسان هنوز این کار به جهت ممنوعیت‌های قانونی انجام نشده است و اگر هم انجام داده باشند، هنوز اعلام نشده است.

این مسأله اگر با دقت ملاحظه شود، مثل قلمه زدن در گیاهان است که هم قلمه و هم زمین مساعد را خدا آفریده است و در مورد انسان هم همین است، پس از نظر تشکیلات آفرینش یک بذرافشانی و قلمه زدن است و چیز عجیبی نیست. این عمل را cloning (تکثیر کردن) می‌گویند.

در اینجا سؤالاتی مطرح است:

آیا این کار جایز است؟ بچه‌ای که متولد می‌شود چه حکمی دارد؟ آیا احکام و محرمات نسبت به او را دارد؟ آیا جانشین همان شبیه است؟ از چه کسانی ارث می‌برد؟ آیا از اقوام شبیه ارث می‌برد؟ نفقه و حضانت چنین بچه‌ای با کیست؟ اگر کسی او را به قتل برساند آیا قصاص و دیه دارد؟ اگر مسلمان شود آیا اسلامش پذیرفته می‌شود؟

نکته: در حدود سی سال قبل که کتاب «معاد و جهان پس از مرگ» را نوشتیم در شبهه آکل و مأكول این فرض را داشتیم که اگر انسانی از بدن انسان دیگر تغذیه کند (بلاواسطه یا مع الواسطه) و مقداری از بدن انسان اول جزء بدن او شود، در روز قیامت که معتقد به معاد جسمانی هستیم، آیا انسان اول از انسان دوم جدا می‌شود؟ اگر جدا شود انسان دوم ناقص می‌شود و اگر جدا نشود انسان نیکوکار و بدکار با هم مخلوط است، پس امر چگونه است؟

جواب‌هائی داده شده، من جمله جوابی که ما داده‌ایم بعنوان یک نظریه، این است که حتی اگر یک سلول از انسان دوم هم باقی بماند، از پرورش یک سلول بقدرت خداوند، انسان دومی ساخته شود و انسان اول هم به جای خودش هست.

(۱) مهذب الاحکام، ج ۲۵، ص ۱۵۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۳۲

۱۱۳ مسئله مستحدثه (شبهه‌سازی ...) ۸۰ / ۲ / ۱۸

البحث فی مقامین:**المقام الاوّل: آیا اصل این عمل در مورد انسانها جایز است؟****در مورد حکم شرعی از سه جهت صحبت می‌شود:****۱- از نظر لوازم و عوارض:**

این کار مسلماً مستلزم نظر و لمس حرام است (به جهت کاشتن در درون رحم) مگر اینکه کسی که این کار را می‌کند شوهر زن باشد که فرض نادری است.

۲- از نظر عنوان اولی:

اصل اباحه است چون آیه و روایت و اجماع و دلیل عقلی بر حرمت شبهه‌سازی نداریم، و از مسائل مستحدثه است.

۳- از نظر عنوان ثانوی:**اشاره**

این عمل از نظر مسائل اخلاقی و حقوقی جوانب مختلفی دارد.

الف: از نظر اخلاقی:

اگر این باب مفتوح شود که از شبیه‌سازی فرزندان متولد شود، در این صورت ممکن است مسئله نکاح و ازدواج که یک امر طبیعی است، برچیده شده و نظام خانوادگی مختل شود و بسیاری از زنان بی‌شوهر باردار شوند و یا زنی از وجود خودش باردار شود، که ظاهراً مادر و فرزند هستند؛ ولی به یک معنی دوقلو هستند. اخلاق در سطح جهان این عمل را نمی‌پذیرد، زیرا باعث اضمحلال در جوامع بشری می‌شود.

ب: از نظر مسائل حقوقی:

این بچه نه پدری دارد (چون از نطفه مرد نیست) و نه مادری (چون ترکیب نطفه نیست)، و نه خواهری دارد و نه برادری و نه منتسب به فامیل، و در رحمی پرورش پیدا کرده که مادرش نیست بلکه مادر جانشین است.

ج: از نظر مسائل اجتماعی:

اختلافات زیادی ایجاد می‌کند و ارکان جامعه را بهم می‌ریزد.

ان قلت: این کار فوائد زیادی هم می‌تواند داشته باشد.

فایده اول:

سلولهای نواخ را بگیرند و نگهداری کنند و در هر عصر و زمانی نواخی درست کنند و شبیه‌سازی سر از نابغه‌سازی در بیاورد، چون نواخ سرمایه‌ای برای امتها و ملت‌ها هستند.

قلنا: اولاً: آیا شبیه نابغه هم نابغه خواهد شد؟ هذا اول الکلام، چون در شبیه‌سازی جنبه‌های جسمانی شبیه هم می‌شود، حتی دوقلوها هم از نظر استعداد در بسیاری از موارد شبیه هم نیستند.

ثانیاً: سلمنا که بتوان نواخی بوجود آورد. معلوم نیست که نواخ هم اگر در جامعه‌ای زیاد شوند جامعه خوشبخت شود، چون ممکن است خود نواخ با هم اختلاف داشته باشند (جنگ نواخ).

ثالثاً: اگر این باب مفتوح شود، ممکن است جانیان را هم شبیه‌سازی کنند، بنابراین بهتر است کار روی حسابی باشد که نظام آفرینش دارد. پس این که گمان شود شبیه‌سازی فوایدی دارد در کنار آن مضرات زیادی هم دارد که قابل کنترل نخواهد بود.

فایده دوم: بوسیله شبیه‌سازی پیوند اعضاء انجام داده و افرادی را از این طریق از مرگ نجات دهند.

قلنا: جواب آن معلوم است، چون مثلاً کلیه را به تنهایی نمی‌توان شبیه‌سازی کرد، بلکه باید انسانی بسازیم و آن را قطعه‌قطعه کنیم و قطعات بدنش را بر انسان دیگر پیوند بزنیم و حال آنکه انسان شبیه‌سازی شده هم حق حیات دارد، پس ترمیم اعضاء به قیمت کشتن انسانها خواهد بود و این کار جایز نیست.

پس از نظر عناوین ثانویه این کار برای جامعه بشری خطرناک است و تمام اقوام و ملل جهان آن را خلاف مسائل اخلاقی می‌دانند و حتی بسیاری از دولتها با تصویب قانون، این کار را ممنوع دانسته‌اند.

۱۱۴ مسئله مستحدثه (شبیه‌سازی ...) ۸۰ / ۲ / ۱۹

بعضی برای حرمت شبیه‌سازی، سه دلیل اقامه کرده‌اند:

دلیل اول: اصالة الحرمة

بدن ما ملک خداست و ما اجازه‌ای نداریم که از آن برداریم و روی آن کار کنیم و در تخمک ماده قرار دهیم، تا در رحم بماند و

پرورش پیدا کند.

قلنا: این منطق اصالة الحظری هاست که اصل را در همه اشیا حرمت می‌دانند؛ ولی اصل در اشیا اباحه است و اینکه ما ملک خدا هستیم مالکیت تکوینی الهی است و در مقابل داریم که خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً و یالناس مسلطون علی اموالهم و انفسهم که اینها با مالکیت تکوینی الهی منافات ندارد و بر فرض هم ملک خدا باشد، خدا خودش بر اساس کل شیء لک حلال اجازه داده است.

دلیل دوم: آیه فَلْيَغْيِرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ ... ۱»

شیطان می‌گوید انسانها را وسوسه می‌کنم تا خلق خدا را تغییر

(۱) آیه ۱۱۹، سوره نساء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۳۳

دهند پس نباید خلق خدا را تغییر بدیم و شبیه‌سازی هم نوعی تغییر خلق الله است.

قلنا: اولاً (جواب نقضی) در این صورت از خیلی از کارها باید جلوگیری کنید مثلاً جراحی زیبایی (عملیه التجميل) را باید حرام بدانید، و یا جراحی برای جداسازی انگشت ششم و یا جدا کردن دوقلوهای به هم چسبیده و یا ترکیب انواع گیاهان با هم و تولید گیاهان جدید که اینها همه تصرف در خلق الله است و باید بگوئید همه حرام است، در حالی که هیچ کدام حرام نیست. ثانیاً (جواب حلی): «خَلَقَ اللَّهُ» در آیه اشاره به فطرت الله است، یعنی من اینها را وسوسه می‌کنم تا فطرت الله را تبدیل به کفر کنم، چون می‌فرماید فَطَرَتِ اللَّهُ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ (۱) که در ذیل آیه فطرت است و فَلْيَغْيِرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ را تفسیر می‌کند. پس آیه مربوط به توحید و شرک است و ربطی به جراحی و شبیه‌سازی ندارد.

دلیل سوم: التفرقة بين المرء و زوجته

معتقدند به مقتضای آیه فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَ زَوْجِهِ (۲) این کار حرام است، یعنی شبیه‌سازی را به جریان هاروت و ماروت تشبیه می‌کنند که آنها از طریق سحر بین مرء و زوجهش جدائی می‌انداختند.

قلنا: اینها هیچ ربطی به هم ندارند، زن و شوهر را از هم جدا کردن غیر از شبیه‌سازی است، چون شبیه‌سازی تکثیر از غیر طریق ترکیب نطفه زن و مرد است (غیر جنسی).

نتیجه: اگر چه از نظر عنوان اولی قائل به اصالة الاباحه شدیم؛ ولی از نظر عنوان ثانوی مشاكل اخلاقی زیادی دارد که از جمله از بین رفتن نظام خانواده و باردار شدن زنهای بدون شوهر ... است، که این مسأله اگر در جامعه گسترش پیدا کرد، خانواده‌ها تهدید می‌شود و مسائل غیر اخلاقی و اشباع قوای جنسی از راه نامشروع، شایع می‌شود و مشاكل عظیم اجتماعی را ایجاد می‌کند و اگر بتوانیم بگوئیم حرام است، از طریق عنوان ثانوی است.

المقام الثاني: اگر انسانی از این طریق متولد شد، از جهت ارث، قتل، اسلام، حضانت و نفقه و حریمت چه حکمی دارد؟

- محریمت: چون عناوین «الاب» و «الاخ» و «الاخت» در مورد چنین ولدی صادق نیست، یعنی شبیه دوقلو است؛ پس صدق برادر و خواهر نمی‌کند، بنابراین هیچ یک از عناوین نسبی بر آن صادق نیست؛ ولی عنوان «الام» در اینجا شبیه مادر رضاعی است که او را

پرورش داده، و نطفه‌ای در کار نیست. ما می‌گوئیم با این مادر ازدواج نکند چون مثل مادر رضاعی است، زیرا گوشت و پوست او از آن زن پرورش یافته است، بنابراین احکام محارم جاری نمی‌شود جز نسبت به مادر، احتیاطاً.

- اسلام: اگر مسلمان شود حکم مسلمان را دارد.

- قتل: اگر مسلمان باشد، قتلش دیه دارد.

- نفقه و حضانت: عرف عقلاً کسی را که سبب پیدایش چنین طفلی شده (غیر از عرف عقلاً دلیلی نداریم) مسئول می‌داند پس نفقه و حضانتش با اوست.

- ارث: چون در حقیقت برادر و خواهر کسی نیست ارث هم نمی‌برد.

چند مسئله مهم باقیمانده از بحث مقدمات نکاح

مسئله ۱۲ (الافضاء)

اشاره

۱۱۵ مسئله ۱۲ (الافضاء ...) ۸۰ / ۳ / ۶

چند مسئله مهم (مسائل ۱۲ و ۱۳ و ۱۴) از بحث مقدمات نکاح باقی مانده است که به آن می‌پردازیم.

مسئله ۱۲: لا يجوز وطء الزوجه قبل اكمال تسع سنين، دواماً كان النكاح او منقطعاً، و اما سائر الاستمتاع كاللمس بشهوة و الضم و التفخيز فلا بأس بها حتى في الرضيعه، و لو وطأها قبل التسع و لم يفضها لم يترتب عليه شيء غير الاثم على الاقوى، و إن افضاها بأن جعل مسلکی البول و الحيض واحداً أو مسلکی الحيض و الغائط واحداً حرم عليه و طؤها ابداً، لكن على الاحوط في الصورة الثانية، و على أي حال لم تخرج عن زوجيته على الاقوى، فيجری عليه احكامها من التوارث و حرمة الخامسة و حرمة اختها معها و غيرها، و يجب عليه نفقتها ما دامت حية و إن طلقها بل و ان تزوجت بعد الطلاق على الاحوط، بل لا يخلو من قوة، و يجب عليه دية الافضاء، و هي دية النفس، فاذا كانت حرة فلها نصف دية الرجل مضافاً الى المهر الذي استحقتة بالعقد و الدخول، و لو دخل بزوجه بعد اكمال التسع فافضاها لم تحرم عليه و لم تثبت الدية، و لكن الاحوط الانفاق عليها ما دامت حية و ان كان الاقوى عدم الوجوب.

عنوان مسأله:

این مسأله در مورد «افضاء» است، اگر دخول صورت گیرد و

(۱) آیه ۳۰، سوره روم.

(۲) آیه ۱۰۲، سوره بقره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۳۴

موجب افضاء شود، چه احکامی دارد؟ مرحوم صاحب عروه این بحث را در ده مسأله بیان کرده؛ ولی مرحوم امام (ره) همه را در یک مسأله خلاصه کرده است.

فروع مسأله:

این مسأله دارای فروعی است:

فرع اول: قبل از نه سالگی دخول به زوجه جایز نیست (حکم تکلیفی).

فرع دوم: استمتاع دیگر غیر از دخول جایز است.

فرع سوم: اگر دخولی حاصل شد، و موجب افضاء نشد، گناه کرده است و فقط حاکم شرع می‌تواند او را تعزیر کند.

فرع چهارم: در صورت افضاء، چند حکم مترتب می‌شود:

۱- حرمت ابدی

۲- نفقه مادام العمر (حتی اگر او را طلاق دهد و زن شوهر کند)

۳- دیه افضاء (دیه کامله مرأه ۵۰۰ مثقال طلا)

۴- بقاء زوجیت و آثار مترتب بر آن (مانند ارث و سایر احکام تا زمانی که او را طلاق نداده)

فرع پنجم: افضاء چیست؟

فرع ششم: اگر بعد از نه سالگی افضاء حاصل شد، احکام مترتبه فرع چهارم را ندارد.

فروع مستحدثه مسأله:

اشاره

۱- اگر عیب افضاء را معالجه کنند آیا باز این احکام جاری است؟

۲- اگر در سنین بالاتر خوف افضاء از جلوتر بوده است (مثلاً مرأه ضعیف الجثه بوده) آیا برای مرد جایز است دخول به زوجه کند؟

۳- در چنین صورتی اگر افضاء شد، آیا احکام افضاء را دارد؟ (به عبارت دیگر آیا سن نه سالگی موضوعیت داشته و یا نه سالگی از باب غلبه است؟).

۴- اگر عیبی غیر از افضاء پیدا کند چه حکمی دارد؟ آیا ارش دارد؟

۵- آیا تفاوتی بین مادون نه سالگی و مافوق نه سالگی است؟

اکنون باید فروع مسأله را یکی یکی بررسی نمود.

فرع اول: دخول به زوجه قبل از اكمال نه سالگی حرام است

اشاره

ما بعداً نیز بیان می‌کنیم که اگر بعد از نه سالگی هم خوف افضاء باشد، باز هم حرمت دخول هست.

ان قلت: آیا سن نه سالگی سن پائینی برای این مسأله نیست؟

چرا شارع، سن را بالاتر نبرده است؟

قلنا: اقوام از این جهت مختلفند، در بعضی از مناطق استعداد و آمادگی برای دخول در این سنین حاصل می‌شود و همه مناطق را نباید یکسان دانست.

اضف الی ذلک معمول آن زمان این بود که نوجوانهای کم سن و سال را با دختران کم سن و سال تزویج می‌کردند، پس اگر زوجه

کم سن و سال بوده، زوج هم کم سن و سال بوده است، و مسئله خطر کمتر پیدا می‌شد.

ادله:**۱- اجماع:**

مسأله از نظر اقوال اجماعی است لا خلاف و لا کلام، و لا اشکال آنکه لا يجوز الدخول قبل تسع سنين. مرحوم صاحب جواهر این مسأله را متعرض شده و بعد از بیان حکم حرمت، می‌فرماید: اجماعاً ايضاً بقسميه «۱» (محصل، منقول).
 شيخ طوسی می‌فرماید:
 و لا يجوز للرجل ان يدخل بامرأته قبل أن يأتي لها تسع سنين فان دخل بها قبل ان يأتي لها تسع سنين، فعابت (هر عیبی که پیدا کند) كان ضامناً لعيبتها و يفرق بينهما و لا تحلّ له ابداً. «۲»
 شيخ طوسی ادعای اجماع نکرده است، چون کتاب نهایی کتابی نیست که در آن نقل اقوال شده باشد. مرحوم نراقی نقل اجماع می‌کند و می‌فرماید:
 المسألة السابعة: لا يجوز الدخول بالمرأة قبل إكمالها تسع سنين، بالاجماع المحقق، و المحكى مستفيضاً (گروه کثیری ادعای اجماع کرده‌اند). «۳»
 مرحوم محقق می‌فرماید:
 لا خلاف في أنه لا يحلّ الدخول بالزوجة حتى تبلغ تسع سنين. «۴»
 شهيد ثانی می‌فرماید:
 لا خلاف في تحريم وطى الانثى قبل ان تبلغ تسعاً. «۵»
 پس اجمالاً اختلافی در مسأله نیست، بنابراین اگر اجماع را مدرکی ندانستیم، دلیل است و اگر اجماع را مدرکی دانستیم در این صورت مؤید است.

۲- روایات:**اشاره**

روایات صحیحه و غیر صحیحه در این زمینه وارد شده است.

(۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۴۱۴.

(۲) نهاییه، ص ۴۸۱.

(۳) مستند، ج ۱۶، ص ۸۰.

(۴) جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۳۳۰.

(۵) مسالک چاپ قدیم، ج ۱، ص ۴۳۹ و ج ۷، ص ۶۷ چاپ جدید.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۳۵

طایفه اول: روایاتی که می‌فرماید

«تسع سنين»



...* عن الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام قال: قال: اذا تزوج الرجل الجارية و هي صغيرة فلا يدخل بها حتى يأتي لها تسع سنين

(۱)

(لا یدخل نهی است و روایت صریح است).

... * عن عمّار السجستانی قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول لمولى له:

(امام به یکی از دوستان یا غلامان خود چنین می فرماید)

انطلق فقل للقاضی قال رسول الله صلی الله علیه و آله: حدّ المرأة ان یدخل بها علی زوجها ابنه تسع سنین «۲»

. جای تقیه نبوده است و امام با صراحت برای قاضی مدینه پیغام می فرستد.

* دعائم الاسلام: عن جعفر بن محمد علیه السلام، انه قال: من تزوّج جاریه صغیره، فلا یطأها حتّی تبلغ تسع سنین. «۳»

(سند معتبری ندارد؛ ولی دلالتش خوب است)

طایفه دوّم: روایاتی که می فرماید:

«تسع سنین او عشر سنین»

دو روایت است، روایت زراره «۴» و روایت أبو بصیر «۵».

طایفه سوّم: روایتی که می فرماید:

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ هـ

ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۲، ص: ۱۳۵

«عشر سنین»

روایتی که از حضرت علی علیه السلام نقل شده «۶» و از جهت سند مشکل دارد.

جمع بین روایات:

طریق جمع بین این روایات واضح است چون تخیر بین اقل و اکثر جایز نیست و لذا اکثر را حمل بر استحباب می کنیم، پس روایت «عشر سنین» حمل بر استحباب می شود.

بعضی محمل دیگری را گفته اند و آن اینکه «عشر سنین» به معنی شروع عشر و «تسع سنین» به معنی پایان تسع باشد که در این صورت سه طایفه روایت، در یک طایفه خلاصه می گردد.

۱۱۶ ادامه مسئله ۱۲ ... ۸۰ / ۳ / ۷

اقوال عامه:

عامه مسئله افضاء را متعرض شده اند؛ و بیشتر، مسئله دیه را عنوان کرده اند.

بقی هنا شیء:

ظاهر فتاوی و روایاتی که خوانده شد این است که «نه سالگی» موضوعیت دارد، بنابراین اگر علم بر عدم افضاء هم داشته باشیم، باز وطی حرام است مانند اینکه زوجه از نظر جثه قوی و زوج ضعیف باشد، بنابراین خوف افضاء از قبیل حکمت است نه از قبیل علت و

لکن اگر بالاتر از تسع سنین باشد و خطر افضاء یا عیب مهم دیگری باشد.

در اینجا به مقتضای قاعده لا ضرر می‌گوئیم لا يجوز الوطء در ناحیه زن هم می‌گوئیم لا يجب علیها التمکین و باید مدتی صبر کنند، اگر خوف برطرف، و استعداد جسمانی حاصل شد، زن واجب است تمکین کند؛ ولی اگر خوف برطرف نشد، مرد خیار فسخ دارد (شبهه موانعی که در زوجه مانع مقاربت می‌شود و سبب فسخ است). به همین جهت ما در مسئله بلوغ معتقدیم بلوغ مراحل دارد، مثلاً مرحله «بلوغ للعباده» نه سال تمام است، ولی «بلوغ للنکاح» علاوه بر نه سالگی، استعداد جسمانی نیز لازم دارد، «بلوغ للاقتصاد» (بلوغ در مسائل مالی) رشد عقلانی می‌خواهد، پس بلوغ دارای مراحل است و احکام بلوغ مرحله به مرحله پیاده می‌شود.

فرع دوم: آیا سایر استمناعات نسبت به کمتر از نه سال جایز است؟

جمعی از متأخرین و معاصرین به جواز سایر استمناعات تصریح کرده‌اند، صاحب جواهر می‌فرماید للاصل السالم من المعارض، «۷» که منظور از اصل، اصالة الاباحه یا عموماتی است که مطلقاً اجازه استمناعات را می‌دهد و وطی با دلیل خارج شده است. و لکن الانصاف: این حکم را با این عمومیتی که گفته‌اند نمی‌پذیریم، چون بعضی از استمناعات نسبت به صغیر السن قبح عقلانی دارد، مانند استمتاع از رضیعه. پس حسن و قبح در اینجا حاکم است و لذا عمومات استمتاع زوج از زوجه منصرف است بما یتعارف عند العقلاء و شامل این گونه موارد نمی‌شود.

فرع سوم: اگر با زوجه خود قبل از اكمال نه سالگی وطی نمود و عیبی هم حاصل نشد.

اشاره

مشهور فرموده‌اند که هیچ حکمی ندارد و گناهی کرده است و بنابراین که هر گناه کبیره‌ای تعزیر دارد، حاکم شرع می‌تواند او را تعزیر کند. لکن جماعتی از علماء که در اقلیت هستند، قائل به حرمت ابدی شده‌اند. شیخ مفید در مقنعه، شیخ طوسی در نه‌ایه، ابن ادریس در سرائر، سبزواری در کفایه، حرمت ابدی را نسبت به جماعتی داده

(۱) ح ۱، باب ۴۵ از ابواب مقدمات نکاح.

(۲) ح ۳، باب ۴۵ از ابواب مقدمات نکاح.

(۳) مستدرک الوسائل، ج ۱۴، ح ۴، باب ۳۶ از ابواب مقدمات نکاح.

(۴) ح ۲، باب ۴۵ از ابواب مقدمات نکاح و سائل.

(۵) ح ۴، باب ۴۵ از ابواب مقدمات نکاح و سائل.

(۶) ح ۷، باب ۴۵ از ابواب مقدمات نکاح و سائل.

(۷) جواهر، ج ۲۹، ص ۴۲۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۳۶

است، ظاهر کتاب مفاتیح هم چنین است، بعضی از متأخرین هم قائل به حرمت ابدی شده‌اند.

دلیل:

دلیل کسانی که قائل به حرمت ابدی شده‌اند، روایت مرسلهٔ یعقوب ابن یزید است:

... عن یعقوب بن یزید، عن بعض اصحابنا، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: اذا خطب الرجل (ازدواج)

المرأة فدخل بها قبل ان تبلغ تسع سنين فزق بينهما و لم تحل له ابداً. «۱»

در این حدیث افضاء ندارد، پس و لو هیچ عیبی پیدا نکند، باز حرمت ابدی هست.

به این حدیث نمی‌توان عمل کرد چون از نظر سند مرسله است، و انجبار به عمل مشهور هم نیست، چون مشهور با آن مخالف هستند، بعلاوه این حدیث دلالتش هم مشکل دارد، چون ظاهر «فزق» بطلان نکاح است که کمتر کسی به آن قائل است بلکه مشهور قائل به حرمت ابدی هستند. اگر به فرض سند این حدیث مورد قبول باشد، با احادیث افضاء قابل جمع است، چون این حدیث مطلق و احادیث افضاء مقید است و جمع بین مطلق و مقید می‌کنیم. پس به این روایت برای اثبات حرمت ابدی نمی‌توان تمسک کرد.

فرع چهارم: اگر دخول حاصل و افضاء شد

اشاره

در اینجا چهار حکم گفته شده است:

- ۱- یحرم علیه وطئها ابداً.
 - ۲- یجب الانفاق علیها ما دامت حیة (و لو طلاق دهد و زن شوهر کند).
 - ۳- یجب علیه أن یغرم دیتها (۵۰۰ دینار دیهٔ کاملهٔ زن).
 - ۴- بقاء الزوجیة و آثاره (اگر یکی از زوجین از دنیا رفت توارث هست)
- این احکام اربعه، علی اجمالها مشهور است.

حکم اول: حرمت ابدی وطی

تنها دلیل در مورد حرمت ابدی، مرسلهٔ یعقوب بن یزید است که می‌گویند دلالت (اطلاق روایت) و ضعف سند (مرسله بودن) آن به قرینهٔ فتوای مشهور جبران شده است.

آیا این فتوای مشهور قابل عمل است؟ در بین متأخرین تزلزلی در این فتوی پیدا شده است که اگر قابل وطی است، چرا تا ابد حرام باشد و این مسأله را بعضی نپذیرفته‌اند، حتی صاحب جواهر که غالباً در کنار مشهور است، می‌فرماید لا یبعد که این حکم را زیر سؤال ببریم، چون ضعف دلالت با فتوای مشهور درست نمی‌شود و از این گذشته روایت می‌گوید «فزق بینهما» و «فزق» به معنای بطلان عقد است نه اینکه حرمت ابدی باشد پس جبران ضعف سند و دلالت نمی‌شود.

مضافاً به اینکه: در تمام فقه چنین مسأله‌ای نداریم، نمی‌گوئیم محال است و اگر سند معتبری داشت می‌پذیرفتیم؛ ولی با چنین دلیل ضعیفی نمی‌توان آن را ثابت کرد، چون در جائی از فقه نداریم که زوجه باشد و قابل وطی هم باشد ولی وطی او حرام باشد.

اضف الی ذلک: إن فیه ضرراً عظیماً علی الزوجة، چون زوجه نمی‌تواند شوهر کند و این شوهر هم که نمی‌تواند وطی کند و ادلهٔ لا

ضرر در اینجا حاکم است.

لا- سیما: اگر اندمال حاصل شود و بهبود یابد و به کمک جراحی مثل اولش درست شود (همانگونه که در بکارت این کار را می‌کنند).

در این صورت هم بعضی می‌گویند که حرام ابدی است؛ ولی این فتاویٰ بر خلاف ذوق فقه است، چون جائی که دلیل به این ضعیفی دارد، نباید پافشاری کنیم، و لذا با صراحت در حاشیه عروه گفته‌ایم:
لا دلیل علی الحرمة.

۱۱۷ ادامه مسئله ۱۲ ... ۸۰ / ۳ / ۸

حکم دوم: نفقه مادام العمر

اشاره

فتویٰ به وجوب انفاق، مشهور و معروف است و عده‌ای ادعای اجماع کرده‌اند و ظاهر فتاویٰ اطلاق دارد، خواه زن را طلاق بدهد یا طلاق ندهد، خواه زن، شوهر دیگری انتخاب کند یا نکند، مادامی که زن زنده است، زوج باید بر او انفاق کند.

صاحب جواهر در هنگام نقل اقوال می‌فرماید:

بلا خلاف معتد به اجده فیه. «۲»

دلیل:

دلیل عمده در این مسأله روایت صحیحه حلبی است.

... عن الحلبي، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: سألته، عن رجل تزوج جاریه فوقع بها فأفضاها قال: عليه الاجراء (ای الانفاق)

علیها ما دامت حیة. «۳»

(۱) ح ۲، وسائل، ج ۱۴، ابواب المصاهرة.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۴۲۶.

(۳) ح ۴، باب ۳۴ از ابواب محرمات بالمصاهرة.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۳۷

سند حدیث خوب است ولی دلالت آن خیلی وسیع است، و مادون تسع و مافوق آن را شامل می‌شود، زیرا جاریه به معنی دختر جوان (شایه) است که مادون و مافوق تسع را می‌گیرد، همچنین چه طلاق دهد یا ندهد، و چه شوهر کند یا نکند، همگی را شامل می‌شود. پس روایت عام است؛ ولی آن را به مادون البلوغ تخصیص زده‌اند، چون شهرت عظیمه‌ای است که برای مادون البلوغ است؛ اما هیچ دلیلی بر تخصیص غیر از فتوای مشهور نیست.

اما باید گفت شهرت حجت نیست بلکه انجبار ضعف سند است؛ و نمی‌تواند مخصّص واقع شود. بنابراین اگر جرأت کنیم بر خلاف مشهور فتویٰ دهیم باید بگوئیم که اگر افضاء شود چه مادون و چه مافوق تسع باشد، انفاق واجب است.

ما معتقدیم که اگر افضاء را به معنی «عطلها علی الازواج» بگیریم (زنی که شوهر برای او پیدا نمی‌شود) چون زن به ضرر می‌افتد، باید تا آخر عمر بر او انفاق کند، اما اگر تعطیل بر ازواج نشد، یعنی طلاق گرفت و شوهر کرد، در اینجا انفاق کردن لازم نیست،

چون دو نفقه لازم نیست.

بعضی چنین توجیه کرده‌اند که یکی نفقه است و دیگری جریمه، ولی این توجیه دلیلی ندارد و اطلاق شامل اینجا نمی‌شود.

جمع بندی:

فتوای ما وجوب انفاق است به دلیل شهرت، اجماع و اطلاق روایت صحیحه، و فرقی هم بین قبل از بلوغ و بعد از بلوغ نمی‌گذاریم؛ ولی اگر شوهر کند و یا بهبود یابد دیگر انفاق واجب نیست، اگر چه مشهور چنین قائل نیستند.

حکم سوّم: دیهٔ افضاء

اشاره

حکم به وجوب دیه بین اصحاب مشهور است و ادّعی اجماع بر آن شده است و حتی اهل سنت هم دیه را می‌گویند اگر چه بقیه احکام را نمی‌گویند.

ابن قدامه در مغنی می‌گوید:

اما الاول: فانّ الضّمان انّما يجب بوطنی الصّغیره أو النّحیفه التي لا تحتل الوطنی دون الکبیره المحتمله له (توانائی وطنی دارد) و بهذا قال ابو حنیفه و قال الشافعی يجب الضّمان فی الجمیع لانه جنایه فیجب الضّمان به «۱» در ادامه ابن قدامه در مقدار دیه بحث می‌کند که آیا مقدار دیه ثلث است یا دیه کامله؟ بعضی گفته‌اند که ثلث است چون «جنایت جائفه» است (جنایتی که سرایت به داخل بدن می‌کند) و بعضی گفته‌اند که دیه کامله است چون سقوط عن المنفعه الکئیه است و اگر منفعت به کلی ساقط شود دیه کامل لازم است.

نووی می‌گوید بعضی از عامه قائل به تفصیل شده‌اند یعنی اگر افضاء به گونه‌ای باشد که تعطیل بر ازواج شده باشد، دیه کامل است و اگر از قابلیت وطنی خارج نشود ثلث دیه است. «۲»

اما علماء خاصه همگی قائلند که دیه کامل را باید بدهد و دلیل آنها سه روایت است:

... عن سلیمان بن خالد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام ... و سألته عن رجل وقع بجاریه فافضاها

(عام است و قبل و بعد از تسع را شامل می‌شود)

و كانت إذا نزلت بتلك المنزله لم تلد

(چنان معیوب شده که صاحب فرزند نمی‌شود)؟

فقال: اللّیه کامله. «۳»

... عن حمران، عن ابی عبد الله عليه السلام قال: سئل عن رجل تزوّج جاریه بکراً لم تدرک فلما دخل بها اقتضها فافضاها فقال: ان

كان دخل بها حين دخل بها و لها تسع سنين فلا شیء علیه

(به قرینه ذیل منظور دیه است)،

و ان كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان لها اقل من ذلك بقليل حين اقتضها فانه قد افسدها و عطّلها علی الازواج فعلى الامام ان یغرمه

دیتها، و ان أمسکها و لم یطلقها حتّى تموت فلا شیء علیه «۴».

(مشهور به این ذیل فتوی نداده است). این حدیث هم توصیف به صحت شده است.

... عن برید بن معاویه، عن ابی جعفر عليه السلام فی رجل اقتض جاریه یعنی امرأته فافضاها؟ قال: علیه اللّیه ان كان دخل بها قبل

آن تبلیغ تسع سنین قال: و ان امسکها و لم یطلقها فلا شیء علیه ان شاء امسک و ان شاء طلق. «۵»

اما ذیل روایات را چه کنیم؟

بعضی مثل ابن جنید اسکافی به آن فتوی می‌دهند؛ ولی این حرف اشکال دارد و مشهور به آن عمل نکرده‌اند، چون دیه برای جنایت است و به محض جنایت واجب می‌شود و ساقط نمی‌شود و فرقی نمی‌کند که او را نگه دارد و یا طلاق دهد. مرحوم صاحب جواهر توجیهی دارد و می‌فرماید شاید ذیل روایت ناظر به جایی است که مصالحه کنند یعنی زن شرط کند که مرد او را طلاق ندهد، در مقابل، زن دیه نگیرد.

(۱) مغنی، ج ۹، ص ۶۵۲.

(۲) المجموع، ج ۱۹، ص ۱۲۶.

(۳) وسایل، ج ۱۹، ح ۱، باب ۹ از ابواب دیات المنافع.

(۴) ح ۱، باب ۳۴ از ابواب محرّمات بالمصاهره.

(۵) ح ۳، باب ۳۴ از ابواب محرّمات بالمصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۳۸

نتیجه:

دیه کامله واجب می‌شود به شرط اینکه قبل از تسع سنین افضاء حاصل شود؛ ولی سیأتی که افضاء دو قسم است: یک نوع افضاء در جایی است که تعطیل بر ازواج شود که دیه کامله دارد، چون هر عضو منفعتش بطور کلی تعطیل شود، دیه کامله دارد. ولی نوع دیگر آنجایی است که تعطیل بر ازواج نشود و قابل وطی باشد، بعید نیست که ما در این صورت تفصیل عامه را قائل شویم.

۱۱۸ ادامه مسئله ۱۲ ... ۸۰ / ۳ / ۹

حکم چهارم: بقاء زوجیت

اشاره

این مسأله مشهور است و به تعبیر بعضی، فتوای معظم، بلکه کل فقهاء است و مخالفی در مسأله نیست، و اگر هم باشد (یعنی به محض افضاء عقد منفسخ شود) خیلی شاذ است.

بقاء زوجیت به این معنی است که از هم ارث می‌برند، اگر این زن، چهارمین زن باشد، زوج، زن پنجم یا خواهر این زن را نمی‌تواند بگیرد.

ادله:

دلیل اول: استصحاب بقاء زوجیت

جواب: استصحاب در اینجا، استصحاب در شبهه حکمیّه است (آیا افضاء سبب انفساخ است؟) نه در شبهه موضوعیّه، زیرا در موضوع خارجی (مرأه خارجیّه افضاء شده) شک نداریم. و ما استصحاب را در شبهه حکمیّه حجت نمی‌دانیم و نمی‌توانیم به آن

استدلال کنیم؛ ولی می‌توان به نوع دیگری بدون آوردن نام استصحاب، مسأله را حل کرد.

از استقراء احکام شرع در نکاح و زوجیت دریافته‌ایم که انفساخ زوجیت در شرع اسبابی دارد و تا آن اسباب حاصل نشود زوجیت باقی است (مثل ملکیت که طبیعت آن دوام است و اسباب معینی برای فسخ هست)، طبیعت زوجیت هم بقاء است و اسباب انفساخ آن معین است و مسئله افضاء و جنایت از اسباب انفساخ نیست. پس زوجیت باقی است و اگر بخواهیم آن را جزء اسباب انفساخ بشمریم دلیل لازم داریم.

دلیل دوم: روایات

ذیل دو روایت حمران «۱» و برید «۲» که می‌فرمود:

«ان امسکها و لم یطلقها فلا شیء علیه»

با صراحت دلالت می‌کند که زوجیت باقی است و افضاء سبب جدائی نیست، بلکه طلاق باعث جدایی می‌شود.

جواب: مشکلی که ذیل این روایات دارد، این است که معمول بهای اصحاب نیست و مشهور به آن عمل نکرده‌اند، بنابراین نمی‌توان به آن عمل کرد. پس بر فرض که بپذیریم تجزیه در روایت صحیح باشد؛ ولی وقتی ذیل معمول بها نیست نمی‌توان به آن تمسک کرد و دلیل ما در مسأله فقط طبیعت زوجیت است.

در مقابل بعضی حکم به عدم بقاء زوجیت کرده‌اند و دو دلیل اقامه می‌کنند:

۱- حدیث مرسله یعقوب بن یزید «۳» که می‌فرمود

«فرق بینهما»

که به معنی انفساخ است.

جواب: این حدیث علاوه بر اشکالات متعدّد در دلالت، از حیث سند هم ضعیف و مرسله است.

۲- در صورت افضاء زن، چگونه می‌توان حکم به حرمت ابدی داد، در حالی که بین حرمة ابدیه و بقاء زوجیت منافات است و جمع بینهما ممکن نیست، پس قائل به انفساخ می‌شویم.

جواب: ما حرمت ابدی را قبول نکردیم؛ پس این دلیل نیز باطل است.

فرع پنجم: افضاء چیست؟

اشاره

علماء شیعه و اهل سنت، در این مسأله اختلاف دارند. اختلاف علماء شیعه را می‌توان از مبسوط شیخ تا جواهر و مستمسک یافت، و اختلاف علماء عامّه را هم در کتاب المجموع نووی «۴» می‌توان یافت.

اقوال:

مجموعه اقوال در مورد تعریف افضاء پنج قول است.

مقدمه:

در نساء سه مجری هست، ۱- مجرای بول، ۲- مجرای حیض (که مجرای تولد و مقاربت هم هست)، ۳- مجرای غائط. فاصله بین مجرای اول و دوم غشاء و پرده نسبتاً نازکی است و آن پرده ممکن است که از هم گسسته شود؛ ولی غشاء و پرده‌ای که بین مجرای حیض و غائط است، نسبتاً ضخیم است که پاره شدن آن محال نیست؛ ولی این امر را بعید دانسته‌اند.

قول اول: اتحاد مسلکی (مجرای) البول و الحيض.

قول دوم: اتحاد مسلکی الحيض و الغائط.

قول سوم: اتحاد کل واحدٍ منهما (اتحاد مسلکی البول و الحيض)

(۱) ح ۱، باب ۳۴ از ابواب مِمَّا یحرم بالمصاهرة.

(۲) ح ۳، باب ۳۴ از ابواب مِمَّا یحرم بالمصاهرة.

(۳) ح ۲، باب ۳۴ از ابواب مِمَّا یحرم بالمصاهرة.

(۴) المجموع، ج ۱۹، ص ۱۲۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۳۹

او مسلکی الحيض و الغائط).

قول چهارم: اتحاد المسالک الثلاثة.

قول پنجم: اتحاد مسلکی البول و الغائط.

این قول معنای درستی ندارد، زیرا بدون از بین رفتن غشاء مابین مجرای بول و حیض، این امر محال است.

۱۱۹ ادامه مسئله ۱۲ ... ۱۲ / ۳ / ۸۰

حقیقت مسأله:

اشاره

برای پیدا کردن معنای صحیح افضاء باید سراغ ریشه مسأله رفت.

افضاء در روایات:

کلمه «افضاء» در احادیث ما به چند عنوان وارد شده است:

۱- «افضاء» در سه حدیث. «۱»

۲- «اقتض» از ماده اقتضاض به معنی پارگی (افضاء و اقتضاض لازم و ملزوم هم هستند).

۳- «افساد».

۴- «عطلها علی الازواج».

افضاء در لغت:

«افضاء» در لغت از ماده فضا (وسعت و میدان) به معنی توسعه دادن است. ارباب لغت «اتحاد المسلمین» را به عنوان یکی از معانی افضاء شمرده‌اند، از جمله قاموس چنین دارد: الافضاء هو اتحاد المسلمین، شاید در نظرشان مسلم بوده است که اتحاد مسلک اول و

دومّ مراد است. لسان العرب هم می‌گوید: الافضاء اتّحاد المسلکین که ایشان هم تبیین نکرده‌اند که کدام دو مسلک مراد است، فقط مجمع البحرین بعد از بیان «اتّحاد المسلکین» آن را چنین تفسیر می‌کند: ای مسلک البول و الغائط که گفتیم این معنی بدون عبور از مسلک دومّ امکان‌پذیر نیست.

سؤال: آیا ارباب لغت که اتّحاد مسلکین را مطرح کرده‌اند، این معنی را از فقهاء گرفته‌اند، یا فقهاء از آنها؟

کلید حلّ مشکل:

در اینجا نکته‌ای هست که ممکن است کلید حلّ مشکل باشد.

توسعه دادن در دستگاه تناسلی، بدون تخریب دیواره‌های بین مجاری ممکن نیست و دیواری که احتمال بیشتری در خراب شدن آن هست، مجرای اولّ و دومّ است؛ ولی خراب شدن دیوار بین مجرای دومّ و سومّ بعید است که اگر خراب شود بازهم افضاء است و اگر هر سه هم خراب شود، باز توسعه است و افضاء.

پس فقهاء از ریشه لغوی استفاده کرده و «افضاء» را معنی کرده‌اند و «اتّحاد مسلکین» که بعضی از لغویون آن را ذکر کرده‌اند از کلام فقهاء گرفته شده، بنابراین در اینجا نیازی نیست سراغ اجماع برویم، همانگونه که بعضی مدرک منحصر به فرد را اجماع دانسته‌اند.

اگر بخواهیم عناوین موجود در روایات افضاء را در یک عنوان جمع کنیم، معیار کدام یک از این عناوین است؟

معیار عنوان چهارم است، «عطلها علی الازواج» یعنی تعطیل بر ازواج، قدر متیقّن از افضاء است، تعطیل بر ازواج هم از دو جنبه است: ۱- تعطیل از ناحیه ولادت (صارت بحیث لا تلد).

۲- تعطیل از ناحیه مقاربت

سؤال: اگر پارگی حاصل شد، اما بگونه‌ای بود که تعطیل بر ازواج نشد (ناقص شده اما از کار نیافتاده و فرزند می‌آورد و قابل وطی است) آیا احکام افضاء جاری است؟

جواب: معیار ما در افضاء عطلها علی الازواج است، پس احکام افضاء جاری نیست، به عبارت دیگر روایت حمران «۲» (لأنه افسدها و عطلها علی الازواج)

مثل قیاس منصوص العله است، قیاس منصوص العله گاهی محدود می‌کند و گاهی توسعه می‌دهد (العله تعمّم و تخصّص).

در ما نحن فیه علتّ توسعه می‌دهد، یعنی اگر پارگی منجر به تعطیل بر ازواج نشود نمی‌توان احکام افضاء را جاری کرد چون علتّ منصوصه مقدّم است.

نتیجه: در باب افضاء از نظر موضوع تنها جائی قائل به افضاء هستیم که تعطیل بر ازواج شود، (در جنبه ولادت و مقاربت) و لعلّ که نظر مشهور هم همین باشد، چون مشهور مطلق گفته‌اند و تناسب مسأله این است که اگر زن از کار نیافتاده است، چرا دیه کامله داده شود، دیه کامله یا برای قتل است یا برای از کار افتادن کامل یک عضو و در نقصان فی الجملة عضو، دیه کامله نداریم، پس اگر بطور کامل از کار نیافتاده، دیه کامل و انفاق الی الابد لازم نیست.

بقی هنا امران:

الامر الاول: اگر افضاء را ترمیم کردند و معالجه شد (که در عصر و زمان ما کاملاً میسر است)

لا سیما که بسهولة ممکن باشد، آیا در این صورت باز دیه کامله و انفاق الی الابد لازم است؟

جواب: انصاف این است که ادلّه ما شامل اینجا نمی شود، چون

(۱) ح ۱ و ۳ و ۴ باب ۳۴ از ابواب مصاهره.

(۲) ح ۱، باب ۳۴ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۴۰

در باب دیات اشباه و نظائر متعدد دارد مثلاً اگر گردن بشکند به گونه ای که دیگر صاف نایستد، دیه اش کامل است، اما اگر معالجه شود، در این صورت ارش ثابت است و یا مثلاً در صورت شکستن ستون فقرات به گونه ای که کمر شخص منحنی شود یا نتواند بنشیند و راه برود، دیه کامل دارد؛ ولی اگر معالجه شود، دیه آن صد دینار است (یک دهم دیه کامل)، همچنین در اعضاء دیگر اگر سالم شود دیه اول ثابت نیست، پس موارد کثیره ای در باب دیات داریم، که دیه بعد از بهبودی تقلیل می یابد. حال چگونه در اینجا به اطلاق تمسک کنیم؟ پس ما در اینجا می گوئیم احکام افضاء جاری نیست (دیه کامله یا دیه منصوصه ندارد) و باید ارش بدهند و انفاق مادام العمر هم لازم نیست.

الامر الثانی: اگر بعد از سن بلوغ افضاء شود

مشهور و معروف می گویند که مطلقاً ضمانی نیست. آیا در اینجا تفصیل لازم نیست؟

یعنی در مواردی ممکن است با وجود بلوغ زوجه، زوج و زوجه به هم نخورند و خوف خطر باشد، آیا در این صورت اگر افضاء شود بازهم ضامن نیست؟

جواب: این مسأله دو صورت دارد. ما می گوئیم اگر خطر و ضرری باشد (مثلاً زوجه سابقاً قابل وطی بوده و اکنون بیماری پیدا کرده که مقاربت با او خطر دارد) در این صورت تمکین بر زن لازم نیست و اگر زوج اصرار کند، ضامن است، چون حق ندارد. صورت دیگر در جایی است که خوفی نبوده و طرفین راضی بوده اند (خوف ضرر نبوده) ولی حادثه ای واقع شد، در اینجا نمی توان زوج را ضامن دانست، چون حادثه مستند بفعل کلیهما بوده است. پس فتوای مشهور را که به طور مطلق فرموده اند: «در ما فوق سن بلوغ ضمانی نیست» باید استثنا زد چون مقتضای ادله چنین است.

مسأله ۱۳: لا يجوز ترک وطء الزوجة اکثر من اربعة اشهر الا باذنها]

اشاره

۱۲۰ مسئله ۱۳ (ترک وطء الزوجه اکثر من اربعة اشهر ...) ۸۰ / ۳ / ۱۳

مسأله ۱۳: لا يجوز ترک وطء الزوجة اکثر من اربعة اشهر الا باذنها حتى المنقطعة على الاقوى، و يختص الحكم بصورة عدم العذر، و اما معه فيجوز الترك مطلقاً مادام وجود العذر، كما اذا خيف الضرر عليه أو عليها و من العذر عدم الميل المانع عن انتشار العضو، و هل يختص الحكم بالحاضر فلا بأس على المسافر و إن طال سفره أو يعتمها فلا يجوز للمسافر اطالة سفره أزيد من أربعة اشهر، بل يجب عليه مع عدم العذر الحضور لإيفاء حق زوجته؟

قولان، اظهرهما الاول، لكن بشرط كون السفر ضرورياً و لو عرفا كسفر تجارة أو زيارة أو تحصيل علم و نحو ذلك دون ما كان لمجرد الميل و الانس و التفرج و نحو ذلك على الاحوط.

عنوان مسأله:

ترک وطی زوجه بیش از چهار ماه جایز نیست. زیرا یکی از حقوق زوجیت این است که در طول چهار ماه وطی انجام شود و اگر شوهر در این مدت وطی را ترک کند گناه کرده و حق زوجه را ضایع کرده است.

اقوال:

مسأله معروف و مشهور و ادعای اجماع بر آن شده است.

صاحب حدائق می‌فرماید:

قد صرح الاصحاب، بانه لا يجوز ترك وطء الزوجه اكثر من اربعة اشهر. (۱)

شهید در مسالک می‌فرماید:

هذا الحكم موضع وفاق، و به حدیث ضعیف السند...، العائنه ان عمر سأل نساء اهل المدينة- لما أخرج ازواجهن الى الجهاد و سمع

امراً تنشداً بآیاتاً من جملتها:

فو الله لو لا الله لا شيء غيره لزلزل من هذا السرير جوانبه

- عن اكثر ما تصبر المرأة عن الجماع؟ فقيل له: اربعة اشهر، فجعل مدة المضروبة للغيبه اربعة اشهر. (۲)

ظاهراً اهل سنت هم قائل به چهار ماه هستند و سفر و حضر در نزد آنها یکسان است.

ادله:

دلیل اول: اجماع

تکیه بر اجماع در این مسأله که دلائل دیگری هم دارد، مشکل است.

دلیل دوم: لزوم عسر و حرج و ضرر

با استفاده از آیه «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (۳)، و «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ» (۴) و روایت

لا ضرر

حکم می‌کنیم به عدم جواز ترک وطی زوجه بیش از چهار ماه، زیرا اگر بیش از این مقدار بشود، ممکن است عسر و حرج و ضرر حاصل شود. مخصوصاً اگر مرأه شائبه باشد، اما چون عسر و حرج و ضرر یختلف باختلاف الاشخاص

(۱) حدائق، ج ۲۳، ص ۸۹.

(۲) مسالک، ج ۷، ص ۶۶ و ۶۷.

(۳) آیه ۷۸، سوره حج.

(۴) آیه ۱۸۵، سوره بقره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۴۱

و الموارد، بنابراین دلیل بر قول مشهور نمی‌تواند باشد.

دلیل سوم: آیه ایلاء

لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ* وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ «۱».

ترجمه: کسانی که زنان خود را ایلاء می‌نمایند [سوگند یاد می‌کنند که با آنها آمیزش جنسی ننمایند] حق دارند چهار ماه انتظار بکشند (و در ضمن این چهار ماه، وضع خود را با همسر خویش از نظر ادامه زندگی یا طلاق، روشن سازند) اگر (در این فرصت) بازگشت کنند (چیزی بر آنها نیست زیرا) خداوند آمرزنده و مهربان است* و اگر تصمیم بر جدائی گرفتند، (آن هم با شرایطش مانعی ندارد) خداوند شنوا و داناست.

در اینجا شارع اجازه چهار ماه انتظار را داده است و می‌گوید بعد از آن باید یا طلاق دهد یا رجوع کند، بنابراین معلوم می‌شود که تأخیر بیش از چهار ماه به حسب طبیعت الحال جایز نیست.

این دلیل خوبی است و صاحب جواهر «۲» به آن اشاره کرده است؛ ولی خیلی‌ها متعزض آن نشده‌اند. شاید کلمات ائمه در روایات هم متکی به آیه شریفه باشد.

دلیل چهارم: روایات

۱- روایت صفوان بن یحیی

(عمدتاً به این روایت استدلال شده است)

این روایت را شیخ طوسی در تهذیب و استبصار و مرحوم صدوق در من لا یحضر نقل کرده است. روایت سه طریق دارد که فقط یکی از طرق صحیح است، طریقی که در سند آن، علی بن احمد بن اشیم دارد، مجهول الحال است، و معتبر نیست (صاحب مسالک به این مطلب اشاره دارد).

... عن صفوان بن یحیی، عن ابی الحسن الرضا علیه السلام انه سأل عن الرجل تكون عنده المرأة الشائبة فیمسک عنها الا شهر و السنة لا یقربها لیس یرید الاضرار بها یكون لهم مصیبه (مصیبت زده هستند)

، یكون فی ذلك آثماً؟ قال: اذا ترکها اربعة اشهر کان آثماً بعد ذلك «۳».

تنها مشکل حدیث این است که مخصوص شائبة است در حالی که موضوع بحث ما عام است، بنابراین بعضی بخاطر همین حدیث، حکم را به شائبة منحصر کرده‌اند. دلالت این حدیث و سندش خوب است و ظاهراً مستند مشهور هم همین حدیث است.

۲- مرسله جعفر بن محمد عن ابی عبد الله علیه السلام:

... عن جعفر بن محمد، عن بعض رجاله، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: من جمع من النساء ما لا ینکح (مقاربت نکند)

فرنا منهنّ شیء فالاثم علیه «۴».

این حدیث از نظر سند مشکل دارد و مرسله است و از نظر دلالت هم چهار ماه ندارد و فقط فی الجملة می‌تواند مؤید باشد.

بنابراین عمده دلیل، آیه ایلاء و روایت صفوان است و بقیه مؤیدات هستند.

نتیجه: می‌توان از مجموع این دلائل، حکم عام مطلق، اعم از شائبة و غیر شائبة را ثابت کرد که «لا یجوز ترک وطئ الزوجه الشائبة أو

غیر شائبه اکثر من اربعه اشهر».

استثنا: از این حکم «الْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ» (زنان از کار افتاده) مستثنی است چون آیه از آنها انصراف دارد.

ان قلت: اگر زوجه‌ای شائبه باشد و تا چهار ماه صبر ندارد بلکه تا یک ماه هم صبر ندارد، در اینجا فتویٰ داده‌اند که يجب علی الزوج الوطاء، این وجوب بنابر چه معیاری است؟ آیا عسر و حرج است، یا دلیل لا ضرر، یا مرسله، یا دلیل امر به معروف و نهی از منکر (یعنی این زوجه نهی از منکر نمی‌شود مگر اینکه در فواصل کوتاهتری با او مقاربت شود)؟

قلنا: در این گونه موارد بنابر مجموع ادلّه سابق قائل به وجوب هستیم و دلیل امر به معروف و نهی از منکر هم می‌تواند علاوه بر ادلّه قبلی، دلیل دیگری بر وجوب باشد.

بقی هنا امران:

الامر الاول: هل هناک فرق بین المسافر و الحاضر؟

در این مسأله اختلاف است، مرحوم شهید ثانی در کتاب لمعه فرموده مطلقاً فرقی نیست ولی در مسالک فرموده عدم جواز مخصوص حاضر است. صاحب جواهر و بعضی دیگر به اطلاق ادلّه تمسک کرده‌اند (آیه ایلاء و روایت صفوان و معقد اجماعات مطلق هستند) ولی بعضی مثل خود صاحب جواهر در ذیل کلامش می‌فرماید لعل کسی ادعای انصراف کند، اگر دلیل انصراف روایت عمر باشد، روایت او برای ما حجت نیست، و اگر دلیل انصراف سیره باشد یعنی چون در قدیم سفرها طول می‌کشید و کسی نمی‌گفت سفرت را طولانی نکن، پس ادعای سیره کنیم. و لکن الانصاف: این سیره مسلم نیست و لعل سیره در جائی بوده

(۱) آیه ۲۲۶ و ۲۲۷، سوره بقره.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۱۱۶.

(۳) ح ۱، باب ۷۱ از ابواب مقدمات نکاح.

(۴) ح ۲، باب ۷۱ از ابواب مقدمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۴۲

که زوجه رضایت داشته است (اما للزيارة او للتجارة أو غیرهما) و در غیر این مورد، ادعای سیره مشکل است. بنابراین اگر سفر طولانی باشد و ضرورتی در کار نباشد جلب رضایت زوجه لازم است.

الامر الثاني: هل هناک فرق بین الدائمة و المنقطعه؟

بعضی فرق نگذاشته‌اند و تمسک به اطلاق ادلّه کرده‌اند؛ ولی آیه اطلاق ندارد چون حکم ایلاء در منقطعه نیست. بنابراین آیه دلالت ندارد.

آیا روایت صفوان عمومیت دارد؟

بعضی گفته‌اند که منقطعه را نمی‌گیرد، چون منقطعه خیلی از احکام زوجیت را ندارد (حق القسم، نفقه، ارث)، به نظر می‌رسد که از منقطعه این حکم منصرف است و لکن احتیاط این است که در منقطعه طولانی مدت هم این حکم جاری است.

نتیجه: الاحوط لولا الاقوی العموم فی المسأله.

[مسئله ۱۴ (حکم العزل)]**اشاره**

۱۲۱ مسئله ۱۴ (حکم العزل ...) ۸۰ / ۳ / ۱۶

مسئله ۱۴: لا اشکال فی جواز العزل، و هو اخراج الآله عند الانزال و افراغ المنی الی الخارج فی غیر الزوجه الدائمه الحره، و کذا فیها مع اذنها، و اما فیها بدون اذنها ففیه قولان، اشهرهما الجواز مع الکراهه و هو الأقوی، بل لا یبعد عدم الکراهه فی الّتی علم أنّها لا تلد، و فی المسئله و السلیطه و البذیه و الّتی لا ترضع ولدها، کما انّ الأقوی عدم وجوب دیه النطفه علیه و ان قلنا بالحرمة، و قیل بوجوبها علیه للزوجه، و هی عشره دنانیر، و هو ضعیف فی الغایه.

عنوان مسأله:

هل يجوز العزل (جلو گیری از انعقاد نطفه) ام لا؟ در زمان گذشته تنها راه جلو گیری از انعقاد نطفه، «عزل» بود.

محلّ کلام:

مسئلاً در بعضی از موارد مثل امه، عقد منقطع و حره دائمه با رضایتش، عزل جایز است، و محلّ کلام تنها در مورد حره دائمه‌ای است که رضایت ندارد. آیا زوج در این مورد می‌تواند عزل کند؟

اقوال:

مسأله اختلافی است، مشهور قائل به «جواز مع الکراهه» است؛ اما اقلیتی از قدماء مثل شیخ طوسی و شیخ مفید و جماعت دیگری قائل به «حرمت» شده‌اند و حتّی گفته‌اند که دیه هم دارد.

ادله حرمت عزل:

دلایلی برای حرمت عزل اقامه شده است:

۱- روایتی که از طرق خاصه و عامه نقل شده است:

* دعائم الاسلام: عن جعفر بن محمد علیه السلام أنّه قال: الوأد (زنده به زیر خاک کردن)

الخفی أن یجامع الرجل المرأه، فاذا احسّ الماء نزعها منها فأنزله فیما سواها، فلا تفعلوا ذلك، فقد نهی رسول الله صلی الله علیه و آله ان یعزل عن الحره الا باذنها، و عن الامه الا باذن سیدها «۱».

۲- روایتی است که از طرق عامه به همین مضمون نقل شده است.

... * و سأله عن العزل فقال رسول الله صلی الله علیه و آله: الوأد الخفی. «۲»

۳- روایاتی که در موارد خاصه دلالت بر جواز می‌کند و مفهوم دارد، یعنی در غیر این موارد لا يجوز العزل.

... * عن يعقوب الجعفی قال: سمعت أبا الحسن

(موسی بن جعفر علیه السلام)

يقول: لا بأس بالعزل في سته وجوه: المرأة التي تيقنت أنها لا تلد، و المسنة و المرأة السليطة و البديّة
(بد زبان)

و المرأة التي لا ترضع ولدها و الامه «۳».

مفهوم روایت این است که «فی غیره بأس»

جواب از دلیل: بأس همیشه دلالت بر حرمت ندارد، زیرا در موارد کثیره‌ای هم در کراهت به کار می‌رود، پس اعم از حرمت و کراهت است.

۴- روایاتی که دلالت بر دیه می‌کنند:

روایاتی «۴» که می‌گویند انزال خارج رحم دیه دارد و مقدار آن ده دینار است که یک صدم دیه کامله است، چون دیه برای جنایت است پس این کار هم جنایت است و حرام.

جواب از دلیل: روایات نشان می‌دهد که دیه در جایی است که کسی دیگری را اجبار کند که ماء را در خارج از رحم بریزد، و در اینجا چون حق مرد ضایع شده است، باید دیه پردازند و این دیه بخاطر جنایتی است که بر مرد وارد شده و این غیر از بحث ما است، چون بحث ما در جایی است که مرد به رضایت خودش این کار را بکند.

نتیجه: این چهار دلیل هیچ کدام مورد قبول نیست، زیرا دلیل اول و دوم سند نداشت (اولی از دعائم الاسلام بود و دومی هم سنن

(۱) مستدرک الوسائل، ج ۱۴، ح ۱، باب ۵۷ از ابواب مقدمات نکاح.

(۲) سنن بیهقی، ج ۷، ص ۲۳۱.

(۳) ح ۴، باب ۷۶ از مقدمات نکاح.

(۴) وسائل، ج ۱۹، کتاب الديات، باب ۱۹ از ابواب ديات الاعضاء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۴۳

بيهقي بود که برای ما حجت نیست) و دلیل سوم و چهارم هم دلالت ندارد.

سلمانکه دلالتی هم داشته باشد؛ ولی در مقابل اینها روایاتی داریم که دلالت بر جواز می‌کند:

دلیل جواز عزل: روایات

□

... عن محمد بن مسلم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العزل:

فقال: ذاك الى الرجل يصرفه حيث شاء. «۱»

احادیث دیگر «۲» این باب هم دلالت دارد. وقتی این گروه دوم روایات که مطابق اصالة الحلیة و مطابق مشهور است، در کنار روایات سابقه قرار دهیم، ترجیح با جواز است، لا سیما روایاتی هم داریم که تعبیر به کراهت دارد و شاهد بر جمع است.

... عن محمد بن مسلم، عن احدهما عليه السلام انه سئل عن العزل فقال:

اما الامه فلا بأس فأما الحرّة فأتى اكره ذلك ألا أن يشترط عليها حين يتزوجها. «۳»

حدیث دوم این باب هم همین مضمون را دارد.

الامر الاول: در صورتی که زن ناراضی باشد و اگر باردار نشود، احتمال ضرر هم باشد

(مثلاً مریض می‌شود، جسماً یا روحاً) آیا در این صورت عزل جایز است؟

در اینجا با ادله

«لا ضرر»

می‌توانیم بگوئیم که عزل حرام است.

الامر الثاني: آیا کراهت یا حرمت عزل به سبب مشکلات کثرت اولاد مرتفع می‌شود؟

کثرت اولاد دو رقم مشکل ایجاد می‌کند، گاهی مشکل فردی مثل تأمین زندگی، تربیت اولاد و... و گاهی مشکلات اجتماعی مثل مشکلات فرهنگی، اقتصادی، اخلاقی، امنیتی، بهداشتی ایجاد می‌کند. اگر در برهه‌ای از زمان دیدیم مشکلاتی هست می‌توان گفت که کراهت برطرف می‌شود، زیرا معیاری که در مستثنیات شش‌گانه (در روایت) بود، در این مورد به طریق اولی هست و مشکلات در اینجا بیشتر است، بنابراین کراهت برطرف می‌شود. منتهی افراط و تفریط باطل است.

الامر الثالث: عزل یکی از مصادیق جلوگیری است،

در زمان ما مصادیق دیگری هم وجود دارد، مثل قرصها، استفاده از وسایل جلوگیری و بستن لوله‌ها، آیا احکام عزل در این موارد هم جاری است؟

لحن روایات اینها را هم می‌گیرد، تناسب حکم و موضوع هم همین است چون عزل برای جلوگیری از انعقاد ولد است و موارد دیگری هم که مشابه عزل است باید حکم آن را داشته باشد و اگر در مورد عزل قائل به کراهت یا حرمت یا استثنا شویم، در موارد دیگر هم همین را می‌گوئیم.

(۱) ح ۱، باب ۷۵ از ابواب مقدمات نکاح.

(۲) ح ۲ و ۳ و ۴ و ۵ باب ۷۵ از مقدمات نکاح.

(۳) ح ۱، باب ۷۶ از ابواب مقدمات نکاح.

درباره مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

بسم الله الرحمن الرحيم

جَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (سوره توبه آیه ۴۱)

با اموال و جانهای خود، در راه خدا جهاد نمایید؛ این برای شما بهتر است اگر بدانید حضرت رضا (علیه السلام): خدا رحم نماید بنده‌ای که امر ما را زنده (و برپا) دارد... علوم و دانشهای ما را یاد گیرد و به مردم یاد دهد، زیرا مردم اگر سخنان نیکوی ما را (بی آنکه چیزی از آن کاسته و یا بر آن بیافزایند) بدانند هر آینه از ما پیروی (و طبق آن عمل) می‌کنند

بنادر البحار-ترجمه و شرح خلاصه دو جلد بحار الانوار ص ۱۵۹

بنیانگذار مجتمع فرهنگی مذهبی قائمیه اصفهان شهید آیت الله شمس آبادی (ره) یکی از علمای برجسته شهر اصفهان بودند که در دلدادگی به اهل بیت (علیهم السلام) بخصوص حضرت علی بن موسی الرضا (علیه السلام) و امام عصر (عجل الله تعالی فرجه

الشریف) شهره بوده و لذا با نظر و درایت خود در سال ۱۳۴۰ هجری شمسی بنیانگذار مرکز و راهی شد که هیچ وقت چراغ آن خاموش نشد و هر روز قوی تر و بهتر راهش را ادامه می دهند.

مرکز تحقیقات قائمیه اصفهان از سال ۱۳۸۵ هجری شمسی تحت اشراف حضرت آیت الله حاج سید حسن امامی (قدس سره الشریف) و با فعالیت خالصانه و شبانه روزی تیمی مرکب از فرهیختگان حوزه و دانشگاه، فعالیت خود را در زمینه های مختلف مذهبی، فرهنگی و علمی آغاز نموده است.

اهداف: دفاع از حریم شیعه و بسط فرهنگ و معارف ناب ثقلین (کتاب الله و اهل البیت علیهم السلام) تقویت انگیزه جوانان و عامه مردم نسبت به بررسی دقیق تر مسائل دینی، جایگزین کردن مطالب سودمند به جای بلوتوث های بی محتوا در تلفن های همراه و رایانه ها ایجاد بستر جامع مطالعاتی بر اساس معارف قرآن کریم و اهل بیت علیهم السلام با انگیزه نشر معارف، سرویس دهی به محققین و طلاب، گسترش فرهنگ مطالعه و غنی کردن اوقات فراغت علاقمندان به نرم افزار های علوم اسلامی، در دسترس بودن منابع لازم جهت سهولت رفع ابهام و شبهات منتشره در جامعه عدالت اجتماعی: با استفاده از ابزار نو می توان بصورت تصاعدی در نشر و پخش آن همت گمارد و از طرفی عدالت اجتماعی در تزریق امکانات را در سطح کشور و باز از جهتی نشر فرهنگ اسلامی ایرانی را در سطح جهان سرعت بخشید.

از جمله فعالیت های گسترده مرکز:

الف) چاپ و نشر ده ها عنوان کتاب، جزوه و ماهنامه همراه با برگزاری مسابقه کتابخوانی

ب) تولید صدها نرم افزار تحقیقاتی و کتابخانه ای قابل اجرا در رایانه و گوشی تلفن همراه

ج) تولید نمایشگاه های سه بعدی، پانوراما، انیمیشن، بازیهای رایانه ای و ... اماکن مذهبی، گردشگری و ...

د) ایجاد سایت اینترنتی قائمیه www.ghaemiyeh.com جهت دانلود رایگان نرم افزار های تلفن همراه و چندین سایت مذهبی دیگر

ه) تولید محصولات نمایشی، سخنرانی و ... جهت نمایش در شبکه های ماهواره ای

و) راه اندازی و پشتیبانی علمی سامانه پاسخ گویی به سوالات شرعی، اخلاقی و اعتقادی (خط ۲۳۵۰۵۲۴)

ز) طراحی سیستم های حسابداری، رسانه ساز، موبایل ساز، سامانه خودکار و دستی بلوتوث، وب کیوسک، SMS و ...

ح) همکاری افتخاری با دهها مرکز حقیقی و حقوقی از جمله بیوت آیات عظام، حوزه های علمیه، دانشگاهها، اماکن مذهبی مانند مسجد جمکران و ...

ط) برگزاری همایش ها، و اجرای طرح مهد، ویژه کودکان و نوجوانان شرکت کننده در جلسه

ی) برگزاری دوره های آموزشی ویژه عموم و دوره های تربیت مربی (حضور و مجازی) در طول سال

دفتر مرکزی: اصفهان/خ مسجد سید/ حد فاصل خیابان پنج رمضان و چهارراه وفائی / مجتمع فرهنگی مذهبی قائمیه اصفهان

تاریخ تأسیس: ۱۳۸۵ شماره ثبت: ۲۳۷۳ شناسه ملی: ۱۰۸۶۰۱۵۲۰۲۶

وب سایت: www.ghaemiyeh.com ایمیل: Info@ghaemiyeh.com فروشگاه اینترنتی:

www.eslamshop.com

تلفن ۲۵-۲۳-۲۳۵۷۰۲۳ (۰۳۱۱) فکس ۲۳۵۷۰۲۲ (۰۳۱۱) دفتر تهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ (۰۲۱) بازرگانی و فروش ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹ امور

کاربران (۰۳۱۱)۲۳۳۳۰۴۵

نکته قابل توجه اینکه بودجه این مرکز؛ مردمی، غیر دولتی و غیر انتفاعی با همت عده ای خیر اندیش اداره و تامین گردیده و لی جوابگوی حجم رو به رشد و وسیع فعالیت مذهبی و علمی حاضر و طرح های توسعه ای فرهنگی نیست، از اینرو این مرکز به فضل



مرکز تحقیقات و ترجمه

اصفهان

گام‌ها

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

