



درس خارج فقه نکاح - جلسه ۴۶۹

حضرت آیت الله العظمی جوادی آملی دامت برکاته

أعوذ بالله من الشيطان الرجيم

بسم الله الرحمن الرحيم

مسئله دهم از مسایل هفده گانه احکام مهر را که مرحوم محقق در متن شرایع ذکر کردند این است: «لو وهبته نصف مهرها مشاعاً ثم طلقها قبل الدخول فله الباقي و لم يرجع عليها بشيء سواء كان المهر ديناً أو عينا صرفاً للهبه إلى حقها منه».^۱ مستحضرید که مهر «بتمامه» ملک طلق زوجه می شود، ملک طلق منافات ندارد که متزلزل باشد، طلق در مقابل متزلزل نیست طلق در مقابل مقید است؛ مثل رهن، مثل وقف و مانند آن، هیچ جزیی از اجزای مهر بسته نیست لذا زن می تواند در تمام این مهر تصرف بکند آن را ثمن یک مبیع قرار بدهد، اجرت یک اجیر قرار بدهد و مانند آن؛ چون طلق بودن غیر از مرهون و یا وقف بودن است. این مهر، شرکت نیست مگر در بخش استقلال و تزلزل. اگر مالی برای شخص واحد باشد، مسئله کسر مشاع و مسئله «کلی فی المعین» و امثال آن مطرح نیست. اگر دو نفر در یک مالی سهام باشند و سهم یکی مثلاً بیشتر باشد یا او اصیل باشد، درباره سهم دیگر چند نظر است؛ آن دیگری که یک سهمی در این مال دارد یا به نحو شرکت است یا به نحو «کلی فی المعین» - در مسئله «خمس» و «زکات» اینها را کاملاً مبسوطاً بیان کردند - «کلی فی المعین» این است که آن سهم بر هر جزیی قابل تطبیق است، یک؛ و تطبیق آن هم به دست «أحد المالكين» است که اصیل است، دو؛ مثلاً در جریان «زکات» که گفته شد زکات

۱. شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۲۷۴.

«فَمَا سَقَتِ السَّمَاءُ الْعُشْرُ»^۱ و آنجا که با دلو و مانند آن آبیاری می‌شود یک بیستم است و آنجا که با باران آبیاری می‌شود یک دهم یعنی آنچه که از این مزرعه به دست آمد یک دهم آن زکات است که مصارف هشت‌گانه را سوره «توبه»^۲ بیان کرده است. این یک دهم اگر به نحو کسر مشاع باشد هر حبه گندمی که دست روی آن بگذارند یک دهم آن برای مستحق زکات است. ولی اگر به نحو «کلی فی المعین» باشد اگر این گندم مثلاً صد من هست ده من آن زکات است این ده من به نحو «کلی فی المعین» در مال زکوی است و تعیین این «کلی فی المعین» هم به دست مالک زکات است که مؤدی زکات است لذا او از هر جزیی می‌تواند به عنوان زکات استخراج کند حتی می‌تواند ده دهم آن را صرف کند یک دهم باقی بماند و این یک دهم بشود زکات، چرا؟ چون مستحق زکات و مصرف زکات یک دهم این صد من را حق دارد، یک؛ و در تمام اجزاء سهیم و شریک نیست، دو؛ این یک دهم ده تا جزء دارد بر هر کدام از این اجزای ده‌گانه تطبیق بشود همان است و تعیین و تطبیق آن یک دهم بر این اجزای ده‌گانه هم به دست مالکی است که باید زکات ادا کند. همین طبق دارها که میوه می‌فروشند کسی می‌گوید من یک کیلو انگور می‌خواهم، این شخص با او قرارداد می‌کند می‌گوید که اگر بخواهی یک کیلو انگور از آن طبق بگیری من باید انتخاب بکنم در این پاکت بریزم و به شما بدهم او قبول می‌کند؛ یک وقت است مشتری می‌گوید من خودم باید انتخاب بکنم حق انتخاب به عهده من است. این یک کیلو در این طبق میوه «کلی فی المعین» است اگر قرارداد این باشد که میوه‌فروش جدا بکند این «کلی فی المعین» بر آنچه که میوه‌فروش تطبیق کرده است منطبق می‌شود و اگر خریدار میوه انتخاب بکند بر آن اجزای مثلاً بهتری که خودش

۱. عوالی اللثالی العزیزیه فی الأحادیث الدینیة، ج ۲، ص ۲۳۱.

۲. سوره توبه، آیه ۶۰: «إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسْكِينِ وَ الْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَ الْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَ فِي الرِّقَابِ وَ الْغَارِمِينَ وَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَ ابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَ اللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ».

انتخاب می‌کند تطبیق می‌شود. او یک کیلو از این صد کیلو را می‌خرد، تطبیق آن یا به دست فروشنده است بر اساس قرارداد یا به دست خریدار است بر اساس قرارداد، می‌گویند اگر شما تطبیق بکنید قیمت آن فلان است و اگر ما تطبیق بکنیم قیمت آن فلان است، این می‌شود «کلی فی المعین».

درباره زکات اگر «کلی فی المعین» باشد مثلاً محصول این خرمن صد من باشد مالک می‌تواند در تمام اجزای این گندم تصرف بکند ده من مانده را به عنوان زکات بدهد، چرا؟ چون تطبیق آن یک دهم بر این ده جزء به دست خود او است؛ ولی اگر گفتیم این «فَمَا سَقَتِ السَّمَاءُ الْعُشْرُ» به نحو «کلی فی المعین» نیست به نحو کسر مشاع است، کسر مشاع که شد به انتخاب او نیست، معنای کسر مشاع این است که هر حبه از گندمی که دست بزنید یک دهم آن برای مستحق زکات است نه دهم آن برای مالک، بنابراین او نمی‌تواند بدون اینکه حق مستحقین را بدهد مصرف کند هیچ ممکن نیست.

پرسش: ...

پاسخ: آن به اصول اولیه بر می‌گردد ولی وقتی دلیل، عنوان کسر مشاع دارد لذا در «خمس» خیلی‌ها این احتیاط می‌کنند؛ «خمس» یک عنوان کسر مشاعی است نظیر عُشْر، درباره عُشْر یک شواهدی دارند که تطبیق آن یک دهم به دست مالکی است که باید زکات بدهد، درباره «خمس» خیلی‌ها احتیاط می‌کنند که ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ﴾^۱ حالا - متأسفانه - ﴿أَنَّمَا﴾ نوشته شده است اصل آن این است «و اعلموا أن ما غنمتم» این «أن» حرف مشبیه به فعل است، این «ما» موصوله است اسم آن هست یعنی «الذی غنمتم» باید خمس آن را بدهید، خمس یعنی یک پنجم! خمس که یک پنجم است هر جزیی از این اموال را که شاید بخواهد دست بزند یک پنجم آن برای آن شش

۱. سوره انفال، آیه ۴۱.

نفری است که در قرآن کریم آمده است. پس اگر کسی مال غیر مخمس دارد حق ندارد در مالش تصرف بکند مگر با تأدیه خمس یا مگر با اذن فقیه «جامع الشرائط». اینکه می‌گویند دست‌گردان می‌کنند اذن می‌گیرند همین است! آن که لا ابالی است که باکش نیست؛ اما آن کسی که به دین و احکام دین بها می‌دهد او می‌داند که شریک است، شرکت او هم به نحو جزء کسر مشاع است نه «کلی فی المعین»، نه یک پنجم در این مال؛ مثل اینکه میوه‌فروش بگوید من یک کیلو به شما فروختم جدا کردنش به عهده من.

غرض این است که در «خمس» کسر مشاع است یعنی یک پنجم هر جزیی را که دست بزنند برای مستحق خمس است؛ لذا آنها که متشرع‌اند و مسئله‌دان هستند سال مالی‌شان که فرا رسید هیچ تصرف نمی‌کنند مگر اینکه مال را تخمیس بکنند یا به اذن فقیه «جامع الشرائط» دست‌گردان بکنند از طرف ایشان اجازه بگیرند که در این مال تصرف بکنند بعد تا موقعی که موفق بشوند به تخمیس. در جریان «زکات» یک قدری آسان‌تر است زکات طبق شواهدی که هست «کلی فی المعین» است یعنی یک دهم از این ده دهم باید به مستحق زکات داده بشود و تعیین آن به دست مالکی است که موظف به زکات است. اینها حکم «کلی فی المعین»، یک؛ کسر مشاع؛ دو، کسر مشاع یعنی هر جزیی را که دست بزنید یک سهم برای شریک است و یک سهم برای مالک.

حالا مهر چگونه است؟ مهر که شرکتی در کار نیست چون کل این مال با عقد ملک طلق زوجه می‌شود منتها نیمی از این «بالاستقلال» و نیمی از آن «بالتزلزل»؛ چون آن نیمی که به تزلزل است این مسئله را به بار می‌آورد که این زن در نصف به نحو کسر مشاع حق دارد یا «کلی فی المعین»؟ یک وقت است که اینها توافق می‌کنند می‌گویند این زمینی که مهریه شد و کلاً به زن منتقل شد منتها نیمی متزلزل و نیمی «بالاستقلال»، این ملک مشاع را افراز می‌کنند می‌گویند شرقی این برای زن، غربی این متزلزل باشد برای مرد، اگر افراز کردند حکم این مسئله

دهم روشن است که «لو وهبت» زن نصف مهر را بعد طلاق داده بشود آن نصف مانده ملک طلق زوجه می شود چون او نصف مهر را داد نصف مهر را زوجه می برد اگر افراز کردند و مشخص شد؛ ولی اگر افراز نکردند مثلاً این زمین هزار متر است مشترک بین زن و شوهر است منتها نیمی «بالاستقلال» و نیمی «بالتزلزل»، اگر به نحو کسر مشاع باشد پنجاه متر یا پانصد متر از این هزار متر یا پنجاه متر از این صد متر هر سانی متری که دست بزنید مشترک است، اگر «کلی فی المعین» باشد پنجاه متر از این صد متر هر گوشه ای که شوهر انتخاب بکند می تواند آن را به زوجه تحویل بدهد. یک وقت است که مهر دین است مثل صد تومان، این صد تومان «کلی فی المعین» و جزء مشاع و اینها را ندارد چون اجزای آن در خارج مشخص نیست این یک دینی در ذمه است؛ یک وقت است عین است اگر عین شد این سؤال مطرح است که زن به نحو «کلی فی المعین» مالک است یا به نحو جزء مشاع مالک است؟ این نصفی که بخشید بر جزء شرق یا بر جزء غرب یا بر جزء شمال یا بر جزء جنوب تطبیق می شود؟ بر کجای این نصف؟ تطبیق این به دست کیست؟ لذا می فرمایند اگر نصف مهر را بخشید و نصف دیگر ماند آن نصف مهر خود را بخشید نه نصف مشخص این عین خارجی را، این هزار متر را که پانصد متر آن شرقی است و پانصد متر آن غربی. این اول دعوا است و فقیه باید عهده دار حل این خصومت باشد.

پرسش: تعیین وقتی شد همین مقدار تعیین شده است، مقدار باقی مانده بر ذمه او است.

پاسخ: نه آنکه فرض اول بود. یک وقتی افراز می کنند می گویند این هزار متر مهریه باشد، این هزار متر ملک طلق زوجه می شود به عقد، یک؛ نیمی از این مستقل و نیمی متزلزل است، دو؛ اما آن نیمی که مستقل است و آن نیمی که متزلزل است کدام نیم است؟ نیم شرقی است یا نیم غربی است یا نیم شمالی است یا نیم جنوبی است؟ به نحو کسر مشاع است؟ اگر کسر مشاع بود هر سانی متری که دست بزنید نصف آن مستقل و نصف دیگر متزلزل

است، این خاصیت شرکت است؛ لذا فرمودند اگر نصف مهر را ببخشد اگر قبلاً افزاز شده باشد چیز روشنی است که این قسمت شرقی برای زن هست، آن قسمت غربی برای مرد است، او نصف مهر را بخشید نه نصف مانده را یعنی پانصد متر را بخشید چون مهر هزار بود پانصد متر را بخشید این پانصد متر اگر افزاز شده باشد این پانصد متر شرقی را به شوهر می‌دهد، آن پانصد متر غربی که در اختیار شوهر است این را هم به او می‌دهند کلاً برای او می‌شود؛ اما اگر افزاز شده نباشد هر جزیی را که حساب بکنند می‌بینند به اینکه نصف این برای او است و نصف دیگری برای دیگری. حالا طلاق قبل از مساس واقع شد، این طلاق قبل از مساس نصف مهر را که زوجه به زوج داد، طلاق قبل از مساس هم نصف مهر را ملک زوج می‌کنند این نصف کدام نصف است؟ اگر افزاز شده باشد دو تا نصف شده باشد، این نصف متزلزل از نصف مستقل جدا شده باشد، نصف مهر خود را بخشیده باشد یعنی نصف این قسمت شرقی را، تمام مهر را که نبخشید، اگر نصف تمام مهر را بخشید مشکل دارد بقیه کجاست؟ چون نیمی را که الآن زوج می‌خواهد به وسیله طلاق قبل از مساس نصف برای او است، چگونه باید تقسیم بکند؟

پرسش: اینها را عرف بهتر می‌فهمد.

پاسخ: وقتی که شارع مقدس بفرماید به اینکه ﴿فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾^۱ بعد این را به دست عرف متشرع متفکر بدهید او تازه می‌فهمد که باید سؤال بکند، چرا؟ برای اینکه به عرف می‌گویند که تمام مهر ملک زوجه می‌شود، اولاً؛ نصف آن «بالاستقلال» است و نصف دیگر «بالتزلزل»، ثانیاً؛ اگر زوجه نصف مهر خود را به زوج بخشید، ثالثاً؛ و اگر طلاق قبل از مساس رُخ داد، رابعاً؛ این طلاق قبل از مساس که آیه می‌فرماید ﴿فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾، این نصف کدام نصف است؟ اگر نصف موجود باشد، بله ﴿فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ را می‌گیرد؛ اما چون نصف را قبلاً

۱. سوره بقره، آیه ۲۳۷.

خودش بخشید، الآن او مالک نصف که نیست لذا برخی‌ها گفتند که ربع موجود را باید بدهد، قیمت آن ربع تالف را هم باید بدهد چون قبلاً خودش تلف کرده است. این است که اگر عرف مسئله را بفهمد تازه به فقیه مراجعه می‌کند.

اینکه ایشان فرمودند که «لو وهبت نصف مهرها» این زمین صد متر بود، یک؛ تمام این زمین ملک طلق زوجه شد، دو؛ نصف آن متزلزل است و نصف دیگر مستقل، سه؛ این نصف مهر را یعنی نصف متزلزل و مستقل را نه نصف مستقل را، چون کل مهر ملک زوجه شد او نصف این زمین که نیمی از آن مستقل است و نیمی از آن متزلزل، نصف این را بخشید به زوج خود، الآن چه چیزی دست او است؟ نصف دیگر دست او است، آن نصف دیگر نیمی از آن مستقل است و نیمی از آن متزلزل، حالا شوهر آمده آن نصفی که متزلزل بود دارد می‌گیرد، پس چیزی دست زوجه نیست. حالا که طلاق قبل از مساس رُخ داد این زوجه باید نصف را برگرداند، نصف آن بقیه را که در دست او است بر می‌گرداند و قیمت آن نصف تالف را. این است که فرمودند «لو وهبت» زن «نصف مهرها مشاعاً» یک وقت است افراز شود که مسئله روشن است یعنی این صد متر زمین شرقی و غربی را افراز می‌کنند، آن شرقی مستقل است این غربی متزلزل است، او نصف آن شرقی را بخشید، بسیار خب! روشن است و «نصف ما فرضتم» را که ایشان به عنوان طلاق قبل از مساس می‌گیرد این نصف غربی است روشن است؛ اما حالا که «مشاعاً» این کار را کردند نه «مفروضاً»، «ثم طلقها قبل الدخول فله الباقي» یعنی آنچه را که از زمین باقی مانده است ملک زوجه است برای اینکه نصف آن را قبلاً همسرش به او بخشید، آن نصف دیگر بر اساس ﴿فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ ملک او می‌شود اما چون خیلی شفاف و روشن نیست دو تا قول دیگر هم هست که آنها را خیلی بها ندادند. «و لو يرجع علیها بشيء» یعنی نیمی از این مهر را که قبلاً همسرش به او بخشید، نیمی دیگر می‌ماند این نیم دیگر مصداق

﴿فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ است دیگر چیزی از زن نمی‌گیرد. اما برخی‌ها گفتند که این قیمت ربع را چون آن نصفی که او بخشید معلوم نیست که از کدام قسمت بخشید آن تلف شده است آنچه که بخشید الآن دست خود زوج است؛ یعنی چون زوج نصف را مالک است، قبلاً متزلزل بود آن زن نصف آن قسمت شرقی را بخشید که مستقل بود و نصف این قسمت غربی را بخشید که متزلزل بود، چون ملک طلق او بود می‌توانست با آن معامله کند، پس این نصف متزلزل را بخشید، این نصف الآن تلف شد، حالا وقتی که طلاق قبل از مساس رُخ داد نصف را باید به زوج بپردازد که ﴿فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾، آن نصفی را که باید به زوج بپردازد ندارد، برای اینکه یک ربع آن را قبلاً داد لذا آن تالف شد و او قیمت آن تالف را باید بپردازد. این قول را قبول نکردند.

«و لم يرجع علیها بشيء سواء كان المهر دینا أو عینا»، چرا؟ «صرفاً للهبة الی حقها منه» درست است که افزاز نشده است، اینکه زوجه قبل از طلاق نصف مهر را به زوج داد یعنی آن حق مسلم و مستقل خود را داد، این نصف متزلزل می‌ماند که با طلاق قبل از مساس زوج مالک می‌شود. این را می‌گویند منصرف است عرفاً، اینکه ایشان می‌گویند «عرفاً» برای اینجا است، «صرفاً» یعنی منصرف عرفی این است که حق خودش را بخشیده است. این تحلیل دقیق علمی در این کارهای عرفی نیست، او گفت من نصف مهر را بخشیدم یعنی نصف آن نصف مستقل را، شما حالا بخواهید بر اساس «کلی فی المعین» حساب بکنید یا شرکت جزء مشاع حساب بکنید، این مطابق با انصراف عرفی نیست، انصراف عرفی این است که این نصف مستقل را بخشید، آن نصف متزلزل ماند الآن ﴿فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾. پس احتمال اینکه او یک چهارم را داد و یک چهارم دیگر در دست او نیست تلف شده است باید قیمت آن را بپردازد، این قول مسموع نیست. این مسئله دهم است.

مسئله یازدهم این است که «الحادی عشر لو تزوجها بعدین فمات أحدهما رجع علیها بنصف الموجود و نصف قيمة المیت»^۲ اگر مهریه را دو تا عبد قرار داد چون اینها دو تا و جدا هستند، این دو عبد که مهر است ملک طلق زوجه می شود «بالعقد» برای اینکه در عقد گفته شد «أنکحت هذا علی کذا»، این مهر که در عقد در قبال بضع قرار گرفت تمام این مهر ملک طلق زوجه می شود منتها ملک طلق دو قسم است: یک قسم آن مستقل و یک قسم دیگر متزلزل است. ملک طلق در قبال ملک متزلزل نیست، ملک طلق در مقابل ملک مقید است مثل رهن و وقف، این ملک طلق است لذا زن می تواند با این مهریه هر کاری که خواست انجام بدهد منتها اگر طلاق قبل از مساس رُخ داد مهریه نبود او بدل مهریه می دهد اگر مثلی است مثل و اگر قیمی است قیمت. وقتی دو عبد مهریه این عقد قرار گرفت هر دو ملک طلق زوجه می شود، یک؛ یکی «بالاستقلال» است و یکی «بالتزلزل»، دو؛ حالا یکی از این دو عبد مُرد، این سهم کیست؟ چون افراز که نشده است، اگر افراز شده بود که مستقل کدام است و متزلزل کدام، حکم آن روشن است؛ اما اگر افراز نشده «أحد العبدین» مُرد، حکم آن چیست؟ اینها در روایات ما نیست، اهل سنت این فروع را مطرح کردند. خدا غریق رحمت کند مرحوم شیخ طوسی را! یک فقه جامعی نوشتند در قبال آنها هم هر کتابی که برای آنها بود، چون به هر حال مستحضری قدرت دست آنها بود، جمعیت دست آنها بود، الآن هم هشتاد درصد مسلمانها آنها هستند. سالیان متمادی بنی العباس تقریباً پانصد سال با ائمه (علیهم السلام) هر کاری دلشان خواست کردند، کار دست آنها بود. الآن حرمین شریفین که محور اصلی اسلام است در دست آنها است. صدا تا از کنار کعبه بلند نشود جهانی نخواهد شد، ﴿لِيُظْهِرَهُ عَلَى الدِّينِ كُلِّهِ﴾^۳ نیست، وجود مبارک حضرت که آمدند به

۲. شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۲۷۴.

۳. سوره توبه، آیه ۳۳؛ سوره فتح، آیه ۲۸؛ سوره صف، آیه ۹.

همین دیوار کعبه تکیه می‌دهند و «أَنَا بَقِيَّةُ اللَّهِ»^۴ می‌فرمایند، صدا باید از کنار کعبه بلند شود و سید الشهدا (سلام الله علیه) هم برای اینکه صدای خود را جهانی بکند بخش وسیعی از برنامه خود را در مکه انجام داد، اصلاً رفت به مکه برای همین! مبادا این چیزهایی که در مقتل‌ها نوشته را باور کنید! چون روایات صحیح و معتبر ما این است که حضرت از اول رفت که حج نکند، رفت به قصد عمره مفرده، رفت به حج تا بگوییم حج را تبدیل کرد به عمره مفرده، اصلاً یعنی اصلاً! اصلاً رفت به مکه که حرف خود را آنجا بزند، فقط به قصد عمره مفرده رفت، در روایات معتبر و صحیح ما در کتاب «حج» این است. حرف از آنجا که برخیزد می‌شود جهانی و گرنه ترویج که همه به طرف عرفات آماده بودند حضرت حرکت کرد نه اینکه حج را تبدیل به عمره کرد، از همان اول قصد عمره مفرده کرد. این وضع حجاز بود و امثال آن. پس دست آنها است و این دو سه تا فرع را هم آنها داشتند، مرحوم شیخ طوسی اینها را ذکر کرده است، مرحوم محقق اینها را ذکر کرده است. این، هم وحدت را ایجاد می‌کند، توافق را ایجاد می‌کند. بسیاری از کتاب‌هایی که مرحوم شیخ طوسی نام‌گذاری کرده مسبوق است به آنها، آنها نه‌ایه نوشتند ما نه‌ایه نوشتیم، آنها خلاف نوشتند ما خلاف نوشتیم، آنها مختلف نوشتند ما مختلف نوشتیم. خدا غریق رحمت کند مرحوم آقای بروجردی (رضوان الله تعالی علیه) را! می‌فرمود این فقه چون در اقلیت بود در حاشیه فقه آنها قرار گرفته است و گرنه شما غالب کتاب‌هایی که شیخ طوسی نام‌گذاری کرده مسبوق است به کتاب‌هایی که آنها نوشتند به همین نام؛ آنها نه‌ایه دارند، مبسوط دارند، خلاف دارند، تذکره دارند، ما هم داریم. «علی‌ای حال» خلاف شیخ طوسی و مختلف علامه یک فقه مشترکی است؛ یعنی آنها این‌طور می‌گویند ما این‌طور می‌گوییم دلیل‌ها این‌طور

۴. کمال الدین و تمام النعمه، ج ۱، ص ۳۳۱.

است و مانند آن. این اقوال از آنجا آمده است در بین ما اختلافی نیست، این یکی دو قولی که در این مسئله است از آنجا آمده است.

حالا فرمودند به اینکه «لو تزوجها بعبدین فمات أحدهما» حکم چیست؟ اینجا «کلی فی المعین» بگوییم، اینجا جزء مشاع بگوییم، چه بگوییم؟ فرمود: «رجع علیها بنصف الموجود و نصف قيمة المیت» شما که افراز نکردید، اگر افراز کردید گفتید این عبد جزء مستقل آن عبد ملک متزلزل، او که سهم خود را که داد در حقیقت نصف آن عبد را داد، حالا که این افراز را نکردید هر کدام از این عبد را شما بررسی کنید نیمی از او مستقل است و نیمی از او متزلزل. این زن قبل از طلاق نصف مهر خود را بخشیده به شوهر خود، این کدام یک از دو عبد است قبلاً معلوم نشد؟ چون قبلاً افراز نشد معلوم نشد، نصف این عبد اولی را بخشید، نصف عبد دومی که حالا ملک شوهر است، چون نصف مهر را بخشید و آنچه در اختیار او است ربع است نه نصف باید قیمت آن ربع دیگر را بپردازد. آن عبدی که مُرد همه او برای زوج که نبود، همه او که برای زوجه نبود، چون افراز نشد معلوم نشد، آن نصفی را که بخشید یکی از این دو عبد مُرد، این عبدی که مُرد نصف او برای مرد بود و نصف دیگر او برای زن. او نصف مهر را بخشید، یک؛ عبدی مُرد، دو؛ این عبدی که مُرد نصف او برای مستقل است و نصف دیگر او برای متزلزل، آن نصفی که مستقل است زوجه حق بخشودن داشت، آن نصفی که متزلزل است حق بخشودن نداشت باید قیمت آن را بپردازد. «لو تزوجها بعبدین فمات أحدهما» اگر مهریه دو تا عبد بود یکی از دو عبد مُرد، نیمی از این عبد مُرده سهم مرد است و نیمی از این عبد مُرده سهم زن. زن وقتی نصف مهر را می‌بخشد، نصف حق خود را می‌بخشد نه نصف حقی که دیگری سهیم است؛ این عبد نصفش برای زن است نصفش برای مرد، آن عبد نصفش برای زن است نصفش برای مرد چون شریک‌اند. او که نصف مهر را بخشید این نصف قابل تطبیق بر نصف عبد می‌کند نه تمام عبد،

نباید بگوییم «أحدهما» نصف است، درست است این نصف دوتا است ولی او که مُرده «بتمامه» حق زوجه نبود چه اینکه «بتمامه» هم حق مرد نیست. «فمات أحدهما رجع علیها» یعنی مرد مراجعه می‌کند به زن «بنصف الموجود»، یک؛ «و نصف قيمة المیت»، دو؛ البته خودش هم متضرر شد چون ﴿فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ یعنی مرد می‌تواند با طلاق قبل از مساس نصف مهر را استرداد کند، این نصف مهر کدام است؟ اینکه افراز نشد و چون افراز نشد هر کدام از این دو تا عبد را باید تنصیف کرد، نصف هر کدام برای زوج است و نصف هر کدام برای زوجه؛ حالا این زوج طلاق قبل از مساس داد می‌تواند نصف مهر را استرداد کند. نصف مهر را زوجه ندارد به او بپردازد چون ربع آن تلف شد ربع دیگر مانده است آن ربعی که تلف شد اگر مثلی است مثل و اگر قیمی است قیمت.

پرسش: ...

پاسخ: نه مسئله غصب نیست، این ﴿فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ نظیر «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ»^۵ که نیست، این نصف مهر را زوجه باید با طلاق قبل از مساس بدهد خواه تصرف کرده باشد فروخته یا سرقت کرده، حالا اگر سرقت کرده زوجه باید به سارق مراجعه کند از او بگیرد آنچه که حق مسلم زوج است «نصف ما فرضتم» است. او که براساس قاعده «عَلَى الْيَدِ» و امثال «عَلَى الْيَدِ» بدهکار نشد تا بگوییم او تقصیری ندارد؛ او «نصف ما فرضتم» را باید برگرداند، ملک متزلزل بود، اگر دارد دارد، ندارد اگر قیمی است قیمت و اگر مثلی است مثل، ندارد به فرض سوم مراجعه می‌کنند. «رجع علیها بنصف الموجود و نصف قيمة المیت» مگر اینکه قبلاً افراز کرده باشد که گذشت.

حالا مسئله دوازدهم: «لو شرط الخيار في النكاح بطل العقد و فيه تردد منشؤه الالتفات إلى تحقق الزوجية لوجود المقتضى و ارتفاعه عن تطرق الخيار أو الالتفات إلى عدم الرضا بالعقد لترتبه على الشرط و لو شرط في المهر صح

۵. مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ج ۱۴، ص ۸.

العقد و المهر و الشرط».^۶ آن صدر این مسئله سوم در فروعات قبلی هم آمده که لزوم عقد نکاح لزوم حکمی است نه لزوم حقی، چرا؟ برای اینکه در لزوم حقی حق برای طرفین عقد است بایع و مشتری، اینها می‌تواند با جعل خیار این مسئله را حل کنند و شارع مقدس هم خود حقوق فراوانی برای طرفین جعل کرده است؛ خیار مجلس جعل کرد، خیار حیوان جعل کرد، خیار عیب جعل کرد، خیار تأخیر جعل کرد، خیارات فراوانی را شارع جعل کرده است. دلیل اینکه لزوم عقد نکاح حکمی است و لزوم عقد بیع و مانند آن حقی است، آن است که جعل خیار به ید طرفین است در عقد بیع و مانند آن و هیچ حقی برای طرفین در جعل خیار نیست. شارع مقدس که مسئله تدلیس، خیار عیب و مانند آن را جعل کرده است چون لزومش حکمی است جعل خیارش هم حکمی است لذا بین لزوم عقد بیع با لزوم عقد نکاح خیلی فرق است، آن لزومش حکمی است و این لزومش حقی است به دلیل اینکه در عقد بیع و مانند آن جعل خیار به دست طرفین است معلوم می‌شود لزوم این عقد حق اینها است، می‌خواهند عقد لازم نباشد؛ اما لزوم نکاح دست اینها نیست که هر وقت خواستند به هم بزنند. لزوم نکاح چون به دست اینها نیست به دست شارع است لذا عقد جز با طلاق یا علل یاده شده قبلی فسخ نمی‌شود؛ ولی عقد بیع هر وقت خواستند به هم می‌زنند، معلوم می‌شود که لزوم به دست اینها است. این ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^۷ حق می‌آورد نه لزوم حکمی، به دلیل اینکه اینها هر وقت خواستند به هم می‌زنند، به دلیل اینکه اقاله جایز است نه جعل خیار، اصلاً اقاله در بیع لازم راه دارد نه جعل خیار تا ما بگوییم در نکاح هم خیار راه دارد، بله در نکاح خیار راه دارد خیار عیب و فلان، در بیع هم خیار راه دارد؛ اما در بیع به چه دلیل لزومش حقی است؟ به دلیل اینکه هر وقت

۶. شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۲۷۴.

۷. سوره مائده، آیه ۱.

خواستند به هم می‌زنند، عقد بیع را یا با خیار به هم می‌زنند که ذو الخیار فقط می‌تواند به هم بزند یا با تقایل طرفین. اینکه در مغازه‌ها می‌نویسند مالی که فروخته پس گرفته نمی‌شود یک حق مسلم و حق شرعی اینها است چون بیع عقد لازم است.

پرسش: اصل حقی است یا حکمی؟

پاسخ: فرق می‌کند، اگر نظیر نکاح و امثال نکاح باشد می‌شود حکمی، اگر نظیر بیع و امثال بیع باشد می‌شود حقی. بعضی از علما مشکلشان این بود گفتند به اینکه آقایان می‌گویند لزوم نکاح حکمی است و لزوم بیع حقی است برای اینکه در بیع خیار است در نکاح خیار نیست، بعد اشکال کردند گفتند به اینکه در نکاح هم خیار است. آن بزرگانی که گفتند که لزوم نکاح حکمی است و لزوم بیع حقی است روی خیار که نگفتند، روی اقاله گفتند، اقاله یعنی اقاله! یعنی این آقا که گفته من فروختم پس نمی‌گیرم حق شرعی او است می‌تواند پس بگیرد. اگر عقدی هیچ خیاری در آن نیست این آقا آمده یک کالایی را خریده و رفت منزل دید پسرش هم همین را خرید، دو تا کالا که لازم ندارند، آمد به فروشنده گفت که پسرم خرید من لازم ندارم، این هم قبول کرده معامله را به هم زدند، تقایل یعنی تقایل! این شخص هم پشیمان می‌شود آن شخص هم پشیمان می‌شود، اقاله یعنی اقاله! این مستقیل است آمده گفت من پشیمان می‌شوم، این فروشنده مقیل است استقاله او را می‌پذیرد اقاله می‌کند براساس ثوابی که برای اقاله است، بدون هیچ خیاری از احکام خیارات چهارده‌گانه و مانند آن معامله را به هم می‌زنند. چون اقاله در عقد بیع و مانند آن است و در نکاح و امثال نکاح نیست، حکم مسلم این شد که لزوم نکاح می‌شود حکمی، لزوم عقد بیع می‌شود حقی، هرگز نمی‌توانند به هم بزنند.

بنابراین آن بزرگانی که گفتند لزوم نکاح حکمی است نه برای اینکه خیار در آن نیست چون خیار عیب و اینها هم هست. اشکال آن بزرگواری که از علمای بزرگ بود - که خدا او را رحمت کند - گفت این فرق درست نیست، اینها که می‌گویند لزوم نکاح حکمی است و لزوم بیع حقی است برای اینکه در بیع خیار است در نکاح خیار نیست، نه در نکاح هم که خیار است؛ خیر! آن بزرگانی که گفتند لزوم بیع حقی است برای اینکه اقاله در آن است و در نکاح اقاله نیست، در اقاله که حقی در کار نیست. آیا در اصل نکاح خیار شرط‌بردار است یا نه؟ فرمودند «فیه تردد» که - إن شاء الله - در جلسات بعد روشن می‌شود!

«و الحمد لله رب العالمین»