



درس خارج فقه نکاح - جلسه ۴۴۵

حضرت آیت الله العظمی جوادی آملی دامت برکاته

أعوذ بالله من الشيطان الرجيم

بسم الله الرحمن الرحيم

«الطرف الثالث في الأحكام و فيه مسائل». <sup>۱</sup> این مسایل هفده تا است که مسئله اول در پایان بحث سابق - سال گذشته - به عنایت الهی ارائه شد. <sup>۲</sup> «الثانیه» دومین مسئله از مسایل هفده گانه ای که مرحوم محقق درباره احکام مهر ذکر می کنند این است فرمود: «الثانیه قيل إذا لم يسم لها مهرا و قدم لها شيئا ثم دخل كان ذلك مهرا و لم يكن لها مطالبته بعد الدخول إلا أن تشارطه قبل الدخول على أن المهر غيره و هو تعويل على تأويل رواية و استناد إلى قول مشهور»؛ <sup>۳</sup> دومین مسئله از مسایل هفده گانه ای که در احکام مهر است این است که اگر قبل از آمیزش مهری را، نه در متن عقد و نه در بعد از عقد قبل از آمیزش ذکر نکردند و آمیزش صورت پذیرفت و چیزی قبل از آمیزش به او داد، این قیود سه گانه یعنی قبل از آمیزش مهر تعیین نشده و در متن عقد هم که تعیین نشده بود و قبل از آمیزش چیزی را زوج به زوجه داده و بعد آمیزش صورت پذیرفت، آیا همین مهر او محسوب می شود یا مهرش جد است؟ این صورت مسئله است.

۱. شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۲۷۲.

۲. شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۲۷۲.

۳. شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۲۷۲.

آنچه پیش پیشینیان بود این است که همین مهر او محسوب می‌شود برای اینکه مهر در متن عقد ذکر نشده است، بعد از عقد و قبل از آمیزش هم ذکر نشده است، چیزی هم قبل از آمیزش به او داده است، همین مهر اوست. اثبات این برابر قواعد اولیه آسان نیست، اقوال قدما و متأخرین مختلف است. سخن مرحوم ابن ادریس در سرائر این است که این روایت دارد، یک؛ شهرت روایی هم در آن هست، دو؛ شهرت فتوایی بلکه اجماع فتوایی است، سه؛ پس این قول معتبر است و مستند است، چهار. مرحوم ابن ادریس در سرائر روی این سیر که این شهرت روایی دارد، اولاً؛ شهرت فتوایی دارد، ثانیاً؛ این شهرت فتوایی به اجماع فتوایی رسیده است، ثالثاً؛ و همین مرجع و معتبر است، رابعاً.<sup>۱</sup>

مرحوم محقق دارد به اینکه اولاً روایت صریح یا ظاهری در کار نیست، یک؛ تأویل روایت است نه دلالت روایت، دو؛ اگر روایتی صریح نبود یا ظاهر نبود و شما از این روایت خواستید این حکم را استفاده کنید لابد یک تأویلی در آن اعمال کردید. شما دوتا کار کردید یکی تأویل روایت، یکی تعویل و اعتماد بر تأویل خودتان؛ پس روایت نه صریح در این مسئله است و نه ظاهر در مسئله، شما به تأویل خودتان تعویل و اعتماد کردید. این سخن مرحوم محقق است.

مرحوم علامه در مختلف یک تفصیلی دارد که آن تفصیل را مرحوم صاحب وسائل به عنوان یک وجه جمع در وسائل جلد ۲۱ ذکر کرد<sup>۲</sup> - که اگر فرصت کردیم آن عبارت را هم می‌خوانیم - مرحوم علامه در مختلف از این وجوه جمع دارد که گاهی اگر اصطلاح و عادت عصری یا مصری این باشد که مهر را ذکر نکنند قاعده‌اش همین

۱. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، ص ۵۸۱.

۲. مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة، ج ۷، ص ۱۵۴ و ۱۵۵؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۲۵۸.

است. اگر عادت یک عصر در زمان، عادت مصر در یک زمین؛ اگر در یک زمانی و در یک مکانی عادت بر این است که اگر در متن عقد مهر ذکر نشد، «بعد العقد» و قبل از دخول مهر ذکر نشد و زوج چیزی به زوجه داده است و بعد دخول صورت گرفت، همین مهر اوست. اگر عادت یک مردمی در یک زمانی، در یک زمینی این بود، این روایت ناظر به همان است. این فرمایش مرحوم علامه در مختلف یک وجه جمعی است عقلایی که اگر این چنین چیزی بود اما این مورد قبول خیلی از فقها قرار نگرفت. مرحوم صاحب وسائل همین را به عنوان وجه جمع در همان ذیل روایت در جلد ۲۱ ذکر می‌کند که اگر شد می‌خوانیم.

پس فرمایش قدما روشن شد، حرف این ادريس در این مراحل چهارگانه‌اش که شهرت روایی شهرت فتوایی اجماع فتوایی انتخاب این قول این مطالب چهارگانه ایشان در سرائر روشن شد، تحلیل مرحوم محقق زیر این مطلب را اصلاً آب بست که این به دو تأویل تکیه کرد: یکی تأویل روایت یکی اعتماد و تعویل بر این تأویل لذا اساسی ندارد، حرف مرحوم علامه در مختلف هم روشن شد که این را حمل کردند بر یک عصر و مصری. مرحوم شهید ثانی در مسالک می‌گوید به اینکه اگر ما نتوانستیم مطلبی را از روایت استفاده کنیم باید به قواعد عامه مراجعه کنیم.<sup>۱</sup> قاعده اصلی در باب مهر این است که - گرچه این بیان را با این تفصیل شهید ثانی در مسالک ندارد اما این متمیمی لازم دارد که آن تتمیم این است - نکاح به سه قسم تقسیم شده در کتاب‌های فقهی، مخصوصاً در کتابهای مرحوم محقق؛ نکاح دائم، نکاح منقطع، نکاح إماء. نکاح إماء از جهت دائم و منقطع با نکاح حُرّه فرقی ندارد ولی چون در عبد و أمه نکاحی به عنوان ملک یمین و به عنوان تحلیل مطرح است، از این جهت یک قسم جدایی است، وگرنه اگر این أمه ازدواج کرد با یک شخصی به عقد دائم حکم عقد دائم را دارد، اگر ازدواج کرد به عقد انقطاعی

۱. مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ۸، ص ۲۲۹ و ۲۳۰.

حکم عقد انقطاعی را دارد. چون تحلیل، یک؛ ملک مین، دو؛ که بازگشت تحلیل هم به همان ملک مین است، سه؛ این در خصوص عبید و إماء مطرح است، لذا یکی از اقسام سه‌گانه نکاح است.

پس «النکاح علی ثلاثة اقسام»: نکاح دائم، نکاح منقطع، نکاح عبد و إماء. مهر در نکاح دائم معتبر نیست «لا رکناً و لا شرطاً»، اگر خواستند بی‌مهر باشد این نظیر بیع بلاعوض نیست که رکن را از دست بدهد برای اینکه مهر نه رکن است نه شرط، آنچه که رکن عقد نکاح است زوجین هستند. چون در نکاح دائم مهر نه رکن است و نه شرط لذا مهر را در باب نکاح دائم ذکر نکردند جداگانه است، برخلاف نکاح منقطع که به منزله «هَنْ مُسْتَأْجَرَاتٌ»<sup>۱</sup> به منزله اجاره است آنجا رکن است و حتماً در عقد نکاح منقطع باید مهر ذکر بشود. نکاح دائم چون نه متقوم به مهر است و نه مشروط به مهر لذا در آنجا ذکر نمی‌کنند، در نکاح منقطع إلا و لابد مهر باید ذکر بشود. این حکم نکاح است.

اما در احکام مهر نظیر احکام تدلیس و نظیر احکام عیب که جداگانه این مسایل را ذکر می‌کنند، می‌فرمایند به اینکه در جریان مهر قاعده اولیه این است که اگر تفویض شد به این معنا که زن تصریح کرد که مهر نمی‌خواهم، این حکمی ندارد و هیچ طلبی هم ندارد؛ اما اگر اسقاط مهر نشد قاعده اولی این است که خود عقد، مهر نمی‌آورد برای اینکه ذکر نکردند. ثبوتاً و سقوطاً مهر مسکوت است؛ ثبوتاً مسکوت است برای اینکه در متن عقد نامی از آن برده نشد، سقوطاً مسکوت است برای اینکه تفویض نکرده است. در چنین صورتی اگر آمیزش انجام بگیرد در روایات فراوان هست که دخول حتماً در برابر مهر المثل است، اگر مهر المسمی نبود مهر المثل است. پس قاعده اولیه این است که اگر مهری ذکر نشد و دخولی انجام نگرفت، مرگی رخ داد یا طلاق رخ داد، او نه نصف مهر طلب دارد و

۱. الکافی (ط - الإسلامية)، ج ۵، ص ۴۵۲: «ذَكَرْتُ لَهُ الْمُتَعَةَ أَيْ مِنْ الْأَرْبَعِ فَقَالَ تَزَوَّجُ مِنْهُنَّ أَلَا فَإِنَّهُنَّ مُسْتَأْجَرَاتٌ».

نه مهر به عنوان ارث به او داده می‌شود برای اینکه مهری در کار نبود؛ ولی اگر آمیزش شد چون تفویض نبود، او مهر المثل را باید بدهد. این مسئله ثانیه داخل در این قاعده است برای اینکه نه در متن عقد مهر ذکر شده و نه در بعد از عقد و قبل از آمیزش ذکر شده است. مقداری پول زوج به زوجه داده است و تصریح نکرد که این مهر است و بعد هم آمیزش صورت گرفت، روایات فراوانی دارد که این دخول رایگان نیست، دخول در برابر مهر المثل است. مرحوم شهید ثانی به این سمت گرایش دارد که این را برابر با قواعد حل کند.

پس فتوای اقدمین روشن، امور چهارگانه سرائر این ادريس روشن، نقد محققانه محقق روشن، تدبیری که علامه اندیشید روشن، راه حلی که شهید ثانی در مسالک طی کرده است روشن، مرحوم صاحب جواهر گرچه بی‌میل نیست به حرف قدما و اقدمین، حرف صاحب مسالک را نمی‌پذیرد که این به قواعد عامه ارجاع کند اصرار دارد که به روایت عمل بشود.<sup>۱</sup> اگر روایت ظهور نداشت «فضلاً عن الصراحة»، برابر با یا عادت مختلف ذکر می‌شود یا قاعده‌ای که مرحوم شهید ثانی ذکر کرده است؛ اما آن راهی که مرحوم این ادريس در سرائر ذکر کرده است آن ثابت نشده است، حالا برای ایشان ممکن است ثابت شده باشد.

پرسش: اگر هیچ‌کدام از زوج و زوجه تصور مهر نکردند

پاسخ: اگر به منزله تفویض باشد بله، این راه صحیح است چون عقد دائم نه متقوم مهر است و نه مشروط به مهر. روایاتی که می‌گوید دخول باعث استقرار مهر المثل است آن روایت در جایی است که زمینه، زمینه ثبوت مهر باشد؛ اما اگر زمینه، زمینه سقوط مهر بود که سبقه تفویض داشت، خود زوجه حق خود را واگذار کرده است.

۱. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳۱، ص ۷۹ و ۸۰.

مرحوم ابن ادریس در سرائر یک فرمایشی دارد که گویا برای او این امور چهارگانه تثبیت شده است. مرحوم ابن ادریس در سرائر جلد دوم صفحه ۵۸۰ و ۵۸۱ این فرمایش را دارد: «و متى سَمِيَ المهر حال العقد و دخل بها كان في ذمته» آنجا چون مهر روشن است مهر المسمى است «و إن لم يكن سَمِيَ لها مهرا و أعطائها شيئا قبل دخوله بها» - که این صورت مسئله است - اگر مهر نه در متن عقد آمده و نه بعد العقد آمده و مقدار مالی را زوج به زوجه داد بعد آمیزش صورت گرفت، ایشان می‌گویند همین مهر او محسوب می‌شود که این صورت مسئله است. «ثم دخل بها بعد ذلك لم تستحق عليه شيئا سوى ما أخذته منه قبل الدخول» چون یک مالی را قبل از آمیزش گرفت این همان مهر اوست «سواء كان ذلك قليلا أو كثيرا». این برابر روایاتی که می‌گویند با دخول مهر المثل مستقر می‌شود که اصرار شهید ثانی است هماهنگ نیست، چرا شما این حرف برخلاف قاعده را می‌زنید؟ فرمایش مرحوم ابن ادریس در سرائر این است که «علی ما رواه أصحابنا» معلوم می‌شود یک شهرت روایی دارد فرمود اصحاب ما این را روایت کردند تنها یک نفر و دو نفر نیست، یک؛ پس شهرت روایی دارد «و أجمعوا عليه» شهرت فتوایی دارد بلکه بالاتر از شهرت، اجماع فتوایی است، دو و سه؛ چون بین این امور سه‌گانه فرق است، آن که حجت است امر سوم است. یک وقت است شهرت است یک وقت نفی خلاف است یک وقت اجماع است، حرف مرحوم ابن ادریس در سرائر این است که این سومی است سخن از شهرت فتوایی نیست سخن از نفی خلاف نیست سخن از اجماع فتوایی است. «علی ما رواه أصحابنا و أجمعوا عليه فانّ دليل هذه المسألة هو الإجماع المنعقد منهم بغیر خلاف». یک وقت است می‌گوییم این حکم است «لا خلاف»، یک وقت می‌گوییم اجماع است «لا خلاف»، این «لا خلاف» حرف اول را نمی‌زند آن اجماع حرف اول را می‌زند این «لا خلاف» تأکید آن است. «و فيه الحجة لا وجه لذلك إلا الإجماع» این معنا که برای ابن ادریس که به قدما نزدیک‌تر از دیگران بود یا به أقدمین نزدیک‌تر از

دیگران بود، برای افرادی مثل صاحب جواهر روشن نیست، برای محقق روشن نیست، برای علامه روشن نیست، برای صاحب مسالک روشن نیست. «فان لم يعطها شيئاً قبل الدخول بها و لم يسم مهرا في حال العقد ثم دخل بها لزمه مهر المثل» - این همان حرفی است که فرمایش مرحوم شهید ثانی در مسالک است که بعدها ایشان فرمودند - فرمایش ابن ادریس این است که بله اگر عقدی شد، تصریح به سقوط مهر نشد، چه اینکه تصریح به ثبوت مهر هم نشد، چیزی هم قبل از دخول به این زن نداد و دخول صورت گرفت، طبق روایات فراوان مهر المثل است، بله این طور است؛ اما اگر چیزی به این زن داد این به منزله مهر او محسوب می شود و سند آن همین روایتی است که «رواه أصحابنا و أفتوا بمضمونها». این فرمایش ابن ادریس در سرائر.

بحث مرحوم محقق در سرائع همین است که ملاحظه فرمودید! فرمود به اینکه روایتی که صریح باشد یا ظاهر باشد در این مطلب ما نداریم، یک روایتی است که اصحاب تأویل بردند آن را و بر مورد منطبق کردند «بالتأویل لا بالدلالة ثم عولوا على هذا التأویل» اعتماد کردند به این تأویل که برخلاف ظاهر است؛ هم آن تأویل بُردن روایت سند می طلبد، هم اعتماد بر تأویل شما سند می طلبد، چرا تکیه کردید به چیزی که خودتان این روایت را تأویل بردید؟!

اما فرمایش مرحوم علامه که در مختلف بیان کردند آن را مرحوم صاحب وسائل (رضوان الله تعالی علیه) به عنوان یکی از وجوه جمع در وسائل جلد ۲۱ صفحه ۲۵۸ ذکر کردند. آن روایتی که به آن تمسک می کنند این است؛ مرحوم صاحب وسائل در جلد ۲۱ صفحه ۲۵۸ این تأویل را بردند که فرمایش مرحوم علامه را ذکر می کنند که گاهی این چنین وجه جمع هست. در صفحه ۲۵۸ یک عبارتی دارد که بخشی مربوط به بحث ما هست و بخشی خارج است. در ذیل صفحه ۲۵۸ این است که «وَقَدْ ذَكَرَ بَعْضُ عُلَمَائِنَا» که مرحوم علامه در مختلف مراد است

«أَنَّ الْعَادَّةَ كَانَتْ جَارِيَةً مُسْتَمِرَّةً فِي الْمَدِينَةِ بِقَبْضِ الْمَهْرِ كُلِّهِ قَبْلَ الدُّخُولِ» این بود. «وَإِنَّ هَذَا الْحَدِيثَ وَ أَمْثَالَهُ وَرَدَتْ فِي ذَلِكَ الزَّمَانِ» که عادت آن است که اگر مهری باشد همه را می گیرند، حالا که نگرفتند معلوم می شود که مهر نخواست. عادت مردم این منطقه این است که اگر مهری باشد همه مهر را قبل از آمیزش می گیرند، حالا اینجا نگرفت معلوم می شود که مهری در کار نبود تفویض بود. «وَ قَدْ ذَكَرَ بَعْضُ عُلَمَائِنَا» که این را هم در مختلف صفحه ۵۴۳ بیان کردند «أَنَّ الْعَادَّةَ كَانَتْ جَارِيَةً مُسْتَمِرَّةً فِي الْمَدِينَةِ بِقَبْضِ الْمَهْرِ كُلِّهِ قَبْلَ الدُّخُولِ وَإِنَّ هَذَا الْحَدِيثَ وَ أَمْثَالَهُ وَرَدَتْ فِي ذَلِكَ الزَّمَانِ» در آن زمان این حدیث وارد شد، معلوم می شود که صورت مسئله این است: عقد شده در متن عقد مهر نیامده بعد از عقد مهر نیامده قبل از آمیزش چیز مختصری را گرفتند، همین مهر اوست برای اینکه عادت همین است، عادت همین است که تمام مهر را قبل از آمیزش می گیرند و حالا یک مقدار پول گرفت معلوم می شود که تمام مهر همین مقدار پول است. «فَإِنْ اتَّفَقَ وَجُودُ هَذِهِ الْعَادَةِ فِي بَعْضِ الْبُلْدَانِ كَانَ الْحُكْمُ مَا دَلَّتْ عَلَيْهِ»، چون نه زمان مخصوص است و نه زمین. مرحوم علامه می گوید که در یک روزگاری مدینه این بود حالا اینکه دلیل بر اختصاص نمی شود. اگر در یک عصری در یک مصری این عادت رواج پیدا کرد، این روایت برابر همان است و دیگر مهر المثلی در کار نیست.

پرسش: ...

پاسخ: تمام مهر همان مقدار بود، چون عادت بر این بود تا تمام مهر را نگیرند تمکین نمی کنند. این روایت هم ناظر به همان است. حالا یک وقت پول فراوانی گرفت، یک وقتی پول کمی. از امام (سلام الله علیه) سؤال می کند در همین زمینه، زمینه یعنی زمینه! در زمینه ای که تمام مهر را قبل از دخول می گیرند، عادت همین است. شخصی از حضرت سؤال کرد که عقدی واقع شده در متن عقد چیزی ذکر نشده بعد از عقد چیزی ذکر نشده قبل از آمیزش

یک مقدار پول گرفته شد بعد آمیزش صورت گرفت، حکم چیست؟ فرمود مهری ندارد چون عادت مردم بر همین است و فعل مردم مثل قول مردم حجت است. اگر قول ظهور دارد در اینکه مهر همین است، فعل هم براساس استقرار عادت ظهور دارد که مهر همین است؛ حالا یا کم یا زیاد. مهر را هم که گفتند که به تعلیم سوره می‌شود، به یک دسته گل می‌شود، مهر که نصابی ندارد. می‌فرماید به اینکه «فَإِنْ اتَّفَقَ وَجُودُ هَذِهِ الْعَادَةِ فِي بَعْضِ الْبُلْدَانِ كَانَ الْحُكْمُ مَا دَلَّتْ عَلَيْهِ وَإِلَّا فَلَا لِمَا مَضَى وَ يَأْتِي» که دخول باعث استقرار تمام مهر المثل است. این یک راه بدی نیست؛ اما اثبات می‌خواهد که اگر عادت مردمی در این باشد که تا تمام مهر را نگیرند تمکین نمی‌کنند. این شخص هم این مقدار را پول گرفته معلوم می‌شود که تمام مهر همین است؛ منتها اثبات اینکه این یک بحث تاریخی می‌خواهد، یک؛ و اثبات اینکه این از همین قبیل بود، دو؛ گاهی انسان سهوی نسیانی قراردادی، آنها هم ممکن است مانع اندراج این خاص تحت آن عام باشد. اگر عادت مستمره این بود و این شخص هم برابر عادت مستمره طبق ظواهر عمل کرد، بله روایت که دارد به اینکه هیچ حقی ندارد برای اینکه مهرش را گرفته است. عادت مردم در این زمین این است که تا تمام مهر را نگیرند تمکین نمی‌کنند، این معلوم می‌شود که تمام مهر همین است؛ منتها این اثبات می‌خواهد، هم بحث تاریخی می‌خواهد که کمک بکند، هم اثبات تحلیلی شخصی می‌خواهد که این مندرج در آن بود، سهو و نسیانی در کار نبود، قراین خاصه‌ای نبود و امثال آن، وگرنه راه همین است که صاحب مسالک طی کرده است، حالا این ادیس برای او شفاف و روشن است، آن‌طور که می‌گوید شهرت فتوایی بلکه اجماع فتوایی است. حالا چون او به عصر اقدمین نزدیک است ممکن است حجت داشته باشد؛ ولی ما که دستمان کوتاه است از ایشان و امثال ایشان داریم نقل می‌شنویم، برای ما غیر از راه مرحوم شهید ثانی که اصل قواعد حاکم است، نیست.

«و الحمد لله رب العالمین»