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

کتاب نکاح

تقریرات

حضرت آیت الله شبیری زنجانی (مدظله)

«جلد ۱۳»

بسم الله الرحمن الرحیم

نکاح: تقریرات درس آیت الله شبیری زنجانی

نویسنده:

آیت الله العظمی سید محمد جواد شبیری زنجانی

ناشر چاپی:

موسسه پژوهشی رای پرداز

ناشر دیجیتالی:

مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

فهرست

فهرست ----- ۵

نکاح : تقریرات درس آیت الله شبیری زنجانی جلد ۱۳ ----- ۱۶

مشخصات کتاب ----- ۱۶

اشاره ----- ۱۶

۱۳۸۱/۰۸/۰۸ دوشنبه درس شمارهٔ (۴۷۱) کتاب النکاح/سال پنجم ----- ۴۴۰۴

اشاره ----- ۴۴۰۴

خلاصهٔ درس قبل و این جلسه: ----- ۴۴۰۴

الف) توجیه مرحوم شیخ طوسی در مورد روایت عمار ساباطی ----- ۴۴۰۴

ب) بررسی قاعدهٔ «الزام» ----- ۴۴۰۵

اشاره ----- ۴۴۰۵

۱) کلام مرحوم بجنوردی صاحب کتاب «القواعد الفقهیه» ----- ۴۴۰۶

۲) نظر استاد مد ظلّه ----- ۴۴۰۸

۳) آیا قاعدهٔ الزام شامل تک تک فِرق مخالفین می شود یا اینکه تنها در مورد عقیدهٔ جمهور آنها جاری است ----- ۴۴۰۹

ج) آیا از صحت عقد فضولی در باب نکاح می توان به صحت عقد فضولی در سایر ابواب تعدی نمود (تذکری نسبت به مسئله آینده) ----- ۴۴۱۰

۱) کلام مرحوم شیخ ----- ۴۴۱۰

۲) بیان استاد مد ظلّه ----- ۴۴۱۱

۱۳۸۱/۰۹/۲۰ چهارشنبه درس شمارهٔ «۴۷۲» کتاب النکاح / سال پنجم ----- ۴۴۱۳

اشاره ----- ۴۴۱۳

خلاصهٔ درس قبل و این جلسه: ----- ۴۴۱۳

الف) بررسی نکاح فضولی ----- ۴۴۱۳

۱ - متن مسئله): ----- ۴۴۱۳

۱ - صحت نکاح فضولی مطلقا: ----- ۴۴۱۴

۲ - بطلان نکاح فضولی مطلقا: ----- ۴۴۱۵

۳ - تفصیل بین نکاح عبد و امه بدون اذن مولایشان با سایر موارد نکاح فضولی. ----- ۴۴۱۵

۴ - قول به صحت نکاح فضولی در ۹ صورت و در باقی صور نکاح محکوم به بطلان است. ----- ۴۴۱۵

ب) ادله قائلین به صحت نکاح فضولی ----- ۴۴۱۵

۱) اولویت داشتن باب نکاح از سایر ابواب (کلام مرحوم شیخ انصاری) ----- ۴۴۱۵

۲) اشکال استاد مد ظله به کلام مرحوم شیخ انصاری ----- ۴۴۱۷

اشکال اول: ----- ۴۴۱۷

اشکال دوم: ----- ۴۴۱۸

۱۳۸۱/۹/۲۳ شنبه درس شمارهٔ (۴۷۳) کتاب النکاح/سال پنجم ----- ۴۴۲۰

اشاره ---- ۴۴۲۰
خلاصهٔ درس قبل و این جلسه: ---- ۴۴۲۰
الف) بررسی اولویت نکاح از بیع در کلام شیخ انصاری قدس سرّه ---- ۴۴۲۰
۱. بیان مرحوم شیخ انصاری قدس سرّه ---- ۴۴۲۰
۲. نقد استاد مد ظله: ---- ۴۴۲۱
ب) استدلال برای صحت به مقتضای قاعده و ادلهٔ عامه: ---- ۴۴۲۳
۱. تقریب استدلال: ---- ۴۴۲۳
۲. نقد استاد مد ظله ---- ۴۴۲۴
ج) بررسی استدلال فخر المحققین رحمه الله ---- ۴۴۲۴
۱. استدلال فخر المحققین قدس سرّه: ---- ۴۴۲۴
۲. مناقشهٔ مرحوم آقای حکیم قدس سرّه در استدلال مذکور: ---- ۴۴۲۴
۳. توجیه استدلال فخر المحققین توسط استاد مد ظله ---- ۴۴۲۵
۴. مناقشهٔ استاد مد ظله بر تقریب مذکور: ---- ۴۴۲۵
۵. نتیجهٔ بحث ---- ۴۴۲۹
۱۳۸۱/۹/۲۴ یکشنبه درس شمارهٔ (۴۷۴) کتاب النکاح/سال پنجم ---- ۴۴۳۰
اشاره ---- ۴۴۳۰
خلاصهٔ درس این جلسه: ---- ۴۴۳۰
الف) چند بحث اصولی مربوط به مسئله ---- ۴۴۳۰
۱ - در مطلقات اگر گوینده در مقام بیان بود و قیدی نیاورد ظهور آن و اطلاق چه وقت منعقد می شود؟ ---- ۴۴۳۰
۲ - از فروع بحث اول اینکه، اگر بین عام و مطلقی تعارض شد، ---- ۴۴۳۱
۳ - اختلاف نظر مرحوم شیخ و آخوند در تمسک به أَوْفُوا بِالْعُقُودِ در خیار غبن. ---- ۴۴۳۱
۴ - بیان استاد مد ظله در عکس نقیض این قضایا: ---- ۴۴۳۵
۵ - دنبال کلام مرحوم آخوند: ---- ۴۴۳۶
۶ - تقریب دیگر برای تقدیم اصاله العموم توسط استاد ---- ۴۴۳۶
۱۳۸۱/۹/۲۵ دوشنبه درس شمارهٔ (۴۷۵) کتاب النکاح/ سال پنجم ---- ۴۴۳۹
اشاره ---- ۴۴۳۹
خلاصهٔ درس گذشته و این جلسه: ---- ۴۴۳۹
الف) پی گیری تحقیق پیرامون ادلّهٔ عامّه: ---- ۴۴۳۹
اشاره ---- ۴۴۳۹
۱) یادآوری نظر استاد مد ظله دربارهٔ مفاد أَوْفُوا بِالْعُقُودِ : ---- ۴۴۳۹
۲) طرح یک شبهه: ---- ۴۴۴۱
۳) پاسخ استاد مد ظله: ---- ۴۴۴۲

ب) بررسی ادلّهٔ ایضاح و خلاف مبنی بر بطلان عقد فضولی: ۴۴۴۲
اشاره ۴۴۴۲
۱ - تمسّک به اصل و پاسخ آن ۴۴۴۳
۲) مقارن نبودن شرط رضایت با عقد: ۴۴۴۳
۳) پاسخ دلیل دوم فخر المحققین: ۴۴۴۳
۴ - اولویت بطلان عقد نکاح نسبت به بیع فضولی: ۴۴۴۴
۵) پاسخ دلیل اولویت بطلان نکاح نسبت به بیع: ۴۴۴۴
۶) روایات دالّ بر بطلان و ضعف سند روایات دالّ بر صحت: ۴۴۴۵
۷) پاسخ استاد مد ظله: ۴۴۴۵
ج) اشتباه ریاض درباره نسبت اجماع به مرحوم شیخ: ۴۴۴۷
د) بررسی روایات ظاهر در بطلان عقد فضولی: ۴۴۴۷
اشاره ۴۴۴۷
۱) روایت ابراهیم بن عبد الرحمن آملی: ۴۴۴۸
۲) صحیحه عبد الله بن سنان: ۴۴۴۸
۳) روایت فضل بن عبد الملک ابی العباس البقباق: ۴۴۴۸
۴) نقل دیگری از ابی العباس: ۴۴۴۹
۵) نقل سوم از ابی العباس: ۴۴۴۹
۶) روایت ابی بصیر ۴۴۴۹
۱۳۸۱/۹/۲۶ سه شنبه درس شمارهٔ (۴۷۶) کتاب النکاح/ سال پنجم ۴۴۵۱
اشاره ۴۴۵۱
خلاصهٔ درس گذشته و این جلسه: ۴۴۵۱
الف) روایات دال بر فساد عقد فضولی ۴۴۵۱
۱) صحیحهٔ ولید بن صبیح: ۴۴۵۱
۲) صحیحه حلبی: ۴۴۵۲
۳) روایت أبو بصیر: ۴۴۵۲
۴) صحیحهٔ حسن بن زیاد: ۴۴۵۲
۵) روایت جعفریات ۴۴۵۲
بررسی روایات دالّ بر فساد: ۴۴۵۵
ب ادلهٔ دالّ بر صحت نکاح فضولی مجاز: ۴۴۵۶
۱) روایت دعائم الاسلام: ۴۴۵۶
۲ - روایت محمد بن مسلم: ۴۴۵۷
۳) روایت ولید بیّاع الأسفاط: ۴۴۵۷

۴) صحیحهٔ محمد بن اسماعیل بن بزیع: ۴۴۵۹
۵) صحیحهٔ محمد بن اسماعیل بن بزیع: ۴۴۶۰
۶) صحیحهٔ معاویه بن وهب: ۴۴۶۱
۷) روایت دعائم الاسلام: ۴۴۶۲
۸) روایت دعائم الاسلام: ۴۴۶۲
۹) صحیحهٔ زراره: ۴۴۶۲
۱۰) معتبره زراره: ۴۴۶۳
۱۱) روایت عبید بن زراره: ۴۴۶۳
۱۲) صحیحهٔ معاویه بن وهب: ۴۴۶۴
۱۳) صحیحهٔ حسن بن زیاد طائی: ۴۴۶۴
۱۳۸۱/۹/۲۷ چهارشنبه درس شمارهٔ (۴۷۷) کتاب النکاح/ سال پنجم ۴۴۶۵
اشاره ۴۴۶۵
خلاصهٔ درس این جلسه: ۴۴۶۵
الف) تذکر نکته ای در مورد جمع بین روایات مختلف نکاح فضولی ۴۴۶۵
اشاره ۴۴۶۵
تخصیص روایات صحّت ۴۴۶۵
ب) تقریبی دیگر برای تعارض روایات: ۴۴۶۶
ج) تمسک به عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» برای تصحیح عقد فضولی ۴۴۶۷
د) استثنایی در مورد صحت نکاح فضولی ۴۴۶۸
۱۳۸۱/۱۰/۱ یکشنبه درس شماره (۴۷۸) کتاب النکاح/سال پنجم ۴۴۷۰
اشاره ۴۴۷۰
خلاصه این درس: ۴۴۷۰
متن عروه: ۴۴۷۰
الف) بیان بعضی نکات در عبارت عروه: ۴۴۷۰
اشاره ۴۴۷۰
۱) معنای فضولی: ۴۴۷۰
۲ - موارد دیگر عقد فضولی: ۴۴۷۲
۳) عدم اعتبار فوریت در اجازه ۴۴۷۲
۴) اجازه بعد از ردّ ۴۴۷۳
۵) ردّ بعد از اجازه ۴۴۷۴
ب) عدم اعتبار لفظ خاص در اجازه ۴۴۷۵
متن عروه: ۴۴۷۵

ج) شرطیت علم مُجیز به اینکه اختیار دارد به عقد ملتزم نشود یا ردّ کند: ۴۴۷۵
متن عروه: ۴۴۷۵
۱۳۸۱/۱۰/۲ دوشنبه درس شمارهٔ «۴۷۹» کتاب النکاح / سال پنجم ۴۴۷۷
اشاره ۴۴۷۷
خلاصهٔ درس این جلسه: ۴۴۷۷
الف: اشتراط علم مجیز به توقف عقد بر اجازهٔ او در صحت آن ۴۴۷۷
اشاره ۴۴۷۷
۱. توضیح عبارت عروه: ۴۴۷۷
۲. بیان قصور عبارت توسط استاد مد ظله ۴۴۷۸
اشاره ۴۴۷۸
فرع اول: اگر کسی در مورد قراری که واقعاً متوقف بر اجازهٔ او بوده ولی او نمی دانست، ۴۴۷۸
فرع دوم: کسی که به اشتباه اعتقاد پیدا کرد که اجازهٔ او در صحت عقد هیچ نقشی ندارد ولی در عین حال خود به آن عقد مایل است و اجازه می دهد ۴۴۷۹
۳. مناقشهٔ استاد مد ظله بر کلام صاحب عروه ۴۴۸۰
۴. بیان وجه مختار استاد مد ظله ۴۴۸۰
ب) آیا اجازه کاشف است یا ناقل ۴۴۸۲
متن عروه مسئله ۲۱ - ۴۴۸۲
۱. بیان اقوال در مسئله: ۴۴۸۲
اشاره ۴۴۸۲
قول اول کشف حقیقی: ۴۴۸۲
قول دوم کشف انقلابی: ۴۴۸۲
قول سوم کشف حکمی: ۴۴۸۳
قول چهارم نقل: ۴۴۸۳
۲. تصویرات مختلف در کشف حقیقی ۴۴۸۳
اشاره ۴۴۸۳
تصویر اول: اینکه اجازه را کاشف حقیقی می دانیم ۴۴۸۳
مناقشهٔ مرحوم آقای حکیم ۴۴۸۳
نقد ایراد مرحوم آقای حکیم توسط استاد ۴۴۸۳
تصویر دوم: که میرزای رشتی به آن قائل است. ۴۴۸۵
تصویر سوم: اینکه شرطیت رضایت اعم از تقارن عقد با آن یا تعقب عقد به آن است ۴۴۸۵
تصویر چهارم: ۴۴۸۵
۱۳۸۱/۱۰/۳ سه شنبه درس شمارهٔ (۴۸۰) کتاب النکاح/سال پنجم ۴۴۸۷
اشاره ۴۴۸۷

خلاصهٔ درس گذشته و این جلسه: ۴۴۸۷
۱ - أَوْفُوا بِالْعُقُودِ دلالت می کند که عقد علت تامه برای حصول نقل و انتقال و مضمون عقد است ۴۴۸۷
۲) عدم کفایت رضایت تقدیری ۴۴۸۸
۳) از نظر کبروی آیا اجازه و انشاء معتبر است یا آنکه رضایت فعلیه یا تقدیری کافی است؟ ۴۴۸۹
۴) مقتضای ادلهٔ شرعی و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ۴۴۹۱
۵) مختار استاد مد ظله در أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ۴۴۹۵
۶) کشف انقلابی معقول است یا نه؟ ۴۴۹۷
۷) روایات مسئله ۴۴۹۹
۱۳۸۱/۱۰/۴ چهارشنبه درس شمارهٔ (۴۸۱) کتاب النکاح/ سال پنجم ۴۵۰۰
اشاره ۴۵۰۰
خلاصهٔ درس گذشته و این جلسه: ۴۵۰۰
الف) ذکر روایات دالّهٔ بر اینکه اجازه در باب فضولی کاشف است نه ناقل: ۴۵۰۰
ب) عدم کفایت رضایت باطنی از امضای معتبر در عقد فضولی ۴۵۰۳
متن مسئله: ۴۵۰۳
ج) حکم مسأله در صورتی که مالک نه تنها نسبت به انجام معامله کراهت دارد و بلکه فضولی را نهی از آن هم می نماید. ۴۵۰۵
متن مسئله: ۴۵۰۵
۱) نظر استاد مد ظله ۴۵۰۶
۱۳۸۱/۱۰/۷ شنبه درس شمارهٔ (۴۸۲) کتاب النکاح/ سال پنجم ۴۵۰۷
اشاره ۴۵۰۷
خلاصهٔ درس این جلسه: ۴۵۰۷
تکمله و اصلاح: ۴۵۰۷
الف) بررسی اشتراط قصد فضولیت در عقد فضولی: ۴۵۰۸
متن عروه مسئله ۲۴: ۴۵۰۸
ب) حکم مسئله در صورت کاربرد لفظ توکیل در عقد: ۴۵۱۰
اشاره ۴۵۱۰
۱) توضیح عبارت عروه: ۴۵۱۰
۲) نظر استاد مد ظله ۴۵۱۰
ج) امضای عقد بدون مهر یا با مهری دیگر یا با الغاء یا افزودن شرطی دیگر: ۴۵۱۱
اشاره ۴۵۱۱
۱ - توضیح عبارت عروه: ۴۵۱۲
۲) مناقشاتی در کلام مرحوم مصنف قدس سرّه ۴۵۱۲
۳) توضیح حضرت استاد - مد ظله - دربارهٔ کلام مرحوم مصنف قدس سرّه: ۴۵۱۳

اشاره ۴۵۱۵
خلاصهٔ درس: ۴۵۱۵
اگر فضولی با مهر معیّن عقد نمود، ولی مجیز آن را بدون مهر اجازه داد. ۴۵۱۵
متن عروه: ۴۵۱۵
۱ - موضوع بحث: ۴۵۱۵
۲ - نظر مرحوم آقای خمینی - قدس سرّه - در عدم انحلال خطابات قانونی: ۴۵۱۶
۳ - نظر استاد - مد ظلّه ۴۵۱۷
۴ - معنای انحلال و بیان فارق به نظر مرحوم آقای حکیم (که در مسئله مهریه در نکاح فضولی قایل به انحلال نشده ولی در مرکبات و مشروطات قایلند): ۴۵۱۷
۵ - نظر استاد - مد ظلّه - ۴۵۱۸
بررسی مسئله ۲۷: عروه ۴۵۲۰
متن عروه ۴۵۲۰
توضیح مسئله: ۴۵۲۰
اشاره ۴۵۲۰
فرض اول: وکیل وکالت را فراموش کرده و عقدی را به عنوان فضولی خواند، ۴۵۲۰
فرض دوم: ایشان می فرمایند: بلکه اگر وکالت شخص هنوز فعلیت پیدا نکرده ۴۵۲۱
فرض سوم: اگر عاقد ولیّ معقود علیه بود و لکن متوجه ولایت خویش نبوده و به حساب فضولی عقد را جاری کرده، ۴۵۲۱
الف) بررسی ادلّه و اقوال در مسئله ۴۵۲۱
اشاره ۴۵۲۱
۱ - نظر مرحوم آقای حکیم در فرض دوم: ۴۵۲۱
۲ - اشکال مرحوم آقای خویی و نظر استاد - مد ظلّه - ۴۵۲۱
۳ - بررسی صورت سوم و نظر استاد - مد ظلّه - ۴۵۲۳
به نظر ما مسئله دو فرض دارد: ۴۵۲۳
فرض اول: که شخص نمی دانسته نسبت به دختر خودش (بنا بر مختار ما) یا نسبت به صغیر ولایت دارد ۴۵۲۳
فرض دوم: می داند نسبت به دختر دیگران ولایت ندارد ۴۵۲۳
۱۳۸۱/۱۰/۱۰ سه شنبه درس شمارهٔ (۴۸۴) کتاب النکاح/سال پنجم ۴۵۲۵
اشاره ۴۵۲۵
خلاصهٔ درس: ۴۵۲۵
شخص اصیل یا ولی یا وکیل است وکیل است و خودش نیز اطلاع دارد که عقدش نافذ نبوده و احتیاج به اجازه کسی ندارد و در عین حال به عنوان فضولیت این عقد را اجراء می کند ۴۵۲۵
عقد ولی فضولی موقوف بر اجازه و امضاء نیست تا اگر اجازه نشود باطل باشد و اما حق فسخ ندارد ۴۵۲۸
اگر فضولی برای صغیرین عقدی اجرا کرد، یکی از آنها بعد از بلوغ عقد را امضا کرد و قبل از اجازه دیگری فوت کرد ۴۵۳۱
اشاره ۴۵۳۱

تصویر حرمه بنت در کلام صاحب العروه ۴۵۳۲
اشکال به کلام صاحب عروه در مقام ۴۵۳۳
پاسخی دیگر از اشکال مشترک مرحوم کاشف الغطاء و مرحوم آقای خویی رحمه الله ۴۵۳۴
۱۳۸۱/۱۰/۱۱ چهار شنبه درس شمارهٔ (۴۸۵) کتاب النکاح/ سال پنجم ۴۵۳۶
اشاره ۴۵۳۶
الف) اشکال مرحوم آقای خویی و مرحوم کاشف الغطاء به عبارت مرحوم سید و دفع آن. ۴۵۳۶
اشاره ۴۵۳۶
۱) ادامه مسئله ۳۸۹۴: ۴۵۳۸
ب) آیا در غیر از فرض صغیرین که در مسئله قبل مطرح شد، در سایر صور نیز ارث بردن یا ترتب احکام زوجیت غیر از ارث نیازی به قسم خوردن دارد یا نه؟ ۴۵۳۹
متن مسئله ۳۸۹۳: ۴۵۳۹
۱) کلام مرحوم آقای خویی و بیان استاد مد ظله ۴۵۴۰
۱۳۸۱/۱۰/۱۴ شنبه درس شمارهٔ (۴۸۶) کتاب النکاح/سال پنجم ۴۵۴۲
اشاره ۴۵۴۲
خلاصهٔ درس این جلسه: ۴۵۴۲
بررسی جواز انجام عقد منافی با عقد فضولی توسط اصیل ۴۵۴۲
متن عروه: ۴۵۴۲
۱) شرح عبارت عروه ۴۵۴۲
۲) بیان دو نکته در مورد متن عروه ۴۵۴۳
۳) مناقشهٔ مرحوم آقای حکیم به قواعد و شارح آن ۴۵۴۴
۴) دفاع استاد مد ظله - از عدم تنافی در کلام علامه ۴۵۴۶
۵) بیان مرحوم آقای نائینی برای عدم جواز عقد منافی ۴۵۴۷
۱۳۸۱/۱۰/۱۵ یکشنبه درس شمارهٔ (۴۸۷) کتاب النکاح/سال پنجم ۴۵۴۸
اشاره ۴۵۴۸
خلاصهٔ درس این جلسه: ۴۵۴۸
نظر مرحوم نائینی: ۴۵۴۸
اشاره ۴۵۴۸
اشکال استاد مد ظله بر فرمایش مرحوم نائینی: ۴۵۴۸
نظر شیخ انصاری رحمه الله در این مسئله: ۴۵۴۹
اشاره ۴۵۴۹
اشکالات استاد مد ظله به فرمایش شیخ رحمه الله: ۴۵۵۰
نظر مرحوم سید رحمه الله: ۴۵۵۱
نظر استاد مد ظله: ۴۵۵۱

۱۳۸۱/۱۰/۱۶ دوشنبه درس شمارهٔ (۴۸۸) کتاب النکاح/سال پنجم ۴۵۵۴
اشاره ۴۵۵۴
خلاصهٔ درس این جلسه: ۴۵۵۴
بحث در این بود که اگر عقد نکاح از یک طرف مراعی نبوده بلکه لازم باشد و از طرف دیگر فضولی، آیا کسی که از طرف او عقد لازم است می تواند عقودی که منافات با صحت عقد اول داشته باشد انجام دهد یا خیر؟ ۴۵۵۴
اشاره ۴۵۵۴
بررسی کلام مرحوم سید رحمه الله: ۴۵۵۵
اشاره ۴۵۵۵
مرحله اول: آیا التزامی که از طرف اصیل یا مجیز صورت گرفته لازم الرعایه است ۴۵۵۵
مرحله دوم: آیا انجام عقود منافی فسخ التزام اول است یعنی عقلاء دیگر برای التزام اول بقایی قایل نیستند یا خیر؟ ۴۵۵۵
نقد مرحوم آقای خویی به استدلال به أَوْفُوا بِالْعُقُودِ : ۴۵۵۶
اشاره ۴۵۵۶
نقد فرمایش مرحوم آقای خویی رحمه الله ۴۵۵۶
نقد استاد مد ظله به استدلال به أَوْفُوا بِالْعُقُودِ : ۴۵۵۶
مناقشه مرحوم آقای خویی رحمه الله: ۴۵۵۸
اشاره ۴۵۵۸
نقد فرمایش مرحوم آقای خویی رحمه الله: ۴۵۵۹
تعلیقه مرحوم آقای گلپایگانی رحمه الله: ۴۵۶۰
اشاره ۴۵۶۰
نقد استاد مد ظله: ۴۵۶۱
بررسی مسئلهٔ ۳۳ اگر یکی از دو طرف عقد که عقد از ناحیه او فضولی است - چه مرد باشد و چه زن - عقد را ردّ کند ۴۵۶۲
اشاره ۴۵۶۲
ادامه مسئله ۳۳: ۴۵۶۲
اشاره ۴۵۶۲
دفاع از علامه حلّی رحمه الله: ۴۵۶۳
بررسی مسئلهٔ ۳۴ حکم زنی که فضولتاً به ازدواج مردی در آمده یا مردی فضولتاً به ازدواج زنی درآمده و من له الاجازه جاهلا عقد منافی با این عقد فضولی انجام داده ۴۵۶۳
۱۳۸۱/۱۰/۱۷ سه شنبه درس شماره (۴۸۹) کتاب النکاح/سال پنجم ۴۵۶۵
اشاره ۴۵۶۵
خلاصه درس این جلسه: ۴۵۶۵
اقوال در مسئله نکاح فضولی در مقام ۴۵۶۵
نقل کلام محقق خویی رحمه الله در باب ازدواج با دختر همسر: ۴۵۶۶
اشاره ۴۵۶۶
نقد کلام محقق خویی قدس سرّه ۴۵۶۸

ادامهٔ مسئلهٔ ۳۴ ----- ۴۵۷۰
اشاره ----- ۴۵۷۰
مرحوم صاحب العروه می فرماید: لیس لها تجیز لفوات محلّ الإجازه ----- ۴۵۷۰
بررسی مسئلهٔ ۳۴ حکم زنی که دو نفر را وکیل کرده تا شوهری برای او پیدا کنند و هر کدام شخصی را پیدا کردند. ----- ۴۵۷۳
اشاره ----- ۴۵۷۳
بررسی مسئله ----- ۴۵۷۴
۱۳۸۱/۱۰/۱۸ چهارشنبه درس شمارهٔ (۴۹۰) کتاب النکاح/سال پنجم ----- ۴۵۷۷
اشاره ----- ۴۵۷۷
خلاصهٔ درس این جلسه: ----- ۴۵۷۷
الف) بررسی فرض اقتران دو عقد در مسئله ۳۸۹۸: ----- ۴۵۷۷
اشاره ----- ۴۵۷۷
۱) مختار استاد مد ظله در مورد صورت تقارن دو عقد ----- ۴۵۸۱
ب) حکم شک در سبق و اقتران دو عقد ----- ۴۵۸۲
اشاره ----- ۴۵۸۲
۱) تفصیل استاد مد ظله راجع به فرع اخیر ----- ۴۵۸۲
۲) اشاره به کلام مرحوم آقای گلپایگانی ----- ۴۵۸۵
۱۳۸۱/۱۰/۲۱ شنبه درس شمارهٔ (۴۹۱) کتاب النکاح/سال پنجم ----- ۴۵۸۶
اشاره ----- ۴۵۸۶
خلاصهٔ درس گذشته و این جلسه: ----- ۴۵۸۶
الف) اشاره ای کوتاه به مختار استاد مد ظله در فرض تقارن دو عقد (یادآوری و تکمیل) ----- ۴۵۸۶
ب) اشاره به نظر استاد مد ظله در فرض ثلاثی الاحتمال بودن (یادآوری و تکمیل) ----- ۴۵۸۸
ج) بیان مرحوم آقای گلپایگانی در تأیید کلام مرحوم سید: ----- ۴۵۸۹
اشاره ----- ۴۵۸۹
۱) بررسی و نقد کلام مرحوم گلپایگانی توسط استاد مد ظله ----- ۴۵۹۰
د) بررسی فرض «و کذا الحال اذا زوجت نفسها من رجل و زوجها وکیلها من آخر، او تزوج بامرأه و زوجه وکیله باخری لا یمکن الجمع بینهما» ----- ۴۵۹۳
۱۳۸۱/۱۰/۲۳ دوشنبه درس شمارهٔ (۴۹۲) کتاب النکاح/سال پنجم ----- ۴۵۹۴
اشاره ----- ۴۵۹۴
خلاصهٔ درس: ----- ۴۵۹۴
یادآوری و سبب یادآوری مسئله ۴۳ محرمات بالمصاهره در مباحث مسئله ۳۵ «اولیاء عقد» ----- ۴۵۹۴
اشکال استاد دام ظله بر عدم جریان لا ضرر و لا حرج در الزام به طلاق در مقام ----- ۴۵۹۷
نقد استاد دام ظله نسبت به استدلال به استصحاب برای اثبات قول به لزوم طلاق ----- ۴۵۹۸

بررسی استدلال به آیه شریفه «اَلطّلاقُ مَرَّتانِ فَإِمْساکٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِیحٌ بِإِحْسانٍ» برای اثبات لزوم طلاق ۴۵۹۹
اشاره ۴۵۹۹
نقل و نقد وجه مرحوم آقای حکیم برای عدم دلالت آیه ۴۵۹۹
نقل و نقد وجه مرحوم آقای خویی برای عدم دلالت آیه ۴۶۰۰
۱۳۸۱/۱۰/۲۴ سه شنبه درس شمارهٔ (۴۹۳) کتاب النکاح/سال پنجم ۴۶۰۲
اشاره ۴۶۰۲
خلاصهٔ درس گذشته و این جلسه: ۴۶۰۲
الف) بررسی ادامه مسئله ۳۵ از فصل اولیاء عقد: ۴۶۰۲
اشاره ۴۶۰۲
۱) عدم تمامیت استدلال به آیهٔ شریفه «فَإِمْساکٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِیحٌ بِإِحْسانٍ» برای وجوب طلاق ۴۶۰۲
۲) کلام مرحوم آقای گلپایگانی ۴۶۰۴
۳) مناقشهٔ استاد مد ظله ۴۶۰۴
۴) نظر استاد مد ظله ۴۶۰۵
۵) گفتاری از مرحوم آقای حکیم ۴۶۰۵
۶) کلامی از مرحوم شیخ انصاری و مرحوم سید یزدی و مرحوم آقای بروجردی پیرامون اکراه و اضطرار ۴۶۰۶
۷) بیان استاد مد ظله در مورد کلام مرحوم بروجردی و انطباق آن با محل کلام ۴۶۰۷
۸) بیان مرحوم آقای خویی نسبت به جملهٔ «احدها التوقیف حتی یحصل العلم» ۴۶۰۸
۹) نقد استاد مد ظله ۴۶۰۹
ب) ادامه مسئله: ۴۶۰۹
ج) ادامهٔ مسئله: ۴۶۱۰
درباره مرکز ۴۶۱۱

نکاح : تقریرات درس آیت الله شبیری زنجانی جلد ۱۳

مشخصات کتاب

عنوان و نام پدیدآور: نکاح: تقریرات درس آیت الله شبیری زنجانی ؛ سید محمدکاظم طباطبایی یزدی (۱۲۴۷-۱۳۳۷ق)

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

عنوان های دیگرالعروه الوثقی. گزیده. شرح

ناشر: موسسه پژوهشی رای پرداز

مکان نشر: قم - ایران ۱۳۸۲ - ۱۳۸۳

زبان: فارسی

مشخصات ظاهری: ۲۵ جلد

موضوع: فقه - نکاح (ازدواج)

موضوع: زناشویی (فقه)

کد کنگره: ۲ ک ۲ ش / ۱ / ۱۸۹ BP

ص: ۱

اشاره

ص :۱

ص :۵

ص :٨

ص :۳۵

ص :۵۳

ص :۵۵

ص :۵۶

ص :۵۸

ص :۳۵۸

ص :۵۰۳

ص :۵۲۵

ص :۵۲۸

ص :۵۳۸

ص :۵۵۵

ص :۵۶۳

ص :۵۶۵

ص :۵۶۸

ص :۸۲۸

ص :۸۶۵

ص :۱۰۳۵

ص :۱۰۵۵

ص :۱۳۰۵

ص :۱۳۱۵

ص :۱۳۲۳

ص :۱۳۲۵

ص :۱۳۲۸

ص :۱۳۳۵

ص :۱۳۳۸

ص :۱۳۵۱

ص :۱۳۵۲

ص :۱۳۵۳

ص :۱۳۵۴

ص :۱۳۵۵

ص :۱۳۵۶

ص :۱۳۵۷

ص :۱۳۵۸

ص :۱۳۶۲

ص :۱۳۶۳

ص :۱۳۶۵

ص :۱۳۶۸

ص :۱۳۷۳

ص : ۱۳۸۰

ص :۱۳۸۱

ص :۱۳۸۲

ص :۱۳۸۳

ص :۱۳۸۴

ص :۱۳۸۵

ص :۱۳۸۶

ص :۱۳۸۸

ص :۱۳۸۹

ص :۱۳۹۲

ص :۱۳۹۳

ص :۱۳۹۵

ص :۱۳۹۶

ص :۱۳۹۸

ص :۱۴۵۱

ص :۱۴۸۸

ص :۱۵۰۳

ص :۱۵۰۵

ص :۱۵۱۵

ص :۱۵۲۵

ص :۱۵۳۳

ص :۱۵۳۵

ص :۱۵۳۶

ص :۱۵۳۸

ص :۱۵۵۸

ص :۱۵۶۲

ص :۱۵۸۵

ص :۱۵۸۸

ص :۱۷۲۵

ص :۱۷۳۸

ص :۱۷۸۵

ص :۱۸۰۰

ص :۱۸۰۳

ص :۱۸۰۵

ص :۱۸۰۸

ص :۱۸۱۸

ص :۱۸۲۸

ص :۱۸۳۳

ص :۱۸۳۵

ص :۱۸۳۸

ص :۱۸۵۵

ص :۱۸۵۸

ص : ۱۸۸۰

ص :۱۸۸۵

ص :۱۸۹۳

ص :۱۸۹۵

ص :۱۸۹۹

ص :۱۹۰۰

ص :۱۹۰۲

ص :۱۹۰۳

ص :۱۹۰۵

ص :۱۹۰۸

ص :۱۹۱۰

ص :۱۹۱۱

ص :۱۹۱۲

ص :۱۹۱۳

ص :۱۹۱۵

ص :۱۹۱۶

ص :۱۹۱۸

ص :۱۹۲۰

ص :۱۹۲۲

ص :۱۹۲۳

ص :۱۹۲۴

ص :۱۹۲۵

ص :۱۹۲۷

ص :۱۹۲۸

ص :۱۹۲۹

ص : ۱۹۳۰

ص :۱۹۳۱

ص :۱۹۳۲

ص :۱۹۳۳

ص :۱۹۳۴

ص :۱۹۳۵

ص :۱۹۳۶

ص :۱۹۳۷

ص :۱۹۳۸

ص :۱۹۳۹

ص :۱۹۴۲

ص :۱۹۴۳

ص :۱۹۴۵

ص :۱۹۴۸

ص :۱۹۵۰

ص :۱۹۵۱

ص :۱۹۵۲

ص :۱۹۵۳

ص :۱۹۵۴

ص :۱۹۵۵

ص :۱۹۵۶

ص :۱۹۵۷

ص :۱۹۵۸

ص :۱۹۵۹

ص :۱۹۶۱

ص :۱۹۶۲

ص :۱۹۶۳

ص :۱۹۶۴

ص :۱۹۶۵

ص :۱۹۶۶

ص :۱۹۶۷

ص :۱۹۶۸

ص :۱۹۶۹

ص :۱۹۷۰

ص :۱۹۷۱

ص :۱۹۷۲

ص :۱۹۷۳

ص :۱۹۷۴

ص :۱۹۷۵

ص :۱۹۷۶

ص :۱۹۷۷

ص :۱۹۷۸

ص :۱۹۷۹

ص :۱۹۸۰

ص :۱۹۸۱

ص :۱۹۸۲

ص :۱۹۸۳

ص :۱۹۸۴

ص :۱۹۸۵

ص :۱۹۸۶

ص :۱۹۸۷

ص :۱۹۸۸

ص :۱۹۸۹

ص :۱۹۹۰

ص :۱۹۹۱

ص :۱۹۹۲

ص :۱۹۹۳

ص :۱۹۹۴

ص :۱۹۹۵

ص :۱۹۹۶

ص :۱۹۹۷

ص :۱۹۹۸

ص :۱۹۹۹

ص :۲۰۰۰

ص :۲۰۰۲

ص :۲۰۰۳

ص :۲۰۰۵

ص :۲۰۰۷

ص :۲۰۰۸

ص :۲۰۱۱

ص :۲۰۱۲

ص :۲۰۱۳

ص :۲۰۱۴

ص :۲۰۱۵

ص :۲۰۱۶

ص :۲۰۱۸

ص :۲۰۲۱

ص :۲۰۲۲

ص :۲۰۲۳

ص :۲۰۲۵

ص :۲۰۴۵

ص :۲۰۵۰

ص :۲۰۵۳

ص :۲۰۵۵

ص :۲۰۵۷

ص :۲۰۵۸

ص :۲۰۸۵

ص :۲۰۸۸

ص :۲۱۰۸

ص :۲۱۱۸

ص :۲۱۲۸

ص :۲۱۳۳

ص :۲۱۵۳

ص :۲۱۵۵

ص :۲۱۵۸

ص :۲۱۸۵

ص :۲۱۹۲

ص :۲۲۸۳

ص :۲۲۸۵

ص :۲۲۸۸

ص :۲۳۰۰

ص :۲۳۰۵

ص :۲۳۰۸

ص :۲۳۱۳

ص :۲۳۱۵

ص :۲۳۱۸

ص :۲۳۲۲

ص :۲۳۲۳

ص :۲۳۲۴

ص :۲۳۲۵

ص :۲۳۲۸

ص :۲۳۳۲

ص :۲۳۳۳

ص :۲۳۳۵

ص :۲۳۴۵

ص : ۲۳۵۰

ص :۲۳۵۱

ص :۲۳۵۲

ص :۲۳۵۳

ص :۲۳۵۵

ص :۲۳۵۶

ص :۲۳۵۸

ص :۲۳۶۲

ص :۲۳۶۳

ص :۲۳۶۴

ص :۲۳۶۵

ص :۲۳۶۸

ص :۲۳۸۲

ص :۲۳۸۳

ص :۲۳۸۴

ص :۲۳۸۵

ص :۲۳۹۳

ص :۲۴۵۳

ص :۲۴۸۳

ص :۲۴۸۴

ص :۲۴۹۵

ص :۲۵۰۰

ص :۲۵۰۳

ص :۲۵۰۵

ص :۲۵۰۷

ص :۲۵۰۸

ص :۲۵۱۳

ص :۲۵۱۵

ص :۲۵۱۸

ص :۲۵۲۵

ص :۲۵۳۳

ص :۲۵۳۵

ص :۲۵۵۳

ص :۲۵۵۵

ص :۲۵۶۲

ص :۲۵۶۵

ص :۲۵۷۵

ص :۲۵۸۳

ص :۲۵۸۵

ص :۲۵۸۸

ص :۲۶۳۳

ص :۲۶۶۵

ص :۲۶۸۵

ص :۲۷۱۳

ص :۲۷۲۳

ص :۲۷۳۵

ص :۲۸۰۰

ص :۲۸۰۳

ص :۲۸۰۵

ص :۲۸۰۸

ص :۲۸۱۱

ص :۲۹۱۵

ص :۲۹۳۴

ص :۲۹۳۵

ص :۲۹۵۱

ص :۲۹۵۵

ص :۲۹۶۲

ص :۲۹۶۵

ص :۲۹۸۳

ص :۳۰۰۰

ص :۳۰۰۵

ص :۳۰۱۸

ص :۳۰۲۰

ص :۳۰۲۲

ص :۳۰۲۵

ص :۳۰۲۸

ص :۳۰۳۲

ص :۳۰۳۴

ص :۳۰۳۵

ص :۳۰۳۸

ص :۳۰۴۵

ص :۳۰۵۰

ص :۳۰۵۳

ص :۳۰۵۵

ص :۳۰۵۶

ص :۳۰۵۸

ص :۳۰۶۵

ص :۳۰۸۳

ص :۳۰۸۵

ص :۳۰۸۶

ص :۳۰۸۷

ص :۳۰۸۸

ص :۳۰۹۵

ص :۳۱۳۸

ص :۳۱۵۵

ص :۳۱۷۲

ص :۳۱۸۵

ص :۳۲۸۳

ص :۳۳۰۱

ص :۳۳۱۵

ص :۳۳۲۵

ص :۳۳۴۵

ص :۳۳۵۳

ص :۳۳۵۵

ص :۳۳۵۶

ص :۳۳۵۸

ص :۳۳۶۵

ص :۳۳۶۸

ص :۳۳۸۵

ص :۳۳۹۳

ص :۳۵۰۰

ص :۳۵۰۱

ص :۳۵۰۲

ص :۳۵۰۳

ص :۳۵۰۵

ص :۳۵۰۶

ص :۳۵۰۸

ص :۳۵۰۹

ص :۳۵۱۵

ص :۳۵۲۰

ص :۳۵۲۲

ص :۳۵۲۳

ص :۳۵۲۵

ص :۳۵۲۸

ص :۳۵۳۳

ص :۳۵۳۵

ص :۳۵۳۸

ص :۳۵۴۵

ص : ۳۵۵۰

ص :۳۵۵۲

ص :۳۵۵۳

ص :۳۵۵۵

ص :۳۵۵۸

ص :۳۵۶۲

ص :۳۵۶۳

ص :۳۵۶۵

ص :۳۵۶۸

ص :۳۵۷۵

ص :۳۵۸۲

ص :۳۵۸۴

ص :۳۵۸۵

ص :۳۵۸۸

ص :۳۵۹۳

ص :۳۶۸۵

ص :۳۷۸۵

ص :۳۸۰۰

ص :۳۸۰۵

ص :۳۸۰۸

ص :۳۸۱۵

ص :۳۸۱۸

ص :۳۸۲۳

ص :۳۸۵۳

ص :۳۸۶۵

ص :۳۸۸۲

ص :۳۸۸۳

ص :۳۸۸۸

ص :۳۸۹۵

ص :۳۹۱۱

ص :۳۹۲۳

ص :۳۹۳۵

ص :۳۹۵۵

ص :۳۹۹۵

ص :۴۰۳۵

ص :۴۰۵۲

ص :۴۰۵۵

ص :۴۰۵۸

ص :۴۰۶۵

ص :۴۰۸۸

ص :۴۰۹۵

ص :۴۱۲۵

ص :۴۱۲۸

ص :۴۱۴۸

ص :۴۱۵۵

ص :۴۱۶۲

ص :۴۱۶۵

ص :۴۲۵۳

ص :۴۲۵۸

ص :۴۲۸۳

ص :۴۳۰۰

ص :۴۳۰۵

ص :۴۳۱۵

ص :۴۳۲۲

ص :۴۳۲۵

ص :۴۳۳۵

ص :۴۳۵۳

ص :۴۳۵۴

ص :۴۳۵۵

ص :۴۳۶۳

ص :۴۳۶۵

ص :۴۳۶۸

ص :۴۳۸۳

ص :۴۳۸۵

ص :۴۳۸۸

۱۳۸۱/۰۸/۰۸ دوشنبه درس شمارهٔ (۴۷۱) کتاب النکاح/سال پنجم

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

خلاصهٔ درس قبل و این جلسه:

در این جلسه سه بحث کاملاً مستقل مورد توجه قرار گرفته است:

۱ - ادامهٔ بحث پیرامون روایت عمار ساباطی و ترجیح کلام شیخ طوسی در مورد این حدیث که مربوط به مسئلهٔ ۱۷ است.

۲ - بررسی بحث قاعدهٔ الزام که مرحوم آقای خویی در ضمن مسئله ۱۶ مطرح کرده بودند.

۳ - ذکر نکته ای دربارهٔ جواز تعدّی از صحّت فضولی در نکاح به سایر عقود و عدم جواز تعدّی از صحت فضولی در عقود به نکاح که به عنوان مقدمه ای بر مسئلهٔ ۱۸ مطرح گردیده است.

***

الف) توجیه مرحوم شیخ طوسی در مورد روایت عمار ساباطی

مرحوم شیخ طوسی در استبصار روایت عمار را که در جلسهٔ گذشته مطرح کردیم به گونه ای معنا می نمایند که به نظر می رسد اقرب نیز همین گفتار ایشان باشد.

مرحوم شیخ می فرماید معنای این روایت این است که یک نفر نمی تواند متولّی اجرای هر دو طرف عقد باشد یعنی هم موجِب (به کسر) باشد و هم قابل. و لذا امام علیه السلام در فرضی که زن شخص دیگری را وکیل نموده و او عقد زن را برای مرد می خواند و خود مرد هم قبول می کند. فرموده اند که اشکالی ندارد و تزویج صحیح

است. عبارت مرحوم شیخ طوسی در استبصار این چنین است: «الوجه فی هذا الخبر أنه انما لم یجز ذلک لأنها وکّلته بأن یزوّجها من نفسه و ذلک لا یصح، لان الوکیل یقوم مقام موکّله فیحتاج الی من یعقد علیه و لا یصح أن یکون الانسان عاقداً علی نفسه، لأن العقد یقتضی ایجاباً و قبولاً و ذلک لا یصحّ بین الإنسان و بین نفسه، و لو أنها زوّجته نفسها من غیر أن توکله لکان ذلک جائزاً حسب ما تضمنته الأخبار الاولیه و لأجل ما قلناه، قال له السائل: توکل غیره بأن یزوّجها منه فقال: نعم. لان ذلک یصحّ تقدیره فیه و فی الاول لا یصحّ».(۱)

همانطوری که گفتیم به نظر ما نیز این تفسیر مطابق ظاهر روایت است و بنابراین نیازی به توجیهات دیگر از قبیل اینکه مراد از «لا یحل» را، نهی تنزیهی و کراهتی بدانیم یا روایت را همچون صاحب وسائل و صاحب حدائق و مرحوم حکیم ناظر به محل بحث و دالّ بر تفکیک میان وکیلی که برای خودش عقد می کند یا وکیلی که برای غیر عقد می کند قرار بدهیم و یا آنکه توجیه مرحوم خویی را - که اشکالاتش را در جلسهٔ قبل بیان کردیم - قائل شویم، نیست.

البته بنا بر معنایی که ما اختیار کردیم، تنها اقتصار به مورد نص می کنیم و می گوییم اگر زوج بخواهد تولّی طرفین را داشته باشد جایز نیست ولی اگر شخص ثالثی تولّی طرفین را داشته باشد. اشکالی ندارد البته تنها چیزی که می توانیم بگوییم تعدی از زوج به زوجه است یعنی وقتی زوج نتواند تولّی طرفین عقد را داشته باشد به طرق اولی زوجه نیز نمی تواند هم موجب و هم قابل باشد. لذا از نظر فتوی حد اقل احتیاط وجوبی در عدم جواز تولّی طرفین عقد، از ناحیهٔ زوج و زوجه است.

ب) بررسی قاعدهٔ «الزام»

اشاره

بحث دیگری که مربوط به مسئلهٔ قبل است و قرار شد مقداری در این جلسه

۱- (۱) - الاستبصار، ج ۳، ص ۲۳۳، حدیث ۸۴۱.

پیرامون آن بحث کنیم «قاعده الزام» است. در مسئله سابق یکی از فروعات این بود که مرحوم سید قائل شدند که اگر مولّی علیه کافر باشد پدر کافر وی بر او ولایت دارد. مرحوم آقای خوئی در ضمن آن مسئله این نکته را متذکر شدند که کفّار در میان جوامع خود به ولایت پدر بر تزویج صغار خود یا ولایت بر دختر باکره قائل نیستند لذا اگر مدرک سخن مرحوم سید قاعده الزام باشد که مفاد آن عبارت از این است که کفار را باید به همان چیزی که خود به آن معتقد می باشند الزام کرد و بر اساس عقیده خودشان با آنها رفتار کرد، در ما نحن فیه چون کفار قائل به ولایت پدر بر اولاد خود نیستند نمی توان ولایت را برای پدر کافر ثابت دانست.

ما در جلسهٔ گذشته این کلام مرحوم خویی را مورد نقد قرار دادیم و گفتیم این طور نیست که کفّار در همه جوامع قائل به ثبوت ولایت نباشند. حال می گوئیم بر فرض که کفار اعتقادی به ولایت نداشته باشند اگر فرضاً یکی از آنها ولد صغیر خود یا دختر باکره را تزویج نمود که طبق مذهب آنها چنین حقی برای پدر ثابت نیست و آن عقد محکوم به بطلان است. در اینگونه موارد آیا باید بگوئیم چون عقد در نظر آنها باطل است پس باید حکم به بطلان شود و در نتیجه این کلام مرحوم سید که می فرماید: «پدر کافر بر فرزند کافرش ولایت دارد، تخصیص خورده و تنها در جایی که خود کفار نیز قائل به ولایت باشند صحیح می باشد. و یا اینکه چون طبق مذهب ما حق این است که پدر ولایت دارد آن عقد محکوم به صحت است و لذا شیعه و مسلمان نمی تواند با آن دختر ازدواج نماید.

۱) کلام مرحوم بجنوردی صاحب کتاب «القواعد الفقهیه»

مرحوم آقای بجنوردی در کتاب «القواعد الفقهیه» این قاعده را عنوان کرده و پیرامون جوانب مختلف آن و فروعات مترتب بر آن بحث نموده اند، یکی از آن فروعات عبارت از این است که اگر نکاح یا طلاقی بر اساس مذهب اهل سنت (کلام

ایشان دربارهٔ اختلاف شیعه و سنی است یعنی ایشان قاعدهٔ الزام را در مورد سنی ها مطرح نموده ولی بحث اختصاصی به آنجا ندارد و در مورد کفار نیز قابل طرح است) انجام پذیرفت. با توجه به اینکه آنها از نظر شرائط با ما مختلف هستند وظیفه شیعه در مقابل آن چیست؟ آنچه از نظر روایات و فتاوی، مسلّم است این است که اگر خود سنی ها زنی را بدون شوهر قلمداد نمودند، شیعه می تواند با آن زن ازدواج نماید. و لکن کلام این است که اگر سنی بر خلاف شرایط مذهب خود نکاح یا طلاقی انجام داد که در نظر شیعه آن شرائط در نکاح یا طلاق معتبر نیست، که در نتیجه در نظر شیعه آن عقد یا آن طلاق صحیح است اگر چه خود سنی ها آن را باطل می دانند.

و یا بالعکس، از نظر شیعه عمل محکوم به بطلان است ولی در نزد آنها آن عمل صحیح است. در اینگونه موارد آیا می توان قائل شد که واقع امر و حقیقت قضیهٔ نیز دارای تعدد و تنوّع است و به عنوان مثال، اگر طلاق در نزد سنی ها صحیح باشد ولی شیعه آن را صحیح نداند. واقعا آن زن مطلقه شده و لذا شیعه می تواند با او ازدواج نماید. مرحوم بجنوردی می فرمایند اینکه واقع دوتا باشد و به عنوان مثال در فرض مذکور به مجرد طلاق شوهر، زن واقعاً بدون شوهر شود این حرف صحیح نیست، حتی ایشان ادعا می کنند که این مطلب خلاف ضرورت است (البته با مراجعه ای که ما کردیم معلوم شد که این حرف مذهب نیست و بزرگانی همچون شیخ به آن قائل هستند) لذا ایشان برای تصحیح عقد یک نفر شیعه با چنین زنی قائل شده اند که با تمسک به قاعدهٔ الزام و اینکه با مخالفین باید طبق التزامات خودشان عمل نمود، شخص می تواند با عقد خواندن، زن را از زوجیت قبلی خارج نماید.(۱) نظیر اینکه

۱- (۱) - (توضیح بیشتر) ایشان در این بحث تصریح می کنند که این ازدواج، تزویج با ذات بعل نیست بلکه عقد جدید موجب اخراج زن از زوجیت قبلی می شود. ایشان در ادامه این طور می نویسد: و ان قلت من ای سببٍ صار العقد عله لخروجها عن الزوجیه؟ نقول: من قوله علیه السلام - الزموهم - و من قوله علیه السلام - تزوجوهن - نستکشف ذلک بعد القطع بانه علیه السلام لا یأمر بتزویج امرأه ذات بعل و بعد القطع بان هذا الطلاق باطل، فلا یمکن الجمع بین هذه الامور الّا بان

در مورد کافر حربی که فاقد احترام است می توان با عقد جدید همسرش را از زوجیت او خارج کرد. نتیجهٔ این مسلک این است که اگر مخالف پس از آنکه با آن شرائط زنش را طلاق داد، مستبصر گردید اگر هنوز زنش به عقد جدید با کسی ازدواج نکرده است، زن در حبالهٔ نکاح او باقی می ماند. و در ما نحن فیه نیز اگر کفار ولایتی برای پدر قائل نباشند. در صورتی که پدر اولاد صغیر خود یا دختر باکره را تزویج نماید. آن تزویج اگر چه در نظر آنها باطل است ولی در نظر ما صحیح می باشد و لیکن شیعه می تواند با تمسک به قاعدهٔ الزام احکام عدم زوجیت را مترتب نماید.

در مقابل فرمایش ایشان مسلک دیگری وجود دارد که کسی بگوید بر اساس لکل قوم نکاح و مانند آن واقع امر نیز دو قسم است و اگر مخالفین طبق مذهب نکاحی یا طلاقی انجام دهند و لو اینکه با شرائط موجود در مذهب ما متفاوت باشد، عملشان صحیح است. بنابراین مسلک در ما نحن فیه در صورتی که خود کفار قائل به ولایت پدر بر اولادش نباشند باید کلام مرحوم سید را تخصیص زد و همانطوری که مرحوم خوئی فرمودند در آنجا قائل به عدم ولایت شد.

۲) نظر استاد مد ظلّه

از میان دو مسلکی که به آن اشاره کردیم آنچه به نظر ما درست است همان مسلک دوم است. یعنی قائل هستیم که واقع امر و حقیقت مطلب، مختلف است.

البته قدر متیقن و آن موردی که هیچ جای شک نیست اختلاف ما بین مسلمانان و کفار است یعنی در این مورد هر کدام اگر طبق شرایط موجود در مذهب خود رفتار نمایند عملشان صحیح است و این طور نیست که میزان در صحت شرایط مسلمین

باشد. اما در مورد اختلاف شیعه و سنی از نظر شرائط، مسئله قابل تأمل است که در جای مناسب خود باید پیرامون آن تحقیق شود.

۳) آیا قاعدهٔ الزام شامل تک تک فِرق مخالفین می شود یا اینکه تنها در مورد عقیدهٔ جمهور آنها جاری است

نکتهٔ دیگری که در قاعدهٔ الزام محل بحث است این است که آیا اینکه این قاعده می گوید مخالفین را به هر آنچه خودشان مستلزم هستند، التزام نمایید. بدین معنا است که اگر به عنوان مثال در مقابل شیعه فِرق مختلفی از سنی ها وجود دارد که هر کدام از آنها دارای شرائط و قوانین خاصی از جهت صحت عملی می باشند. با هر کدام از آنها که مواجه شدیم باید طبق عقیدهٔ خودشان با آنها رفتار نماییم و یا اینکه میزان در الزام مخالفین، فتوای اکثر و جمهور آنها است. مرحوم آقای بجنوردی، این مطلب را به طور جداگانه بحث نکرده اند ولی آنچه از مطاوی گفتارشان به دست می آید، این است که ایشان مسلّم گرفته اند که قاعدهٔ الزام در مورد تک تک عقاید فرق مختلف جاری است. ولی به نظر ما آنچه را می توان به طور حتم در مورد این قاعده ادعا کرد، این است که مفاد آن الزام مخالفین به عقیدهٔ جمهور از آنها است.

ظاهر تعابیری همچون «ألزموهم بما ألزموا به انفسهم» [و یا روایتی که در آن راوی پس از طرح مسئله ای در باب ارث که نظریه شیعه با سنی ها در آن اختلاف دارد چنین می گوید: فقلت إنا قد احتجنا الی هذا و المیت رجل من هؤلاء الناس.... قال علیه السلام:...

خذوا منهم ما یأخذون منکم فی سنّتهم و احکامهم....(۱) به ملاحظه کلمه «الناس» و ضمیر در خذوا منهم که به همان «الناس» راجع است، این می باشد که ملاک عقیدهٔ جمهور آنهاست.]

۱- (۱) - التهذیب، ج ۹، ص ۳۲۱-۳۲۲

ج) آیا از صحت عقد فضولی در باب نکاح می توان به صحت عقد فضولی در سایر ابواب تعدی نمود (تذکری نسبت به مسئله آینده)

۱) کلام مرحوم شیخ

چون بحث در مسئله بعدی راجع به فروعات نکاح فضولی است نکته ای را به عنوان مقدمه ذکر می کنیم و تفصیل بحث را در جلسات آینده پی خواهیم گرفت.

بحثی در باب فضولی است که آیا اگر در باب نکاح، ما عقد فضولی را صحیح دانستیم می توانیم به سایر ابواب تعدی کنیم یا نمی توانیم؟ مرحوم شیخ در مکاسب در این مورد بحثی کرده اند و نتیجه گرفته اند آنچه مقتضای روایات است این است که اگر در غیر باب نکاح فضولی را صحیح دانستیم، می توانیم از آن به باب نکاح تعدی کنیم ولی اگر فضولی را در باب نکاح صحیح بدانیم نمی توان از آن به سایر ابواب تعدی کرد. منشأ این مطلب نیز روایتی است که کسی وکیل خود را عزل می کند ولی چون وکیل اطلاع پیدا نکرده است پس از عزل شدن بر اساس وکالتی که برای خود قائل بوده، عقد نکاحی انجام داده است.

سنی ها در این مسئله قائل شدند که در غیر باب نکاح اگر شخصی قبل از انجام معامله ای وکیل خود را عزل کند و وکیل هم به خاطر عدم اطلاع از عزل معامله ای انجام دهد. آن معامله صحیح است ولی در باب نکاح صحت عقد خلاف احتیاط است چون مسئله فروج و مانند آن است لذا قائل به بطلان نکاح شده اند.

امام علیه السلام در این رابطه می فرمایند: حرف سنی ها باطل است بلکه مقتضای اینکه باب نکاح باید بیشتر اهمیت داده شود این است که این عقد صحیح باشد و صحت مطابق با احتیاط است و کلام شما خلاف احتیاط است. مرحوم شیخ سپس در این جهت بحث کرده اند که چگونه صحت نکاح مطابق با احتیاط و بطلان آن خلاف احتیاط است. حاصل فرمایش ایشان این است که اینکه امام علیه السلام فرمودند: قول به

صحت عقد نکاح (بنحو فضولی) مطابق احتیاط است. مراد از این احتیاط، احتیاط نسبی است. یعنی نسبت به کلام سنی ها که قائل به بطلان هستند، صحت مطابق احتیاط است وگرنه هر دو خلاف احتیاط می باشد. زیرا وقتی شک می کنیم که آیا این نکاح صحیح است یا نه و فرض این است که دلیلی هم بر بطلان آن نداریم. در واقع و نفس الامر دو احتمال بیشتر مطرح نیست: یا اینکه این نکاح صحیح است درحالی که شما فتوا به بطلان آن داده اید معنای بطلان این است که این زن می تواند با اینکه در واقع شوهردار است با کس دیگری ازدواج نماید. و احتمال دیگر این است که نکاح واقعاً باطل باشد ولی ما آن را صحیح دانسته ایم معنای صحت این است که آن مرد باید این زن را همسر خود نماید، درحالی که زن او نیست. هر دوی این کارها خلاف است ولی از نظر اهمیت به نظر می رسد اینکه انسان زن شوهردار را بدون شوهر حساب کند و برای او جایز بداند تزویج با غیر را، خیلی قبیح تر است از اینکه زنی را که همسر او نیست. احکام زن بودن بر آن بار کند. لذا شیخ در آخر نتیجه می گیرد که اگر در باب نکاح فضولی صحیح باشد نمی توان به غیر آن تعدی کرد اما اگر در سایر ابواب صحیح باشد به طریق اولی در باب نکاح نیز صحیح است.

۲) بیان استاد مد ظلّه

ما وقتی به روایات مراجعه کردیم، ملاحظه کردیم این معنا یعنی احتیاط نسبی کاملاً اشتباه است و مقصود امام علیه السلام از احتیاط مطلب دیگری است. همین مسئله را از امیر المؤمنین سؤال نمودند، حضرت فرموده است که عقد صحیح است چون به وکیل اعلام نشده بود و شما چرا فتوائی قبل الفحص دادید و احتیاط نکردید.

بنابراین مراد از احتیاط، همان احتیاط مطلق است و مقصود از آن این است که شما که در غیر باب نکاح در مثل این مسئله که وکیل عزل شده و اطلاع ندارد قائل به صحت معامله شده اید، در باب نکاح، غایت مطلب این است که صحت مورد شک

می شود و باید فحص نمود یعنی از اهلش باید مسئله سؤال شود. و فتوا قبل از فحص صحیح نیست.

بنابراین، به نظر می رسد همان مطلبی را که سنی ها قائل اند و عرف نیز مساعد آن است صحیح باشد، که اگر فضولی در باب نکاح که دارای شرایط و تشریفات مشکل تری است صحیح شد می توان به سایر ابواب نیز تعدی کرد.(۱)

«* و السلام *»

ص:۴۳۹۷

۱- (۱) - سفارش استاد مد ظلّه در آستانهٔ ماه مبارک رمضان ۱۴۲۳ ایام ماه مبارک رمضان در پیش است و از آقایان ملتمس دعا هستم. مطلبی که بطور اجمال عرض می شود و آقایان باید آن را حتماً در نظر داشته باشند این است که ببینید آقایان قدمای ما چقدر سختی ها متحمل شدند و با چه شرایطی این فقه را بدست ما رسانده اند، این فقهی که افتخار شیعه بوده است تا بحال، و بر همه فِرَق دیگر تقدم دارد و سطحش بسیار بالا است. این تلاش باید استمرار پیدا کند و ما نیز آن را به نسلهای دیگر منتقل کنیم. نکند خدای ناخواسته این قدر اهمیت علمی تنزل کنیم که حتی نتوانیم کلمات سابقین را بفهمیم. باید از استعدادهائی که خداوند به ما داده است که واقعاً از نعم الهی است استفاده کنیم. خصوصاً در این دوران که هجوم دشمنان بسیار زیاد و خطر تحریف فراوان است «و علی العالم أن یظهر علمه» و انشاء اللّه از خداوند و اولیاء او استمداد کنید و آنها نیز مسلّماً کمک خواهند کرد. خلاصه اینکه ما مسئول هستیم و باید با مجاهده و استمداد از اولیاء خدا این مسئولیت را به انجام برسانیم. و در آخر آن مطلبی را که ما همیشه از آقایان تقاضا کرده ایم که تندیها و خلاف حقوق اشخاص که گاهی در بحثها ما داریم و امثال آن همه را اسقاط نمایند و مبنا در این امور بر اسقاط باشد و الّا ما همیشه مشکل داریم. امیدوارم ماه مبارک رمضان موفق باشید و ما هم مشمول ادعیه آقایان قرار بگیریم. ان شاء اللّه

۱۳۸۱/۰۹/۲۰ چهارشنبه درس شمارهٔ «۴۷۲» کتاب النکاح / سال پنجم

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

خلاصهٔ درس قبل و این جلسه:

در این جلسه مسئله نکاح فضولی مطرح و اقوال مختلف فقهاء را در این زمینه یادآور شده و یکی از ادله قائلین به صحت نکاح فضولی را که همان اولویت داشتن باب نکاح از سایر ابواب می باشد مورد نقد و بررسی قرار داده و ناتمامی آن را اثبات خواهیم نمود و ادامه ادلهٔ قائلین به صحت نکاح فضولی را در جلسات آتی دنبال خواهیم کرد.

***

الف) بررسی نکاح فضولی

۱ – متن مسئله):

الأقوی صحه النکاح الواقع فضولاً مع الإجازه سواء کان فضولیاً من أحد الطرفین او کلیهما، کان المعقود له صغیراً او کبیراً، حرّاً او عبداً، و المراد بالفضولی العقد الصادر من غیر الولی و الوکیل سواء کان قریباً کالأخ و العم و الخال و غیرهم او أجنبیاً و کذا الصادر من العبد او الأمه لنفسه بغیر اذن الولی و منه الصادر من الولی او الوکیل علی غیر الوجه المأذون فیه من اللّه او من الموکل کما اذا اوقع الولی العقد علی خلاف المصلحه او تعدی الوکیل عما عیّنه الموکل.

یکی از مباحث مهم و اصولی که هم در باب نکاح قابل طرح است و هم به طور کلی در سایر ابواب معاملات مورد بحث واقع است مسئله فضولی است. مراد از

فضولی عقد کسی است که سلطنتی بر انجام عقد ندارد حال یا به این نحو که اساساً عقد مربوط به شخص دیگری است و کسی که عقد را انجام داده نه ولایت بر او داشته و نه اینکه وکیل او بوده است و یا اینکه اگر چه عقدی برای نفس عاقد واقع شده است و لیکن حقّی از شخص دیگری نیز در میان است که عاقد بدون رعایت حق غیر، عقد را انجام داده است مثل اینکه عبد و امه برای خودشان ولی بدون اذن مولایشان عقدی انجام دهند و یا طبق نظریه ای که نکاح باکره را مشروط به اذن ولی می داند - که مختار ما نیز همین است - اگر او بدون اذن پدر یا جدّ با کسی ازدواج نماید این نکاح فضولی است و همچنین است عقد سفیه و برادرزاده و خواهرزاده بدون اذن ولی و عمه و خاله.

بحث در مسئله فضولی این است که این قبیل از عقدها که اگر با اذن قبلی انجام می پذیرفت صحیح بودند اگر در حین عقد فاقد اذن بودند و لیکن بعد از آن اذن و اجازه لاحق شود آیا می توان حکم به صحت عقد نمود یا نه؟

قبل از شروع در بحث، تذکر این نکته لازم است که مورد کلام در اینجا نکاح فضولی است و با سایر عقود فضولیّه کاری نداریم. نکاح فضولی از مسائلی است که از زمان معصوم علیه السلام تا زمان ما در بین شیعه و عامه همواره مطرح و محل اختلاف بوده است مثلاـ در بین عامّه بعضی مثل ابو حنیفه آن را صحیح می دانند درحالی که عده ای مثل شافعی قایل به بطلان هستند و جماعت دیگری نیز قائل به تفصیل می باشند. در بین شیعه نیز اقوال مختلف است که آنچه به طور مجموع می توان از کلمات فقها استفاده کرد چهار قول اصلی می باشد:

۱ - صحت نکاح فضولی مطلقا:

ابن عقیل، ابن جنید، شیخ صدوق، شیخ مفید، سید مرتضی، أبو الصلاح حلبی، ابن براج و ابن زهره. در میان این افراد کسی که تصریح به اطلاق کرده است سید مرتضی است که در مسئله ۱۵۴ ناصریات به طور عموم قائل به صحت نکاح فضولی شده است. بسیاری از افراد دیگر قول به صحت

را در ضمن یکی از فروعات مسئله نکاح قائل شده اند که بعید نیست که نظر آنها قول به صحت به طور مطلق باشد ولی چون در ذیل موردی خاص بیان کرده اند لذا تصریح به اطلاق ننموده اند.

۲ – بطلان نکاح فضولی مطلقا:

که این قول مختار فخر المحققین است.

۳ – تفصیل بین نکاح عبد و امه بدون اذن مولایشان با سایر موارد نکاح فضولی.

این قول مختار مرحوم شیخ طوسی در خلاف و مبسوط است و همچنین نظر ابن حمزه نیز همین است. (مرحوم شیخ طوسی در غیر باب نکاح قائل به صحت بیع فضولی و بطلان شراء فضولی است).

۴ – قول به صحت نکاح فضولی در ۹ صورت و در باقی صور نکاح محکوم به بطلان است.

این نظر ابن حمزه است.

ب) ادله قائلین به صحت نکاح فضولی

۱) اولویت داشتن باب نکاح از سایر ابواب (کلام مرحوم شیخ انصاری)

قائلین به صحت نکاح فضولی ادله متعددی اقامه نموده اند که در این جلسه به یکی از آنها اشاره کرده و آن را مورد بررسی قرار می دهیم. آن دلیل، روایتی است که مرحوم شیخ انصاری در مکاسب ذکر نموده است. مضمون روایت در مورد وکیل است که از وکالت عزل شده است ولی چون به او ابلاغ نشده و بی اطلاع بوده است.

معامله ای انجام داده است. در میان مسلمین اتفاق است که اگر معامله در غیر باب نکاح بوده است بلا شک آن عقد صحیح می باشد، محل بحث در این است که اگر آن عقدی را که وکیل معزول انجام داده است، عقد نکاح باشد آیا در آنجا نیز می توان مثل سایر ابواب عقد وکیل را فضولی دانسته و قائل به صحت آن شویم یا نه؟ عامه فتوایشان این است که باب نکاح چون دارای ویژگی و اهمیت خاصی است

ص:۴۴۰۰

نمی توان قائل به صحت نکاح شد. و لیکن امام علیه السلام این قول عامه را ردّ فرموده و بیان داشته اند که باب نکاح اولی و سزاوارتر به احتیاط است.(۱)

مرحوم شیخ می گوید: امام علیه السلام از باب اولویت حکم به صحت نکاح کرده اند یعنی شما که در سایر ابواب عقد را صحیح می دانید به طریق اولی در باب نکاح که مسئله دارای اهمیت است باید قائل به صحت شوید.

سپس مرحوم شیخ در مقام توضیح روایت می فرماید: اگر معامله ای در غیر باب نکاح امرش دائر بین صحت و فساد باشد هیچ کدام اولویتی ندارد تا بگوییم به خاطر آن اولویت معامله محکوم به صحت یا فساد است. مثلاً اگر زید مال خود را به عمرو فروخته است و نمی دانیم این معامله صحیح است یا فاسد. احتیاط واقعی به معنای درک واقع قهراً وجود ندارد و احتیاط نسبی نیز ممکن نیست یعنی نمی توان گفت یکی از صحت یا فساد بر دیگری اولویت و ترجیح دارد. اما در باب نکاح اگر زید با زنی ازدواج نموده و نمی دانیم آیا عقد آنها صحیح بوده است یا باطل؟ اگر چه در این مورد نیز احتیاط واقعی ممکن نیست و لکن احتیاط نسبی امکان دارد به این بیان که اگر این عقد در واقع باطل باشد ولی ما حکم به صحت آن کنیم. در اینجا مشکل این است زنی را که واقعاً بدون شوهر است شوهردار حساب کرده ایم و به زید اجازه ترتیب آثار زوجیت را داده ایم و این مطلب قهرا از نظر شرع اشکال دارد و

۱- (۱) - متن روایت این است: و باسناده (الصدوق) عن العلاء بن سیابه قال: سألت ابا عبد الله علیه السلام عن امرأه وکّلت رجلاً بأن یزوّجها من رجل فقبل الوکیل فأشهدت له بذلک فذهب الوکیل فزوجها ثم انها انکرت ذلک الوکیل و زعمت انها عزلته عن الوکاله فأقامت شاهدین انها عزلته، فقال: ما یقول من قبلکم فی ذلک؟ قال قلت: یقولون: ینظر فی ذلک فان کانت عزلته قبل ان یزوج فالوکاله باطله و التزویج باطل و ان عزلته و قد زوجها فالتزویج ثابت علی ما زوج الوکیل... قال: ثم قال: یقولون الوکیل عن وکالتها و لم تعلمه بالعزل؟ قلت: نعم یزعمون انها لو وکّلت رجلاً و اشهدت فی الملأ و قالت فی الملاء: اشهدوا انّی قد عزلته ابطلت وکالته بلا ان یعلم بالعزل و ینقضون جمیع ما فعل الوکیل فی النکاح خاصه و فی غیره. لا یبطلون الوکاله الّا أن یعلم الوکیل بالعزل و یقولون: المال منه عوض لصاحبه و الفرج لیس منه عوض اذا وقع منه الولد. فقال علیه السلام: سبحان اللّه ما اجور هذا الحکم و افسده إن النکاح احری و احری ان یحتاط فیه و هو فرج و منه یکون الولد.... «الوسائل/ ۱۳ /ص ۱۶۳-۲ من ابواب الوکاله، ح ۲»

لیکن در مقایسه با احتمال دیگر مسئله یعنی در مقایسه با اینکه عقد فوق را باطل بدانیم ولی به حسب واقع آن زن همسر زید بوده است. دارای محذور کمتری است زیرا طبق این فرض که واقعاً آن زن همسر زید است ولی عقد آنها را باطل دانسته ایم معنای این کار این است که زنی را که واقعاً شوهردار است بی شوهر محسوب کرده ایم و در نتیجه به او اجازه می دهیم که می تواند با مرد دیگری ازدواج نماید. و مبغوضیت این مطلب در نظر شارع به مراتب بیشتر از قبح این است که زن بی شوهری را معاملهٔ شوهردار بودن با او بشود. پس در نتیجه، اگر در چنین مواردی قائل به صحت نکاح شویم. احتمال وقوع در محذور اشد و اعظم وجود ندارد و این معنای احتیاط نسبی است. با این توضیح مراد امام علیه السلام نیز در روایت محل بحث که در مقام رد تفصیل عامه فرموده اند باید در باب نکاح احتیاط شود معلوم می گردد.

بنابراین وقتی اولویت باب نکاح از سایر ابواب مثل باب بیع معلوم شد از آن روایاتی که بیع فضولی را صحیح می داند می توانیم به باب نکاح تعدی کرده و بر اساس آن، نکاح فضولی را نیز صحیح بدانیم.

۲) اشکال استاد مد ظله به کلام مرحوم شیخ انصاری

اشکال اول:

به نظر ما معنایی را که مرحوم شیخ برای روایت ارائه داده است تمام نیست و احتیاط که کلام امام ناظر به احتیاط نسبی که مرحوم شیخ می فرماید نیست. بلکه همانطوری که قبلاً گفتیم مقصود این است که چون فتوای قبل الفحص محل اشکال است و در همه موارد می گویند قبل الفحص باید احتیاط کرد. امام علیه السلام در این روایت می فرماید: شما که خودتان قائل هستید که قبل الفحص نمی توان فتوا داد و باید احتیاط کرد، این احتیاط در مورد باب نکاح که مسئله دارای اهمیت خاصی است از ویژگی مخصوصی برخوردار است یعنی در این مسئله به طریق اولی باید

قبل الفحص احتیاط نمود. و به عبارت دیگر، اگر چه خصوصیت باب نکاح باعث می شود که صحت عقد فضولی در سایر ابواب موجب صحت نکاح فضولی نشود و لیکن به معنای این نیست که حتماً در باب نکاح باید قائل به بطلان شد بلکه در باب نکاح قائل به بطلان نیز نمی توان شد و باید فحص کرد و حکم مسئله را از اهلش پرسید. نه اینکه بدون مراجعه فتوا داد. چنانچه در ذیل روایت امام علیه السلام قضیه ای را مثل این واقعه نقل می فرمایند که به امیر المؤمنین علیه السلام رجوع شد و از ایشان سؤال کردند.(۱) بنابراین، مراد از احتیاط، احتیاط نسبی یا معنای که شیخ فرمودند نیست بلکه مراد احتیاط مطلق است با توضیحی که ذکر شد.

اشکال دوم:

بر فرض قبول کلام شیخ و اینکه معنای احتیاط، احتیاط نسبی و ارتکاب فعل اقل محذور است. این تقریب برای روایت و حکم امام علیه السلام تنها به عنوان حکمی ظاهری و در موارد مشکوک و آنجایی که احتیاط ممکن نباشد وجود دارد و به بیان دیگر، آیا اینکه مرحوم شیخ از این روایت چنین نتیجه گرفته اند که در تمامی موارد دیگر (که در آنها مسئله عدم امکان احتیاط و مانند آن مطرح نیست) حکم مسئله این است که صحت در مورد نکاح فضولی اولی است نسبت به سایر معاملات دیگر، می تواند بعنوان یک قاعدهٔ کلی صحیح باشد؟ آیا در نظر شرع و عرف امر نکاح و شرایط معتبر در آن آسان تر و کمتر از امر معاملات دیگر و شرایط آنها است؟ با اندکی توجه معلوم می شود که این طور نیست، از نظر شرعی مسئله نکاح و شرایط آن مهم تر و بیشتر از امور دیگر است. به عنوان مثال معاطات را در نکاح هیچ کس جایز نمی داند، و در بیع جایز می دانند، بسیاری از فقهاء عربیّت صیغه را در نکاح شرط می دانند، درحالی که در باب بیع عربیّت را شرط نمی دانند و یا تزویج در حال احرام اشکال دارد و مانند آن در نظر عرف نیز مسئله نکاح امری

۱- (۱) - ادامهٔ حدیث در تهذیب الاحکام ۲۱۵:۶ آمده است و حضرت امیر المؤمنین علیه السلام حکم به صحت نکاح فرموده است. بنابراین لازم است که فقهای عامه در این مسئله احتیاط کنند تا به حدیث امیر المؤمنین برخورد کند که در دسترس آنها است و حکم مسئله را بدانند.

مادام العمری محسوب می شود و سختگیری ها و حساسیتهای فراوانی برای آن قائل هستند. بنابراین ملازمه ای بین صحت فضولی در ابواب و صحت نکاح فضولی وجود ندارد و نمی توان حکم واقعی و کلی از روایت فوق استفاده کرد.

حاصل بحث این شد که دلیل اولویت برای اثبات صحت نکاح فضولی تمام نیست.

در جلسات آینده به بررسی ادله دیگری که برای صحت اقامه شده از قبیل تمسک به عمومات روایات خاصه و همچنین بررسی معارضات آنها، خواهیم پرداخت، انشاء اللّه.

«* و السلام *»

ص:۴۴۰۴

۱۳۸۱/۹/۲۳ شنبه درس شمارهٔ (۴۷۳) کتاب النکاح/سال پنجم

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

خلاصهٔ درس قبل و این جلسه:

در این جلسه ابتدا اولویتی را که برخی برای نکاح نسبت به بیع قائل شده اند تا از صحت بیع فضولی، صحت نکاح فضولی را استفاده کنند، مورد بررسی قرار داده و ضمن ردّ آن، توجیهی برای روایتی که مستند آن است، بیان می کنیم. سپس استدلال برخی به ادلهٔ عامه برای تصحیح عقد فضولی را بررسی و مناقشهٔ آن را نیز ذکر می کنیم و در پایان ضمن طرح چند بحث اصولی، استدلال فخر المحققین برای بطلان عقد فضولی مورد تحلیل قرار می گیرد.

***

کلام در حکم نکاح فضولی است یکی از ادلهٔ صحت نکاح فضولی را اولویت باب نکاح از باب بیع شمرده اند

الف) بررسی اولویت نکاح از بیع در کلام شیخ انصاری قدس سرّه

۱. بیان مرحوم شیخ انصاری قدس سرّه

ایشان می فرماید: از اینکه در روایتی امام علیه السلام در مقام رد نظر عامه مبنی بر صحیح دانستن بیع وکیل معزولی که خبر از عزل خود ندارد و باطل شمردن او فرموده اند که باب نکاح سزاوارتر است که در آن احتیاط شود و باید نکاح را صحیح دانست نه بیع را، استفاده می شود که به طور کلی نکاح نسبت به بیع اولی به صحت

ص:۴۴۰۵

است، لذا اگر عقد بیع با شرائطی خاص صحیح باشد، به طریق اولی عقد نکاح در همان شرائط صحیح است. بنابراین اگر ما بیع فضولی را صحیح بدانیم، باید به طریق اولی نکاح فضولی را هم صحیح دانست.

۲. نقد استاد مد ظله:

آنچه که در این روایت آمده اولویت لزوم احتیاط در نکاح نسبت به بیع است که در جای خود مطلب کاملاً درستی است، ولی این به معنای آن نیست که شرائط نکاح اقل و اسهل از بیع بوده و هر جا بیع صحیح باشد، نکاح هم صحیح است و عکس آن اولویتی ندارد. بلکه بر عکس، باید گفت که لازمهٔ رعایت احتیاط بیشتر در نکاح این است که شرائط آن از بیع بیشتر باشد و در نتیجه اولویت صحّت عقد در جانب بیع است نه نکاح. یعنی برای صحت نکاح تحقق شرایط بیشتری ضروری است تا عقد بیع.

حال وجه این است که حضرت در روایت مذکور به استناد اولویت احتیاط در عقد نکاح، آن را - بر خلاف بیع - صحیح داشته اند، چیست؟ در پاسخ باید گفت که در مواردی که عقد بیع یا نکاح به گونه ای باشند که احتیاط کامل در آنها ممکن نباشد، در این صورت هر چند احتیاط مطلق ممکن نیست، ولی عقد نکاح خصوصیتی دارد که امکان احتیاط نسبی در آن هست و مقتضای احتیاط مزبور صحت عقد است. چون اگر این نکاح را باطل بدانیم و زن و مرد از هم جدا شوند، چنانچه آن زن با مرد دیگری ازدواج کند، احتمال مباشرت اجنبی با زن شوهر دار وجود دارد که حرمت آن شدید و موجب حرمت ابدی می شود.

در حالی که اگر عقد صحیح تلقی شود، چنین محذوری پیش نمی آید یا محذور آن کمتر است ولی امکان چنین احتیاط نسبی در بیع وجود ندارد، لذا حضرت تصحیح نکاح را از تصحیح بیع به استناد احتیاط، اولی دانسته اند. وگرنه با قطع نظر

از این مطلب، شکی نیست که اولویت بر عکس آن چیزی است که مرحوم شیخ فرموده است. یعنی اگر نکاح با شرایطی خاص صحیح باشد، به طریق اولی بیع با آن شرایط صحیح خواهد بود و لا عکس. چون می دانیم که نکاح به حسب ظواهر ادله از جهات مختلف دارای شرایط ویژه و دشواری است که بیع دارای آن شرایط نیست. مثلاً در باب صیغهٔ عقد، معاطات یا صیغهٔ غیر عربی را در بیع صحیح می دانند، ولی در نکاح، معاطات جایز نیست و عربیت را هم مشهور شرط می دانند.

یا مثلاً در باب بیع و شراء شرایط متعاقدین نسبت به نکاح آسان تر است و مثلاً عقد بالغهٔ باکره صحیح است، ولی در نکاح او تحصیل اذن از ولی (پدر یا جد) بنا بر مختار ما یا از باب احتیاط واجب یا بنا بر نظر برخی دیگر لااقل مستحب مؤکد است. یا مثلاً ـ انعقاد عقد بیع در حال احرام صحیح اما نکاح در آن حال حرام و باطل است. همچنین شرایط عین معقوده علیها نیز در نکاح سخت تر است، مثلاً تملک کافر غیر کتابی در بیع جایز است، اما نکاح با کافرهٔ مطلق جایز نیست. اینها همه حکایت از کثرت شرایط نکاح و سخت تر بودن آن می کند. بنا بر این نمی توان گفت که هر جا بیع صحیح باشد، به طریق اولی نکاح هم صحیح است.

بعلاوه، نظر عرف هم با این اولویت مساعد و سازگار نیست، بلکه بر عکس اگر عرف شرایط موضوعی همچون نکاح را که اهمیت بیشتری دارد و سرنوشت یک عمر انسانی را رقم می زند، سخت تر و سنگین تر نداند، لا ـ اقل آن را آسان تر از موضوعات دیگر نمی داند.

بلی، برخی شرایط در باب بیع هست که در باب نکاح نیست، مانند اشتراط قبض در بیع صرف و سلم (که اصل ملکیت متوقف بر قبض است) و در نکاح چنین شرطی وجود ندارد، بلکه زوجیت به نفس عقد حاصل می شود با این همه، این شرط به جهت حکمتهای خاصی بوده و دلیل بر اهمیت بیشتر بیع از نکاح نیست. بر عکس، در مورد شرایطی که مهم به نظر می رسد، در باب نکاح نسبت به بیع

سختگیری بیشتری شده است. بنابراین از صحت در غیر باب نکاح نمی توان صحت نکاح را استفاده کرد.

ب) استدلال برای صحت به مقتضای قاعده و ادلهٔ عامه:

۱. تقریب استدلال:

برخی برای صحت عقد فضولی چنین استدلال کرده اند که، چون عقد فضولی عقدی است که صَدَر عَن اهله فی محله، پس مقتضای قاعده این است که عقد صحیح باشد.

البته برخی اشکال کرده اند که این استدلال مصادرهٔ به مطلوب است چون مستدلّ دلیلی نیاورده که چرا عقد فضولی است که صدر عن اهله فی محله و همین مطلب خود مورد بحث و نزاع است(۱). ولی به نظر ما، همان گونه که شیخ هم فرموده، این تقریب در واقع مبتنی بر مقدمات مطویه ای است که با ضمیمهٔ آن، دیگر مصادره به مطلوب نخواهد بود. به گفتهٔ مرحوم شیخ دلیل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شامل هر عقدی می شود که عرفاً آن را عقد به حساب آورند و مفاد آن چنین است که همه افراد، چه عاقد و چه غیر عاقد باید به همهٔ قراردادهایی که بسته می شود پایبند باشند و آن را صحیح بشمارند. البته اگر دلیل خاصی، عقدی را از تحت این عموم خارج کند، مانند عقدی که اجنبی بدون اذن سابق مالک یا اجازهٔ لاحق او انجام دهد، تخصیصاً باطل است، اما اگر چنین دلیلی وجود نداشت، مانند عقد فضولیِ همراه با اجازهٔ لاحق مالک، مقتضای عموم/أَوْفُوا بِالْعُقُودِ صحت آن عقد است.

بنابراین باید به آن عقد اثر صحت را بار کرد.

ص:۴۴۰۸

۱- (۱) - همچنان که اشکال مصادرهٔ به مطلوب در مورد قول به بطلان عقد - که پس از این خواهد آمد - نیز مطرح شده است. ولی با همین تحلیلی که در اینجا آمده، می توان بدان پاسخ داد

۲. نقد استاد مد ظله

ولی استدلال مذکور قابل مناقشه به نظر می رسد، زیرا:

اولاً: به نظر ما اصولاً استدلال به أَوْفُوا بِالْعُقُودِ برای تصحیح عقود و لزوم التزام به عقد قابل مناقشه است و ما بعداً مناقشهٔ خود را بیان خواهیم کرد.

ثانیاً: وفای به عقد عنوانی است که اختصاص به خود عاقد دارد و مردم دیگر را شامل نمی شود. مراد از «أَوْفُوا» این است که اشخاص به التزام خود عمل کنند و خطاب به خود عاقدین است و شامل غیر عاقد نمی گردد.

وفا کردن به عقد به معنای این است که باید هر کس التزام و قراری که خود گذاشته پایبند باشد، لذا جز به خود کسی که عقد را انجام داده، بر دیگری صدق نمی کند و نسبت به تکلیف دیگران ساکت است، بنابراین نمی توان از آن استفاده کرد که افراد اجنبی باید با فعل متعاقدین معاملهٔ صحت نمایند. پس در عقد فضولی برای اثبات صحت و لزوم عقد نمی توان به این آیه استناد جست.

ج) بررسی استدلال فخر المحققین رحمه الله

۱. استدلال فخر المحققین قدس سرّه:

مرحوم شیخ طوسی رحمه الله در بعضی از کتب خود و نیز فخر المحققین قدس سرّه قائل به بطلان عقد فضولی شده اند. فخر المحققین برای بطلان چهار دلیل ذکر کرده که سه دلیل آن بر اساس قواعد و چهارمی مبتنی بر نصوص می باشد. وی به عنوان دلیل اول گفته که، عقد سبب مباح شدن معقود علیه یا عین معقوده برای معقود له می شود و چون ما می دانیم که در عقد فضولی تا اجازه نیامده، چنین اباحه ای نیست، از نفی لازم، نفی ملزوم استفاده و بطلان عقد او معلوم می شود.

۲. مناقشهٔ مرحوم آقای حکیم قدس سرّه در استدلال مذکور:

ص:۴۴۰۹

برخی از جمله مرحوم آقای حکیم به این استدلال اشکال کرده اند که این نیز مصادره به مطلوب است. زیرا ایشان بیان نکرده که به چه دلیل عقد سبب اباحه است و سببیت را اثبات ننموده تا از نفی اباحه در عقد فضولی پیش از لحوق اجازه، نفی ملزوم یعنی عدم تحقق عقد استفاده و حکم به بطلان آن شود.

۳. توجیه استدلال فخر المحققین توسط استاد مد ظله

احتمالاً استدلال ایشان نیز مبتنی بر مقدمه ای است که آن را مفروغ عنه دانسته است، اینکه وی عقد را سبب اباحه دانسته و می گوید که در عقد فضولی سببیت اباحه وجود ندارد، مبتنی بر عدم امکان تمسک به آیهٔ شریفهٔ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ است، چون مقتضای آیهٔ مذکور این است که عقد تمام العله برای وفا کردن به آن است و این به معنای سببیت عقد برای اباحه است و چون عقد فضولی بلا اشکال تمام العلّه برای اباحه نیست و تنها جزئی از علتِ آن است، لذا دلیل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» برای تصحیح آن کافی نیست و باید دلیل دیگری غیر از آن وجود داشته باشد تا صحت آن ثابت گردد و چنین دلیلی نیست. مثلاً اگر گفته شود: مردم باید از امروز که شنبه است روزه بگیرند، این دلیل وجوب روزه را بر همه در تمام آن روزها اثبات می کند، ولی اگر دانستیم که زید نسبت به روز شنبه دستور روزه ندارد و آن روز از تحت آن دلیل خارج گشته، دیگر نمی توانیم با استناد به همان دلیل از روز یکشنبه به بعد روزه را بر زید واجب بدانیم. به همین ترتیب، دلیل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» نمی تواند عقد فضولی را - که از تحت دلیل عام لزوم وفای به عقد خارج شده - تصحیح کند. با این تقریب، استدلال مذکور مصادره نخواهد بود.

۴. مناقشهٔ استاد مد ظله بر تقریب مذکور:

با وجود این تقریب فخر المحققین از جهت دیگر قابل مناقشه است، زیرا این

تقریب تنها در بعضی از اقسام عقد فضولی و بر اساس برخی از مبانی اصولی صحیح است. عقد فضولی اقسام مختلفی دارد. یک قسم آن عبارت است از این که اجنبی زنی را به عقد شخص دیگری در آورد. قسم دیگر اینکه، عاقد برای خودش عقد کند ولی چون حق فرد دیگری مانند ولیّ یا مولی هم بر او لازم المراعات بوده و او بدون اذن او عقد کرده، عقد وی فضولی به شمار می رود، مانند عقد عبد باکره یا سفیه که بدون اذن مولی یا ولی برای خود عقد کند یا کسی که دختر خواهر یا دختر برادر زوجه اش را بدون اذن عمه و خاله برای خود عقد کند.

کلام فخر المحققین را نمی توان در مورد قسم اول توجیه کرد، زیرا اگر بر فرض بپذیریم که دلیل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ شامل عقد فضولی اجنبی تا پیش از لحوق اجازه نمی گردد (ما در آینده متعرض بحث آن خواهیم شد)، لکن پس از لحوق اجازهٔ اصیل بلا اشکال دلیل «أَوْفُوا» شامل آن عقد می گردد، چون بقاءً عقد به اصیل منتسب است و هرگاه عقدِ او محسوب شود، دلیل اوفوا او را ملزم به پایبندی به آن می کند و در نتیجه کاشف از صحت عقد برای اصیل می شود و البته لازمه اش این است که دیگران هم (فضولی و غیر او) باید با عقد او معاملهٔ صحت کنند، چون حکم صحت نسبت به افراد مختلف متفاوت و تبعیض بردار نیست. اگر عقدی شرعاً صحیح باشد، برای همه صحیح است.

بلی در مورد قسم دیگر می توانیم بر اساس بعضی از مبانی اصولی کلام فخر المحققین را توجیه کنیم و بگوییم نمی توان به دلیل اوفوا تمسک کرد و این قسم از عقد فضولی صحیح نیست.

برای توضیح این مطلب مقدمتاً باید مباحثی را بیان کرد که فقها برخی از آنها را در اصول مطرح و برخی دیگر را در فقه خصوصاً در مسئلهٔ خیار غبن مورد بحث قرار داده اند:

اگر فردی از عام برای مدت زمانی خارج شود، آیا پس از آن زمان، می توان برای

حکم آن فرد به آن عـام تمسـک کرد یا نه؟ شـیخ انصاری می گویـد اگر در دلیل عام هر زمانی جـدای از زمان دیگر ملحوظ باشـد، به گونه ای که هر زمـانی فردی از افراد عـام محسوب شود، در مورد زمان دوم می توان به آن عام تمسک کرد. مرحوم آخونـد می گویـد که علاوه بر ملاحظـهٔ دلیل عام بایـد دلیل خاص را نیز ملاحظه کنیم که زمان را چگونه در دلیل خود لحاظ کرده، آیـا هماننـد عـام و دارای مصادیق متعـدد ملحوظ داشـته یا به نحو ظرفیت و اسـتمرار اخـذ کرده است و بر اساس ترجیح اظهر بر ظاهر عمل کنیم. در هر حال در این قسم بلا اشکال به عام تمسک می شود.

امـا اگر زمـان در دلیل عام، وحـدانی و به نحو اسـتمرار لحاظ شـده باشـد، در این صورت گاهی اخراج فرد از همان زمان اول است، مثل اینکه متکلم بگویـد، اکرم العلما مسـتمراً بعد بگوید در زمان اول (شـنبه) زید را اکرام نکن، و گاهی آن فرد را پس از گذشت مدت زمانی اخراج می کند مانند اینکه بگوید زید را روز دوشنبه اکرام نکن.

به فرمودهٔ مرحوم آخونـد، در صورت دوم که فردی از زمان وسط خارج شـده نسـبت به زمان بعد از آن نمی توان به دلیل عام تمسک کرد و بایـد دلیل دیگری جسـتجو نمود اما در صورت اول عمومیت دلیل شامل آن فرد (بعد از اولین زمان) می شود و می توان به دلیـل عـام تمسک کرد. بنابراین در خیار غبن اگر مغبون پس از آگاهی به غبن اعمال خیار نکنـد، در اینکه آیا باز خیار دارد یا نه؟ با استناد به دلیل اوفوا، حکم به لزوم بیع می شود و در نتیجه خیار غبن را فوری می دانیم.

ولی به نظر مرحوم شـیخ، در صورت اول نیز نمی توان به دلیـل عام تمسک کرد. و لـذا ایشان استصـحاب بقاء خیار می کنـد و قائل به تراخی است.

البته سـر اینکه مرحوم آخونـد در این مورد بر خلاف شـیخ قـدس سـرّه به عام تمسک می کند این است که در دوران امر میان عموم افرادی و اطلاق ازمانی مرحوم شیخ اصاله العموم را بر اصاله الاطلاق مقدم می دارد، ولی مرحوم آخوند در دوران امر

میان تخصیص و تخصص در مورد فردی که می دانیم از عام خارج شده، مبنای مرحوم شیخ را که قائل به تخصص است، نمی پذیرد.

توضیح اینکه، به طور کلی در تعارض میان اطلاق و عموم مختار مرحوم آخوند که مورد تأیید ما نیز می باشد، این است که از نظر ظهور، هر دو دلیل یکسانند و هیچ یک بر دیگری ترجیح ندارد ولی مرحوم شیخ دلیل عام را وارد بر اطلاق می داند.

بدیهی است اگر هر دو دلیل عمومیت داشته باشد، مرحوم شیخ هم مانند مرحوم آخوند هیچ یک را بر دیگری ترجیح نمی دهد.

از این رو، چون در عقد فضولی امر دایر است میان این که از عموم افرادی اوفوا رفع ید کنیم و بگوییم این دلیل اصلاً شامل عقدی که همراهش لزوم نیست نمی گردد و عقد فضولی تخصصاً خارج است یا اینکه از عموم ازمانی (یا به تعبیر مرحوم آخوند اطلاق ازمانی) رفع ید کرده و ضمن اینکه چنین عقدی را از مصادیق عقودی که باید به آن وفا کرد، می دانیم، فقط زمان اول را از آن تخصیصاً خارج کنیم و عقد فضولی را پس از لحوق اجازه صحیح بدانیم، با توجه به دو مبنای مذکور، بر مبنای هیچ یک از این دو بزرگوار نمی توان عام را مقدم داشت، و به آن تمسک کرد علاوه بر این که، مرحوم شیخ چون لحاظ زمان را در أَوْفُوا بِالْعُقُودِ به نحوی که هر زمانی، فردی از افراد عام باشد نمی داند، از این جهت نیز قائل است که نباید به عام تمسک کرد

ولی بنا بر مبنای مرحوم آخوند با روش دیگری می توان به عموم آن اخذ کرد ایشان در دوران امر میان تخصیص و تخصص در مورد فردی که می دانیم از تحت عام خارج گشته (مانند عقد فضولی در زمان اول) بر خلاف شیخ می فرماید تخصیص مقدم است و عقد فضولی موضوع اوفوا است و در زمان دوم، عام شامل آن گشته و آن را تصحیح می کند.

البته مرحوم شیخ هم در مبحث عقد فضولی همان گونه که در ابتدای این جلسه

گفتیم به دلیل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ تمسک می کند و عقد فضولی را صحیح می داند. ولی ما اکنون صرفاً مبنای شیخ را در مبحث خیار غبن به جهت توجیه کلام فخر المحققین ذکر کردیم.

۵. نتیجهٔ بحث

با توجه به آنچه گفته شد، استدلال فخر المحققین رامی توان تنها بر اساس مبنای مرحوم شیخ، مبنی بر عدم تقدیم عام افرادی در دوران امر میان رفع ید از عموم افرادی یا عموم ازمانی در جایی که زمان به نحو استمرار اخذ شده، و فقط در فرضی که عاقد برای خودش فضولتاً عقدی خوانده است توجیه کرد و گفت که دلیل اوفوا شامل چنین عقدی نمی شود و چون عقد فضولی تا پیش از لحوق اجازه، سببیت برای اباحه ندارد پس دلیلی برای تصحیح آن نداریم و باید محکوم به بطلان شود.

ولی بر مبنای مرحوم آخوند یا در فرضی که فضولی اجنبی باشد می توان به دلیل اوفوا تمسک و آن را تصحیح کرد و استدلال فخر المحققین را ناتمام دانست. تکمیل و توضیح بیشتر این مبحث ان شاء الله در جلسه آینده خواهد آمد.

«* و السلام *»

ص:۴۴۱۴

۱۳۸۱/۹/۲۴ یکشنبه درس شمارهٔ (۴۷۴) کتاب النکاح/سال پنجم

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

خلاصهٔ درس این جلسه:

در این جلسه، دنباله ادلّه عامّه برای تصحیح عقد فضولی، به عموم اوفوا بالعقود استدلال نموده و با طرح چند مسئله اصولی، این دلیل را تمام می دانیم.

***

الف) چند بحث اصولی مربوط به مسئله

۱ – در مطلقات اگر گوینده در مقام بیان بود و قیدی نیاورد ظهور آن و اطلاق چه وقت منعقد می شود؟

مرحوم آخوند می فرمایند: همین که مجلس خطاب منقضی شد و قیدی نیاورد ظهور منعقد می شود، ولی مرحوم شیخ انصاری معتقدند: شرط انعقاد ظهور در اطلاق، نیاوردن قید تا رسیدن وقت عمل است و تا وقت عمل نیامده، مطلق ظهوری در اطلاق ندارد.

به نظر ما، در اینجا حق با مرحوم آخوند است همچنان که اگر از یک مجتهدی مسئله ای دربارهٔ حج استفتاء شود و هنوز چند ماه به موسم حج مانده باشد یعنی هنوز ظرف عمل نیامده، اگر در همان مجلس خطاب قیدی برای جواب آن مسئله نیاورد استفاده می شود که جواب او قیدی ندارد و مطلق است.

پس اگر متکلّمی که در مقام بیان حدّ و حدود مسئله است تا پیش از اتمام مجلس خطاب در کلام خود قیدی نیاورد از آن استفاده اطلاق می شود و لزومی ندارد ظرف

ص:۴۴۱۵

عمل بیاید.

بله اگر گوینده قصد داشت مطلب را فی الجمله بیان کند برای اطلاق مقامی باید تا رسیدن وقت عمل صبر کرد یعنی اگر وقت عمل رسید و قیدی نیاورد از باب اطلاق مقامی استفاده اطلاق می شود.

به نظر ما، اکثر اطلاقات بلکه عمومات کتاب - با اینکه طبق تحقیق دلالت آنها بر عموم وضعی است - در مقام بیان نیستند به دلیل کثرت مستثنیاتی که به وسیله سنت بیان شده است. مثل خیلی از قوانینی که حکومت ها وضع می کنند و بعد تبصره می زنند. غالب قوانین استثنا دارند، و اینگونه عمومات ظهور در عموم ندارند که تمام افراد آنها مورد اراده استعمالی متکلّم باشد.

۲ – از فروع بحث اول اینکه، اگر بین عام و مطلقی تعارض شد،

چون فرض بر این است که پیش از رسیدن وقت عمل به مطلق، عام وارد شده، لذا بر مبنای مرحوم شیخ دلیل عام بر ادلّه اعتبار مطلق وارد می شود، چون به نظر ایشان شرط انعقاد اطلاق عدم قید تا رسیدن وقت عمل است و چون دلیل عام خودش قرینه بر عدم اطلاق می شود لذا اطلاق منعقد نشده و عام مقدم می گردد.

اما به نظر ما و مبنای مرحوم آخوند که شرط انعقاد اطلاق نیامدن قید در مجلس تخاطب است، اطلاق منعقد می شود، آنگاه چون به نظر ما ظهور در هر دو یکسان است وجهی برای تقدم عام بر مطلق نیست.

۳ – اختلاف نظر مرحوم شیخ و آخوند در تمسک به أَوْفُوا بِالْعُقُودِ در خیار غبن.

یک عام مثل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ داریم و می دانیم بعضی افراد از تحت این عام در مدتی از زمان خارج شده و در زمان بعد شک داریم، آیا می توانیم به عام تمسک کرده بگوییم دلیل بر خروج بیش از زمان اول نداریم؟

در این بحث در مسئله خیار غبن بین محقق کرکی و دیگران اختلاف است که آیا

خیار غبن فوری است یعنی بعد از آنکه مغبون متوجه غبن گردید اگر به معامله راضی نبود آیا باید فوراً اعمال خیار کند یا بعد از چند روز هم می تواند - اگر قبلاً امضاء نکرده - معامله را به هم بزند.

اختلاف در این است که آیا استصحاب بقاء خیار کنیم - اگر استصحاب را در شبهات حکمیه جاری بدانیم - و بگوییم: در اولین زمانی که به غبن عالم شد معامله لازم نبود اکنون نیز لازم نیست. یا به دلیل اجتهادی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ که مقدم بر استصحاب است، تمسک کنیم و بگوییم بعضی از افراد در اول زمان علم به غبن از تحت عام خارج شده ولی نسبت به زمان بعد چون دلیل بر خروج نداریم، به عموم اوفوا تمسک کرده و حکم به لزوم عقد و فوری بودن خیار غبن می کنیم.

مرحوم شیخ انصاری می فرماید: اگر در أَوْفُوا بِالْعُقُودِ زمان مُفرّد باشد یعنی نسبت به هر زمانی یک موضوعی غیر از موضوع زمان دیگر لحاظ شده باشد، و اوفوا همانطور که نسبت به عقود، مصادیق مختلف دارد، هر زمان هم فردی از آن عام حساب می شود، روز جمعه، روز شنبه، و... یعنی وفا کن به عقد در هر روز. در اینجا چون زمانها هر کدام مصداقی برای عام هستند، اگر یک فرد از آنها به وسیله دلیل خارج شد زمانهای دیگر محفوظ است و باید به عام تمسک کرد همانطور که اگر عقدی خارج شد برای عقد دیگر به اوفوا تمسک می کنیم.

اما اگر زمان را یک واحد مستمر بدانیم یعنی متکلّم ما نظر وُحدانی ملاحظه کرده و گفته: همیشه به عقد وفا کن، اگر استمرار عام از بین رفت، در اینجا خواه قسمتی از بین برود و خواه همه، در هر حال یک تخصیص محسوب می شود و زیادی تخصیص نیست، لذا نسبت به زمانهای دیگر نمی توانیم به اوفوا تمسک کنیم. و اگر استصحاب را در شبهات حکمیه جاری بدانیم استصحاب بقاء خروج فرد از تحت عام خواهیم کرد. و بر اساس همین مبنا کلام فخر المحققین نیز تمام است که برای تصحیح عقد فضولی نمی شود به اوفوا تمسک نمود.

ص:۴۴۱۷

اما مرحوم آخوند می گویند: حتی در همین فرض دوم که ما زمان را مستمر و با نظر وُحدانی ملاحظه کنیم، در مثل خیار غبن باز می توان به عموم تمسک کرد، با این بیان که:

بدواً به نظر می آید که عام اوفوا به دلالت وضعیه دلالت دارد که همهٔ عقود وجوب وفا دارند و همین اوفوا به اطلاقِهِ دلالت دارد که مبدء وجوب وفای این حکمِ استمراری، از اول تحقق عقد است و اگر خیار غبن نبود وفای به عقد از ابتدا تا ابد واجب بود، اما چون با دلیل خارج، این اطلاق از بین رفته، آن مقداری که یقیناً اوفوا شامل آن ازمنه نشده مقیّد می شود ولی نسبت به ایّام مشکوک، اطلاق ازمانی اوفوا پابرجاست و می توانیم به آن تمسک کرده و حکم کنیم که باید به آن عقد وفا کرد و در نتیجه خیار غبن فوری است.

ولی واقعیت این است که در اینجا تعارض میان عام و مطلق است و باید مرتکب یکی از این دو تصرّف بشویم:

اول: از عموم افرادی اوفوا رفع ید کرده، بگوییم عقد غبنی را شامل نمی شود و اراده جدی و استعمالی در آن یکی نیست و این عقد تخصّیصاً خارج است. که در این صورت اطلاق مطلق هم - چون دیگر موضوع نداشته - ضربه ای نخورده است، زیرا در صورتی که وفای به عقد واجب باشد با اطلاق می گوییم: در تمام ازمنه است ولی اگر اصلاً وفای به آن عقد واجب نبود دیگر موضوعی برای اصاله الاطلاق نسبت به ازمنه در کار نیست.

دوم: اصاله العموم را حفظ کرده که عقد غبنی را هم شامل شود. منتها از اطلاق ازمانی آن که اقتضا می کند مبدء لزوم از موقع عقد باشد رفع ید کنیم.

مرحوم آخوند این تصرف را می پذیرند و لکن نه از باب تعارض عام و مطلق و تقدم عام بر آن. چون ایشان عقیده دارند که اگر امر دائر شد بین اینکه از عموم عام رفع ید کنیم یا اطلاق مطلق، یکی بر دیگری ترجیح ندارد و اگر عام دیگری برای

ترجیح نبود، وضعی بودن دلالت عام سبب ترجیح نمی شود بلکه از باب تقدّم تخصیص در دوران امر بین تخصیص و تخصّص است.

توضیح مطلب: اگر اکرم العلماء و لا تکرم زیداً وارد شده و لکن دو زید داریم؛ یکی عالم و یکی جاهل و نمی دانیم زید عالم خارج شده تا تخصیص باشد و یا زید جاهل که تخصّص باشد.

در اینجا مرحوم شیخ و آخوند هر دو قائل به تخصّص هستند و می فرمایند: باید اصاله العموم را حفظ کرد یعنی باید شمول اکرم العلماء نسبت به زید عالم حفظ شود. زیرا در اینکه موارد که شک در مراد متکلّم داریم اصل عقلائی تطابق اراده جدی و استعمالی جاری است. همچنان که اگر کسی لفظی را استعمال کرد و ندانستیم معنای حقیقی را اراده کرده یا معنای مجازی را، اصاله الحقیقه جاری است.

ولی اگر مراد متکلم را بدانیم ولی در کیفیت استعمال شک داشتیم که آیا به نحو حقیقت بوده یا مجاز، مثلاً اکرم العلماء و لا تکرم زیداً وارد شده و مراد روشن باشد که با اراده جدّی، یک نفر معیّن، زید بن حسن را شامل نیست لکن نمی دانیم این زید عالم است تا لا تکرم زیداً تخصیص اکرم العلماء باشد و در نتیجه اصاله التطابق زمین خورده باشد. یا زید جاهل است و تخصّصاً خارج شده است.

در اینجا بین مرحوم شیخ و آخوند اختلاف است:

مرحوم شیخ انصاری در اینگونه موارد قائل به تخصّص شده می فرمایند: پس از اجرای اصاله العموم با عکس نقیض عام و خاص حکم به تخصّص و نفی عالمیت از زید می کنیم، چون مفاد اکرم العلماء، کلّ عالم یجب اکرامه است و عکس نقیض آن می شود: کلّ من لا یجب اکرمه فلیس بعالم. و هرگاه این کبری با لا تکرم زیداً یعنی زید لا یجب اکرامه ضمیمه شود نتیجه اش عدم علم زید خواهد بود. لذا اگر در جای دیگر غیر عالم (جاهل) احکامی داشت بر زید بار می کنیم.

ص:۴۴۱۹

اما مرحوم آخونـد می گویند: عکس نقیض در قضایای ریاضـی و مطالب قطعی صـحیح است که کلیّت آنها قابلیّت تخصـیص نـدارد امـا در قضایـای شـرعیه که اصاله العموم در آنها با بنای عقلا معتبر شـده این طور نیست و با عکس نقیض آن نمی شود برای جاهای دیگر نتیجه گرفت. حال که عکس نقیض نشد و باید به بنای عقلاء تمسک کرد معلوم نیست بنای عقلا که مبنای اصاله الحقیقه است در اینجا هم متحقّق باشد. عقلاء در شک در مراد چنین بنائی دارند، اما در جایی که تکلیف روشن است و می دانیم به زیـد نبایـد احترام کرد - چه عـالم باشـد و چه جاهـل - بودن چنین بنـایی از عقلا معلوم نیست و اصاله تطابق اراده جدی و استعمالی (اصاله الحقیقه و اصاله العموم) در اینجا جاری نمی باشد و در نتیجه قائل به تخصیص می شویم.

۴ - بیان استاد مد ظله در عکس نقیض این قضایا:

در ظهورات و قضایای شـرعی اگر موردی بود که برای انسان اطمینان به عـدم تخصـیص حاصل می شود اجرای عکس نقیض مـانعی نـدارد. در رجـال گـاهی به آن تمسک می شود: مثلاً از اینکه می بینیم امام علیه السـلام شـهادت کسـی را قبول کردند کشف عدالت کرده و در جاهای دیگر آثار عدالت را بر آن شخص مترتب می کنیم.

البته در اینگـونه مـوارد انسـان مطمئن می شـود و اطمینـان حکم علم را دارد (و ممکن است نظر مرحـوم شـیخ نیز بر این موارد باشد) چون در باب شـهادت، اشخاصـی استثنا نشده اند که در عین عادل نبودن، شهادت آنها در موردی قبول باشد. به عبارت دیگر، چون باید عموم ادلّه اعتبار عدالت در شهادت حفظ شود، لذا حکم به عدالت او می کنیم.

اما اگر در موردی اطمینان نبود، اگر بخواهیم به صـرف اینکه مبادا به عموم عام صـدمه بخورد تحفّظاً علی اصاله العموم، چنین نتیجه ای بگیریم صحیح نیست و عقلا چنین بنایی ندارند.

ص:۴۴۲۰

۵ – دنبال کلام مرحوم آخوند:

ایشان در مورد أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و خیار غبن می فرمایند: ما یقین داریم که اطلاقی در کار نیست و وفای به عقد در زمان اولیه واجب نیست ولی امر دایر است بین اینکه بگوییم عمومیت عام شامل چنین عقدی می شود لکن اطلاق ازمانی آن زمین خورده و مطابق اراده جدی نیست، و یا اصلاً لزوم وفا روی آن نیامده و در نتیجه موضوعی برای اصاله الاطلاق وجود ندارد تا در اطلاق زمانی آن بحث کنیم. و در اینگونه موارد دلیلی برای تقدّم تخصّص به جهت خدشه دار نشدن اصاله الاطلاق وجود ندارد. اما وقتی در مراد أَوْفُوا بِالْعُقُودِ تردید داریم می توانیم به عموم عام تمسک کنیم زیرا در مقابل این عموم معارضی وجود ندارد. پس به اوفوا تمسک می کنیم و عقد غبنی را تحت عام قرار می دهیم و اطلاق ازمانی را رفع ید می کنیم و در زمان متأخر به اطلاق تمسک می کنیم.

خلاصه: در ما نحن فیه چون تمسک در مراد نداریم اصاله العموم جاری نیست لذا عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ را تخصیص زده و با تحفّظ بر اطلاق ازمانی حکم می کنیم که مبدء وفای به عقد بعد از علم مغبون (بعد از زمان اول متوجه شدن به غبن) می شود، و در نتیجه خیار غبن فوری خواهد بود.

۶ – تقریب دیگر برای تقدیم اصاله العموم توسط استاد

مد ظله

حتی اگر مبنای مرحوم شیخ را بپذیریم که اصاله الحقیقه هم در بیان مراد جاری است و هم در کیفیت اراده و بگوییم بنای عقلاء بر این است که به اصاله العموم و اصاله الاطلاق حتی جایی که شک در مراد هم نباشد تمسک می کنند و در دوران امر بین تخصیص و تخصّص نیز تخصّص را مقدم بداریم و همین طور نظر مرحوم آخوند را در عدم تقدّم عام بر مطلق عند التعارض قبول کنیم و بگوییم هیچ کدام بر دیگری ترجیح ندارد، مع ذلک می توانیم بگوییم در اینجا اصاله العموم مقدّم است و باید به

آن تمسک کرد، زیرا تمام این مطالب در جایی است که عند التعارض هر دو دلیل در عرض هم باشند و هیچ کدام بر دیگری ترجیح نداشته باشد مانند اجتنب عن النجس که نمی دانیم این کاسه نجس است یا آن دیگری. ولی اگر یکی در طول دیگری، و در رتبهٔ مقدّم و سبب برای دیگری باشد با تقدیم دلیل سببی و تمسّک به عموم، دیگر موضوع برای دلیل دیگر باقی نمی ماند.

در اینجا اصاله الاطلاق در طول اصاله العموم است و بین عموم افرادی و اطلاق ازمانی سببیّت محقق است یعنی اگر اوفوا همه عقود حتی عقد مغبون را گرفت بعد از آن، موضوع دلیل مطلق تحقق یافته و اصاله الاطلاق حکم می کند که از اول حصول عقد، وجوب وفا هست، بنای عقلا در اینگونه موارد بر این است که دلیلی که در رتبه متقدم است و موضوع درست می کند را مقدم می دارند و تقدّم سببی بر مسببی امری فطری و عقلایی است.(۱)

در اینجا اصاله العموم زمینه برای اصاله الاطلاق درست می کند و در طول آن است و مقدم است. بله اگر در جایی ظهور مسبب اقوی باشد یا نصوصیّت داشته باشد نسبت به سبب، آن بحث دیگری است.

خلاصه بحث: عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ عقد فضولی را هم شامل است و از آن صحّت عقد فضولی استفاده می شود.

۱- (۱) - از مرحوم حاج میرزا احمد کفائی شنیدم که ایشان از والدشان، مرحوم آخوند نقل می کردند که فرمود: در جلسه ای که میرزای شیرازی و آقای شیخ رازی - فقیه و مجتهد معروف عرب - حضور داشتند، یکی از شاگردان میرزا با شیخ رازی دربارهٔ تعارضی که ایشان بین دو دلیل انداخته بود بحث می کرد و می گفت یکی سببی و مقدم است ولی مرحوم رازی نمی پذیرفته است. مرحوم میرزا متوجه می شوند که شیخ رازی با مباحث و اصطلاحات مرحوم شیخ انصاری، و سببی و مسببی بودن ادلّه آشنا نیست. لذا خود ایشان مداخله می کنند و موارد متعددی را که در آنها فقهاء اصل سببی را بر مسببی مقدم داشته اند مطرح می نماید که مثلاً شما با آب مستصحب الطهاره وضو می گیرید و از حدث سابق که حالت سابقه دارد رفع ید می کنید با اینکه ممکن بود استصحاب حدث سابق کرده و بین این دو استصحاب تعارض بیندازید و نمونه هایی از این قبیل. و ایشان متوجه می شود که خودش هم همین کار را می کرده و مسئله برای او جا می افتد. بعد خطاب به آن طلبه کرده و با اشاره به میرزا می گوید: تکلّم کما یتکلّم الفقهاء، سببی و مسببی چیست که می گویی؟

امـا روایـات مسـئله: فخر المحققین در مقـام بطلاـن عقـد فضولی می نویسـد: فقط دو روایت داریم یکی عامی و یکی ضـعیف السـند. و مرحوم شهید ثانی سه روایت از خاصه و چند روایت عامی نقل می کند و صاحب حدائق شش روایت از خاصّه برای صحّت عقد فضولی می آورد. و ما هم شانزده روایت پیدا کردیم که ان شاء اللّه در جلسه آینده به بررسی آنها می پردازیم.

«* و السلام *»

ص:۴۴۲۳

۱۳۸۱/۹/۲۵ دوشنبه درس شمارهٔ (۴۷۵) کتاب النکاح/ سال پنجم

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

خلاصهٔ درس گذشته و این جلسه:

بحث پیرامون عقد فضولی بود. در جلسه پیش ادلّه عامّه از جمله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ را برای اثبات صحّت عقد فضولی مورد بررسی قرار دادیم. در این جلسه نخست نظر سابق خود را در مورد مفاد آیه مذکور یادآوری، و با توجه به آن، شبهه ای را در مورد شمول آیه نسبت به عقد فضولی مطرح کرده و آن را پاسخ خواهیم داد. آنگاه با اشاره ای به ادلّه صاحب ایضاح و مرحوم شیخ مبنی بر بطلان عقد فضولی، به بررسی آنها پرداخته، و پس از اشاره به اشتباه صاحب ریاض دربارهٔ نسبت ادعای اجماع به مرحوم شیخ، روایات ظاهر در بطلان عقد فضولی را نقل، و ادامهٔ بحث را به جلسات آینده واگذار می نماییم.

***

الف) پی گیری تحقیق پیرامون ادلّهٔ عامّه:

اشاره

در جلسه قبل به این نتیجه رسیدیم که تصحیح عقد فضولی به وسیله عموماتِ ادلّه از جمله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بی اشکال است. اکنون با توجه به نظر ما دربارهٔ مفاد آیه، شبهه ای به نظر می رسد که باید آن را مورد بررسی قرار دهیم.

۱) یادآوری نظر استاد مد ظله دربارهٔ مفاد أَوْفُوا بِالْعُقُودِ :

ما سابقاً در مورد مفاد آیه مذکور و نظائر آن به دو نکته قائل گشتیم:

اولا: در پاسخ به این سؤال - که آیا مفاد «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و نیز «المؤمنون عند شروطهم»

یک امر تعبّدی است که از سوی شارع مطرح گردیده، یا امضای روشی است که عقلا به آن پایبند بوده اند؟ - عرض کردیم که وجداناً آن را یک امر تعبّدی جدید مانند نماز و روزه و امثال آن نمی بینیم که شارع مقدس آن را ارائه فرموده باشد. بلکه آنها امضای «ما علیه العقلاء» است. چه آنکه با یک نگاه به مشی عقلاء به روشنی در می یابیم که اگر کسی با دیگری قراردادی منعقد سازد که دارای شروط و الزاماتی باشد، آنان بر این باورند که باید به مفاد آن پایبند بوده و به آن عمل نمایند.

ثانیا: در مورد اینکه آیا آیه مذکور شروط غیر مشروع را نیز شامل است یا خیر؟ عرض کردیم که انسان بالوجدان می یابد که آیه در مقام بیان الزام مردم به پایبندی نسبت به هر شرطی - و لو غیر مشروع - نمی باشد.

چگونه می توان قائل به تخصیص جمعی ادلّهٔ حرمتِ منکرات و محرّمات به وسیله این آیه گردید و هر امر غیر مشروع و منکری را به دلیل قراردادی که بر سر آن بسته شده، مشروع به حساب آورد؟

به نظر ما «المؤمنون عند شروطهم» و نیز «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» نه تنها نسبت به شروط خلاف شرع دارای شمول نیست بلکه در آنها فرض مشروعیت شده و اصلاً ذهن انسان از اول متوجه چنین عموم و شمولی نمی گردد و مفاد آنها صرفاً «إلزام ما هو المشروع» است. یعنی: هر امری که قطع نظر از عقد، دارای مشروعیت باشد، چنانچه بر سر آن قراری بسته شود، باید به آن پایبند بوده و از نقض آن جلوگیری به عمل آید.

البته برای ارتباط بخشیدن بین آیه و ذیل آن «أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعامِ» دو احتمال در «الف و لامِ» العقود وجود دارد، و آیه را به یکی از دو صورت زیر می توان معنا کرد:

۱) می توان «ال» را لام عهد بدانیم در نتیجه «العقود» قراردادهایی خواهد بود که

انسانها در عالم ذرّ با خدا بسته اند(۱) که از شیطان پیروی نکنند و حلال خدا را حلال شمرده، و از حرام او بپرهیزند... که در این صورت اوفوا بالعقود ربطی به عقودی که مردم بین خود می بندند ندارد بلکه مفهوم آیه و ذیل آن: «أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعامِ» چنین می شود: به قراردادهایی که با خدا بسته اید وفا کنید (و نظر یهود را که بهیمه الانعام را حرام شمرده اند کنار گذاشته و بدانید که) چارپایان (و جنین آنها) بر شما حلال گشته است. بنا بر این، معنا، آیه اصلاً ارتباطی با باب معاملات ندارد

۲) اما چنانچه «ال» را لام استغراق به حساب آوریم، در این صورت گرچه آیات بعد مصادیق قراردادهای الهی است، ولی شمول آیه محدود به آنها نبوده، جمیع قراردادهای مشروع را شامل می گردد و معنای آیه چنین خواهد شد: به قراردادها (چه آنها که با خدا بسته اید و چه مواردی که با یکدیگر منعقد می سازید) وفا کنید...

بنابراین احتمال، هر چند آیه به باب معاملات مربوط می گردد، ولی به قرینهٔ که عرف از آیه مشروعیت بخشی به قراردادهای نامشروع نمی فهمد، موضوع آن قراردادهای صحیح و مشروع و مفاد آن اثبات لزوم عقد خواهد بود.

۲) طرح یک شبهه:

اینک یک شبهه مطرح می شود که، گرچه مجیز پس از وقوع عقد فضولی، آن را اجازه داده است، لیکن ما هنوز شک داریم که آیا عقد فضولی صحیح و مشروع است یا نه؟ و در واقع بحث پیرامون آن، بحث از صحّت است، نه لزوم آن، بنابراین،

۱- (۱) - (توضیح بیشتر) البته عهد بودن لام، را می توان این گونه هم توجیه کرد که به قراردادهایی که در هنگام ایمان آوردن با خداوند بسته اید عمل کنید، چون ایمان، تعهد اجمالی به پذیرش حلال و حرام الهی و عمل به آنها می باشد.

با توجه به مفاد آیه که الزام ما هو الصحیح و المشروع است، چگونه می توان عقد فضولی را که صحّتش مشکوک است به وسیله آن تصحیح نمود؟

آنچه که به وسیله آیه اثبات می گردد لزوم عقد است، نه صحت آن، بنابراین برای اثبات صحت عقد فضولی نمی توان به آیه تمسّک نمود.

۳) پاسخ استاد مد ظله:

در پاسخ به این شبهه باید عرض کنیم: در مواردی نمی توان به آیه تمسّک کرد که مشروعیت ذاتی ندارد. ولی عقد فضولی را نباید از آن مصادیق برشمرد. زیرا آن با اجازهٔ لاحق مشروع گشته و شک نسبت به صحت آن از بین می رود. به خاطر اینکه منشأ شک در صحت عقد فضولی آن است که نمی توانیم آن را به مجیز نسبت دهیم، اما پس از آنکه وی اجازه می دهد، امکانِ اضافه و نسبت عقد به مجیز تحقق یافته، و عقد فضولی بمثابه خودِ مجیز خواهد شد. و در این صورت شروط صحت تکمیل گشته، و همچنان که اگر این عقد را شخصاً - یا با اذن خود توسط وکیلش - منعقد سازد، متّصف به صحت می گردد، اینک نیز که دیگری انجام داده، و به وسیله اجازه، امکانِ نسبت و اضافهٔ عقد به او فراهم گشته، عقد صحیح خواهد بود. و برای اثبات لزوم آن، تمسک به أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بی مانع می باشد.

به بیان دیگر،(۱) هر چند آیه ناظر به اثبات مشروعیت تمام عقدها (خواه ذاتاً مشروع باشند یا نباشند) نیست، ولی از جهت اسباب تحقّق آن امر اعتباری همچون ملکیت یا زوجیت که در عقود مطرح است، اطلاق دارد و با آن می توان نتیجه گرفت که شروط خاصی در اسباب نیست، در نتیجه، شرط تحقق صیغه عقد توسط خود انسان یا وکیل یا مأذون انسان با آیه نفی شده و عقد فضولی پس از اجازه مالک تصحیح می گردد.

ب) بررسی ادلّهٔ ایضاح و خلاف مبنی بر بطلان عقد فضولی:

اشاره

برای اثبات بطلان عقد فضولی مرحوم شیخ دو دلیل در خلاف و مرحوم فخر المحققین علاوه بر آن دو دلیل، دو دلیل دیگر در ایضاح مطرح کرده اند:

۱- (۱) - این بیان را استاد مد ظله در جلسات آینده مطرح کرده و توضیح خواهند داد.

۱ – تمسّک به اصل و پاسخ آن

دلیل اول آن دو بزرگوار تمسک به اصل (استصحاب عدم ترتب اثر) است.

زیرا آنان قائل بودند که عقد فضولی مشمول عمومات نمی باشد و دلیلی بر صحت آن نداریم.

تمسک به عمومات در دوره های متأخر رایج گشته، و حتی امثال ابن ادریس هم برای اثبات صحت عقد فضولی متمسّک به ادلّه دیگری غیر از عمومات می شدند.

ولی ما در جلسات قبل این موضوع را مورد بررسی قرار داده و تمسک به عمومات را تمام دانستیم، لذا مجالی برای اصل عملی استصحاب که نتیجه آن فساد معامله است نمی باشد.

۲) مقارن نبودن شرط رضایت با عقد:

تمسک به اصل مبتنی بر این بود که دلیل بر صحت عقد نداریم. اما دلیل دوم فخر المحققین بر اساس وجود دلیل بر بطلان استوار است. به این بیان: رضایت مالک از جمله شروطی است که بالاتفاق آن را برای صحت معامله ضروری شمرده اند و چنانچه پس از انشاء عقد به آن ملحق گردد، نمی تواند در تصحیح آن مؤثر واقع گردد. زیرا شرط باید مقارن با عقد باشد. بنابراین عقد فضولی باطل است و اجازه که حاکی از رضایت است به لحاظ اینکه مقارن با عقد نیست نمی تواند آن را متّصف به صحت نماید.

۳) پاسخ دلیل دوم فخر المحققین:

جواب این تقریب این است که عقد همچنان که دارای جنبه حدوثی است، در عالم اعتبار از جنبهٔ بقاء و استقرار نیز برخوردار است. در مواردی هم که عقد را فسخ می کنند با عنایت به همین بقاء و استقرار اعتباری است و الّا اگر چیز موجودی در کار

نباشـد، از بین رفتن یـا از بین بردن آن معنـا نخواهـد داشت. بر این اسـاس، اگر رضـایت، به عقـدی که قبلاً حادث شـده ملحق گردد، شرط از مشروط متأخر گشته است. اما چنانچه به عقدی که در عالم اعتبار باقی است ملحق سازیم، شرط مقارن مشروط واقع می شود.

به عبـارت دیگر، در صورتی که از هنگـام حـدوث عقـد حکم به صـحت عقـد نمـاییم، الحاق اجازه و رضایت در حکم تأخیر شرط از مشروط خواهد بود ولی اگر پس از ضمیمه رضایت به بقاء اعتباری قائل به امضای شارع و صحت و مشروعیت عقد از زمان رضایت باشیم، شرط مقارن مشروط بوده و اتّصاف عقد به صحت بی مانع خواهد بود.

۴ – اولویت بطلان عقد نکاح نسبت به بیع فضولی:

دلیل سوم ایضاح که آن را به عنوان تقریب چهارم ذکر کرده و معمولاً کسانی که از ایضاح نقل می کننـد، متوجه آن نشـده و آن را به عنوان تقریب ایضاح نقل نمی کنند، به این بیان است:

ایشان می فرمایـد: از نظر عقلاء تصرّف در ملک غیر بدون اذن مالک آن قبیح است و به همین جهت بیع فضولی قبیح و باطل است. و چون نکاح نسبت به بیع به مراتب از اهمیت بیشتری برخوردار بوده و اهم از آن است، نکاح فضولی نیز بالاولویه قبیح و باطل خواهد بود.

۵) پاسخ دلیل اولویت بطلان نکاح نسبت به بیع:

اولاً: اگر تصرف در ملک دیگری عقلاً قبیح باشد، قبح نفس عقد و انشاء آن قطع نظر از ترتیب اثر خارجی بر آن ثابت نیست. و عقل حکم به قبح نفس انشاء بما هو هو و حرمت آن نمی کند. بسیاری از عقود باطله در عین حال که باطل و لغو است

قبیح و حرام نیست.(۱)

ثانیاً: بر فرض که نفس عقد نیز قبیح و حرام باشد یا ما بخواهیم پیش از لحوق اجازه ترتیب اثر بدهیم که شما آن را عقلاً قبیح می دانید (که آن هم محل بحث است) اینها ربطی به محل بحث ما ندارد چون ما پس از لحوق اجازه می خواهیم ترتیب اثر بدهیم و عقدی که فرضاً سبب حدوث آن خلاف شرع بوده، اکنون در عالم اعتبار باقی است و نقضی هم نشده؛ حال اگر مالک آن با اجازه لاحق به آن رضایت داده و موافقت خود را با آن ابراز کند - و با تقریبی که گذشت، با آن، معامله صحت نماییم - به چه دلیل ترتیب اثر به آن قبیح است؟ در اینجا قطعاً حکمی از سوی عقل بر قبح ترتیب اثر به عقد و بطلان عقد - بقاءً - در کار نیست.

۶) روایات دالّ بر بطلان و ضعف سند روایات دالّ بر صحت:

دلیل دوم مرحوم شیخ که صاحب ایضاح آن را به عنوان تقریب سوم خود نقل کرده، روایاتی است که ظاهراً دلالت بر بطلان عقد فضولی دارد. البته مرحوم شیخ پنج روایت را مطرح فرموده ولی مرحوم فخر المحققین تنها با ذکر یک روایت، در صدد برآمده تا روایاتی را هم که دلالت بر صحت عقد فضولی دارد ناچیز و مردود به حساب آورد.

ایشان می فرماید: پدرم برای اثبات صحت، دو روایت که یکی از آنها عامی است مطرح فرموده، ولی هر دو آنها ضعیف السند است و نمی تواند با ادلّه بطلان معارضه نماید.

۷) پاسخ استاد مد ظله:

ص:۴۴۳۰

۱- (۱) - (توضیح بیشتر) علاوه بر این که حرمت معامله ملازمه ای با بطلان آن ندارد، اشکال دوم استاد بر فرض تسلیم این نکته است که اگر معامله حدوثاً محرم بود و قبل از لحوق اجازه محکوم به بطلان، دلیلی نداریم که بعد از اجازه هم همچنان محکوم به بطلان باشد.

اولاً: این نکته از صاحب ایضاح بسیار عجیب است: در حالی که بر ضعف سند روایت عامی که پدرشان برای اثبات صحت عقد فضولی آن را مورد استناد قرار داده، تأکید دارند، خود برای اثبات بطلان عقد متمسک به روایت عامی عایشه می شوند که علامه نیز آن را غیر معتبر می داند. اگر بنا است که به روایات ضعیف السند اعتماد نکرده، آنها را کنار گذاریم، بین مقام اثبات بطلان و اثبات صحت تفاوتی وجود ندارد.

ثانیاً: مرحوم علامه هفت روایت ذکر کرده اند نه دو روایت! این برداشت نیز نادرست است که بگوییم هنگامی که ایضاح از مختلف نقل کرده، آن کتاب ناتمام بوده و مرحوم علامه بعداً با ضمیمه کردن پنج روایت به دو روایت اولیه، کتاب خود را تکمیل کرده اند.

زیرا اولاً: کتاب مختلف در سال ۷۰۸ یعنی ۱۸ سال پیش از وفات مرحوم علامه تکمیل گشته است،

و ثانیاً: تنها قسمت های اولیه ایضاح در زمان علامه نگارش یافته و بخش عمدهٔ آن از جمله قسمت نکاح، پس از زمان علامه مرقوم گشته، و این نکته از برخی اشارات ایضاح به خوبی روشن می گردد.

البته اگر در توجیه نقل ناقص ایضاح این احتمال وجود دارد که در نظر ایشان ادلّه عقلیه که بر بطلان عقد فضولی اقامه گردیده، بسیار قطعی بوده و در مقابل، روایات دالّ بر صحت که دلیل ظنّی محسوب می شود از قوّت کافی برای کنار گذاشتن آنها برخوردار نبوده است، لذا ایشان برای گریز از وارد شدن به بحث های پردردسر و پرهیز از بیانی که ممکن است حمل بر بی اعتنایی نسبت به احادیث صحیح السند شود، ذکری از سایر احادیث مذکور توسط علامه به میان نیاورده است.

در هر حال از هفت روایتی که مرحوم علامه ذکر کرده اند، پنج روایت از طریق خاصه است و ما سه روایت از آنها را معتبر می دانیم لیکن خود ایشان تنها یکی از آن

سه را محکوم به صحت دانسته، و از روایتی که ابراهیم بن هاشم در سند آن است حسنه تعبیر کرده و دیگری را با عنوان خبر، از آن یاد نموده است. ولی ما هر دو را نیز معتبر دانسته ایم و به زودی در بحث روایات به آن اشاره خواهیم کرد.

ج) اشتباه ریاض درباره نسبت اجماع به مرحوم شیخ:

در ریاض به طور ضمنی، اجماع را به عنوان یکی از ادلّه بطلان عقد فضولی بر شمرده و آن را به خلاف مرحوم شیخ نسبت داده است. آنگاه خود، آن را رد کرده و می فرماید: مسئله ای که تا این حد مورد اختلاف، بلکه شهرت بر خلاف آن است، چنین ادعایی مبنی بر وجود اجماع بی حاصل است.

این نکته نیز از صاحب ریاض تعجب آور است. زیرا مرحوم شیخ با اینکه در موارد زیادی در خلاف تعبیر «اجماعهم» و امثال آن را دارد، لیکن در اینجا تنها به اصل و روایات متمسک گردیده، و نه تنها اجماع را مطرح نکرده، بلکه اجماع فی الجمله بر صحت را (در مسئله عقد عبد یا امه بدون اذن مولا) متذکر گشته است.

البته محتمل است که در ریاض سقطی واقع شده باشد. زیرا مرحوم شیخ در مبسوط در بعضی از فروع مسئله - مثلاً در بحث شرطیت اذن حرّه برای جواز تزویج شوهرش با امه که این سؤال مطرح است که آیا اجازهٔ لاحق حرّه مصحّح آن هست یا نه - دعوای اجماع بر بطلان کرده است. و صاحب ریاض در مقام ردّ آنها بوده، و احتمالاً با سقط بخشی از عبارات، به این صورت درآمده است.

د) بررسی روایات ظاهر در بطلان عقد فضولی:

اشاره

مجموعاً شش یا هفت روایت در اختیار داریم که ظاهر در بطلان عقد فضولی است. در مقابل آنها ما شانزده روایت به دست آورده ایم که دلالت بر صحت عقد فضولی دارد. باید هر دو دسته را مورد بررسی قرار داده، ببینیم مقتضای جمع بین آنها چیست؟ اینک روایات دالّ بر بطلان:

۱) روایت ابراهیم بن عبد الرحمن آملی:

عن الحسن بن حمزه العلوی عن محمد بن یزداد عن عبد الله بن احمد عن سهل بن صالح عن ابراهیم بن عبد الرحمن عن موسی بن جعفر عن أبیه جعفر بن محمد علیهم السلام قال: سئل ابی علیه السلام عمّا حرّم الله عزّ و جلّ من الفروج فی القرآن و عمّا حرّم رسول الله صلی الله علیه و آله فی سنّته فقال:... و امّا التی فی السنه... که موارد فروج محرّم در سنت را نام می برند و از آن جمله:

و تزویج الامه علی الحره... و تزویج المرأه علی عمّتها و تزویج الامه من غیر اذن مولاها...(۱) که ظاهر آنها عدم جواز است گرچه بعداً اجازه بدهند.

۲) صحیحه عبد الله بن سنان:

محمد بن یعقوب عن عده من اصحابنا عن احمد بن محمد عن الحسین بن سعید عن النضر بن سوید عن عبد الله بن سنان عن ابی عبد الله علیه السلام قال: لا یجوز للعبد تحریر و لا تزویج و لا اعطاء من ماله الّا باذن مولاه.(۲) که اذن را شرط صحت نکاح دانسته اند.

۳) روایت فضل بن عبد الملک ابی العباس البقباق:

محمد بن یعقوب عن عده من اصحابنا عن سهل بن زیاد عن احمد بن محمد بن ابی نصر البزنطی عن داود بن الحصین عن ابی العباس قال: سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الامه تزوّج بغیر اذن اهلها؟ قال: یحرم ذلک علیها و هو الزنا.(۳)

ما سهل بن زیاد را معتبر می دانیم. بقیه افراد هم بی اشکال هستند.

در این روایت نیز تزویج بدون اذن حرام شمرده شده است.

۱- (۱) - وسائل، ج ۲۰، ص ۴۰۹، باب ۱، از ابواب ما یحرم بالمصاهره، ح ۱

۲- (۲) وسائل، ج ۲۱، ص ۱۱۳، باب ۲۳، از ابواب نکاح العبید و الإماء، ح ۱

۳- (۳) - وسائل، ج ۲۱، ص ۱۲۰، باب ۲۹، از ابواب نکاح العبید و الإماء، ح ۲

۴) نقل دیگری از ابی العباس:

مرحوم شیخ ظاهراً همان روایت قبل را با سند صحیح و بدون وساطت سهل بن زیاد به اسناد خود از احمد بن محمد بن عیسی از بزنطی... الی آخر سنده نقل کرده، و گویا به خاطر اختلاف مختصری که ناشی از نقل به معناست و نیز زیادتی که در آخر آن است، آن را به عنوان روایتی دیگر ذکر کرده اند.

صاحب ایضاح نیز ظاهراً این نقل را ندیده، و نقل قبلی را به واسطهٔ اینکه سهل بن زیاد را ضعیف می دانسته، غیر معتبر و ضعیف شمرده است.

قال: قلت لأبی عبد الله علیه السلام: الرجل یتزوج الامه بغیر اذن اهلها؟ قال: هو الزنا انّ الله تعالی یقول: فَانْکِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ (۱).

۵) نقل سوم از ابی العباس:

الحسین بن محمد عن معلی بن محمد عن بعض اصحابه عن ابان عن فضل بن عبد الملک قال: سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الامه تتزوج بغیر اذن مولیها؟ قال: یحرم ذلک علیها و هو زنا(۲)

ظاهراً این روایت نیز با دو روایت قبلی یکی است ولی معلی بن محمد در سند روایت به عقیده ما معتبر است ولی این سند به جهت ارسال ظاهراً ضعیف است.

ان قلت: واسطه ذکر شده بین معلی بن محمد و ابان همیشه حسن بن علی وشاء است که ثقه می باشد.

قلت: مشکل است که ما مطمئن گردیم که در این موارد که «بعض اصحابنا» تعبیر کرده حتماً مراد همان وشاء باشد.

۶) روایت ابی بصیر

محمد بن الحسن باسناده عن الحسین بن سعید عن القاسم بن محمد عن علی بن ابی حمزه عن ابی بصیر قال: سألت أبا عبد الله علیه السلام عن نکاح الامه؟ قال: لا یصلح نکاح الامه الّا باذن

۱- (۱) - وسائل، ج ۲۱، ص ۱۲۰، باب ۲۹، از ابواب نکاح العبید و الإماء، ذیل ح ۲

۲- (۲) - وسائل، ج ۲۱، ص ۱۲۰، باب ۲۹، از ابواب نکاح العبید و الإماء، ح ۳

مولاها.(۱)

این روایت معتبر است زیرا روایـات علی بن ابی حمزه مربوط به قبل از ایام وقف بوده، و قاسم بن محمـد جوهری نیز از نظر ما بی اشکال است.

در همه این روایات اذن را شرط صحت دانسته اند که ظاهر در آن است که اجازهٔ لاحق مؤثر نمی باشد.

ادامه بحث در جلسه آینده ان شاء اللّه...

«* و السلام *»

ص:۴۴۳۵

۱- (۱) - همان، ح ۴

۱۳۸۱/۹/۲۶ سه شنبه درس شمارهٔ (۴۷۶) کتاب النکاح/ سال پنجم

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

خلاصهٔ درس گذشته و این جلسه:

کلام در روایاتی بود که به حسب ظاهر مفادش عقد فضولی فاسد بالمرّه است و با اجازه تصحیح نمی شود تعدادی از این روایات را خواندیم و اکنون بقیّه روایات را بررسی می کنیم.

***

الف) روایات دال بر فساد عقد فضولی

۱) صحیحهٔ ولید بن صبیح:

محمد بن یحیی عن احمد بن محمد و علی بن ابراهیم عن أبیه جمیعاً عن ابن محبوب عن العباس بن الولید عن الولید بن صبیح عن أبی عبد الله علیه السلام فی رجل تزوّج امرأه حرّه فوجدها أمهً قد دلّست نفسها له قال: ان کان الذی زوّجها إیّاه من غیر موالیها فالنکاح فاسد الحدیث(۱)

کنیزی است که تدلیس کرده و خود را حرّه معرفی کرده است، آیا عقد او صحیح است؟ حضرت تفصیل می دهند و می فرمایند یک مرتبه مولای امه آمده و او را تزویج به شخصی کرده، در آن صورت عقد فاسد نیست. اما اگر شخص دیگری این تزویج را کرده است در این صورت حکم به فساد عقد شده است.

ص:۴۴۳۶

۱- (۱) - جامع الاحادیث، ج ۱۷۹/۲۶ حدیث ۳۸۶۹۰، باب ۴۶ از ابواب نکاح العبید و الاماء ح اول - وسائل الشیعه ۱۸۵/۲۱ باب ۶۷ از ابواب نکاح العبید حدیث اول.

۲) صحیحه حلبی:

علی بـن ابراهیم عن أبیه عن ابن ابی عمیر عن الحمـاد عن الحلـبی عن ابی عبـد الله علیه السـلام من تزوج امهً علی حرّه فنکـاحه باطل(۱)

در سـند روایت ابراهیم بن هـاشم واقع شـده که بنـا بر تحقیق ثقه است. مقتضـای جمع بین ادله این است که این روایت ناظر به جـایی است که زوج از حرّه اذن نگرفته است که نوعـاً نیز همین طـور است. یعنی بـدون اذن این تزویجهـا واقع می شود که در این صورت در این روایت آمده که نکاح باطل است.

۳) روایت أبو بصیر:

محمـد بن یحیی عن احمد بن عیسـی عن الحسـین بن سـعید عن القاسم بن محمد عن علی بن ابی حمزه عن أبی بصـیر عن ابی عبد الله علیه السلام: نکاح الأمه علی الحرّه باطل(۲)

این روایت نظیر روایت مذکور است. در سند روایت قاسم بن محمد و علی ابن أبی حمزه محل بحث است.

۴) صحیحهٔ حسن بن زیاد:

الحسین بن سعید عن صفوان بن یحیی عن عبد الله بن مسکان عن الحسن بن زیاد قال قال أبو عبد الله علیه السلام: لا تزوّج الأمه علی الحرّه و لا النصرانیه و لا الیهودیّه علی المسلمه فمن فعل ذلک فنکاحه باطل(۳)

۵) روایت جعفریات

عن الجعفریات باسناده عن علی علیه السلام فی الرجل یتزوج الأمه علی الحرّه فقال: یفرق بینه و

۱- (۱) - جـامع الاحادیث، ج ۱۴۴/۲۵، باب ۳۵ از ابواب التزویـج، حدیث دوم - وسائل الشـیعه ۵۰۹/۲۰ باب ۴۶ از ابواب ما یحرم بالمصاهره ح اول.

۲- (۲) - جـامع الاحادیث، ج ۱۴۴/۲۵، باب ۳۵ از ابواب التزویـج، حدیث سوم - وسائل الشـیعه ۵۰۹/۲۰ باب ۴۶ از ابواب ما یحرم بالمصاهره ح دوم.

۳- (۳) - جامع الاحادیث، ج ۱۴۴/۲۵، باب ۳۵ از ابواب التزویج، حدیث ۴ - وسائل الشیعه ۵۰۹/۲۰ باب ۴۶ از ابواب ما یحرم بالمصاهره ح ۳.

بینها(۱)

همین تعبیر در دعائم الاسلام(۲) هم آمده است.

اطلاق این روایت اقتضاء می کند که اجازهٔ بعدی موجب صحت نکاح نشود.

تذکر اول: غیر از روایات ذکر شده روایات ناهیه هم هست ولی روایات ناهیه دلیل بر فساد نیست چون کلام در حکم تکلیفی نیست بلکه در حکم وضعی و فساد است و نهی از معاملات مقتضی فساد نیست.

تذکر دوم: روایات دالّ بر فساد روایات کثیره است که به تعبیرات مختلف وارد شده است و مفادش بطلان عقد فضولی است لکن این روایات ناظر به موارد خاص و بعض اقسام عقد فضولی است و ناظر به همهٔ اقسام عقد فضولی نیست.

تذکر سوم: فروجی که تحریمش با سنت ثابت شده است که همانا تزویج الأمه علی الحره، تزویج المرأه علی عمّتها و خالتها و تزویج الأمه من غیر إذن مولاها باشد این سه قسم را ما به وسیلهٔ ادلهٔ دیگر حمل می کنیم بر صورتی که اذن سابق در بین نباشد و روایات دیگر را مقیّد این اطلاقات قرار دهیم. اما نسبت به اینکه آیا اجازهٔ لاحق می تواند مصحّح باشد یا نه؟ اطلاقات احادیث گذشته این مطلب را نفی می کند.

لکن ممکن است گفته شود روایاتی که حکم به تصحیح عقد با اذن کرده است شامل اذن سابق و اجازهٔ لاحق هر دو می شود زیرا که اذن لغةً اعم از اذن سابق و اجازه لاحق است و در اصطلاح بین اذن و اجازه فرق است اما لغةً اذن اعم از اجازهٔ اصطلاحی است.

در جواب گفته می شود: مفاد اذن اظهار موافقت در ایجاد عمل است اما بر امضای عمل موجودی که فعلاً ایجاد بر آن صدق نمی کند اذن اطلاق نمی شود.

۱- (۱) - جامع الاحادیث، ج ۱۴۴/۲۵، باب ۳۵ از ابواب التزویج، حدیث ۹.

۲- (۲) - جامع الاحادیث، ج ۱۴۴/۲۵، باب ۳۵ از ابواب التزویج، حدیث ۱۰.

موافقت بـا شـیء موجود را بـا «اَذِنَ فیه» بیان نمی کننـد و به رضایت با وجود یک شـیء قارّ که معنای اسم مصـدری است اذن نمی گویند بلکه بر ایجادش که معنای مصدری است اذن اطلاق می کنند.

نکـاح یـک معنای مصـدری به معنای ازدواج کردن دارد و یک معنای اسم مصـدری به معنای همسـردار بودن. اذِنَ فی النکاح برای احداث زوجیّت به کار می رود اما برای امضای معنای اسم مصدری و همسردار بودن بکار نمی رود. برای موافقت کردن با شیء موجود تعبیر اجازه بکار می رود (جاز یعنی نفذ به، اجازه یعنی نافذ قرار داد، تنفیذ کرد)(۱)

بعلاوه در بعضـی از روایات، نهی از تزویج بدون اذن کرده است و اگر مفهوم اذن اعم از ابراز رضایت سابق و لاحق باشد ولی تزویـج به معنـای ایجـاد علقـهٔ زوجیت است و زوّج بلا اذنٍ یعنی صـدور عقـد همراه با اذن نبوده است (همچنان که در روایات ولید بن صبیح آمده است: ان کان الذی زوّجها ایاه من غیر موالیها، در صـحیحه عبد الله بن سنان آمده: لا یجوز للعبد تزویج الا باذن مولاه) و اجازهٔ بعـدی مصـحّح اسـناد صدور عقد به مجیز نیست. و در عقد فضولی ایجاد زوجیت بدون اذن است هر چند بعداً اجازه بیاید و اجازهٔ بعدی باعث نمی شود که ایجاد الزوجیه عن اذن باشد، لذا از این جهت صحیح نیست که بگوییم چون اذن مفهومی عام دارد و ابراز رضایت بعدی را هم شامل می شود لذا اجازهٔ بعدی برای صحت عقد کافی است.

۱- (۱) - (توضـیح فرمایش اسـتاد): این نکته با مراجعه به موارد کاربرد اذن و اجازه روشن تر می شود: در صـحیحهٔ زراره می خوانیم: سألته عن مملوک تزوج بغیر اذن سـیده فقال ذاک الی سـیده ان شاء اجازه و ان شاء فرق بینهما قلت... یقولون ان اصل النکاح فاسـد و لا تحلّ اجازه السـید له فقال أبو جعفر علیه السـلام: انه لم یعص الیه و انما عصـی سـیده فاذا اجاز - فهو له جائز. (وسائل الشیعه ۱۱۴/۲۱، باب ۲۴ از ابواب النکـاح العبیـد، ح ۱) در صـحیحه محمـد بن قیس عن ابی جعفر علیه السـلام آمـده است. فقال هـذه ولیـدتی باعها ابنی بغیر اذنی... فقال: خـذ ابنه - یعنی الـذی باع الولیـده - حتی ینفذ لک ما باعک... فلمّا رأی ذلک سـید الولیده الاول أجاز بیع ابنه. (وسائل الشیعه ۲۰۳/۲۱، باب ۸۸ از ابواب نکاح العبید، ح ۱) در دعائم آورده شده است ان رسول الله صـلی الله علیه و آله نهی ان ینکـح العبـد بغیر اذن موالیه... المملوک لا یجوز نکاحه و لا طلاقه الاّ باذن سـیده فان تزوج بغیر اذن سیده فان شاء سیده اجاز و ان شاء فرّق (جامع الاحادیث ۱۴۴/۲۶، باب ۱۹ از ابواب نکاح العبید، ح ۴)

بررسی روایات دالّ بر فساد:

ما اگر بخواهیم تزویج فضول را تصحیح کنیم و بگوییم عملی که فضولی انجام داده است صحیح است و ادلهٔ نفوذ بیع شامل عقد فضولی هم می شود، چنین مطلبی صحیح نیست. چون روایات در مورد عقد فضولی فرموده بود: «لا یحرم ذلک علیها» و در عین حال می توانیم عقد فضولی ای را که مورد اجازه قرار گرفته است لیکن عقد و پیمان زوجیت و ملکیت امری قارّ است، به عبارت دیگر، عقد یک مفهوم سببی و یک مفهوم مسببی دارد، معنای سببی آن یعنی قرار بستن و ایجاد رابطهٔ زوجیت و این امری آنی الحصول است و معنای مسببی آن یعنی پیمان و قرار امری قارّ است یعنی می تواند در امتداد زمان باقی باشد. وقتی من له السلطنه عقد و پیمان صادر شده از فضولی را اجازه کرد، این پیمان، عقدِ من له الامر می شود عموماتی مانند أَوْفُوا بِالْعُقُودِ حکم به صحت آن می نماید.

ان قلت: از روایات بطلان عقد فضولی، استفاده می شود که نکاح فضولی فاسد است، و اطلاق آن اقتضاء می کند که برای همیشه فاسد باشد و با اجازه هم تصحیح نشود.

قلت: بطلان عقد فضولی در روایات با تعبیرات مختلفی بیان شده است: عده ای از روایات در مورد عقد فضولی فرموده: «یحرم ذلک علیها» معنای این روایات این است که نکاح فضولی باعث حلیت استمتاع نمی شود و بالفعل زن و مرد بر یکدیگر حرام هستند ولی این منافات ندارد عقد فضولی صحت تأهلیه داشته به انضمام اجازه تصحیح شود. یعنی این روایات می فرماید عقد فضولی موجب حلیت نمی شود علت کامله برای حلیت نیست و منافات ندارد که جزء علت باشد.

دسته ای دیگر از روایات عقد فضولی را «فاسد» یا «باطل» دانسته است. این تعبیرات نیز به معنای لغو محض نیست بلکه به این معناست که اثر مقصود بر عقد فضولی مترتب نیست، فضولی که عقد می کند می خواهد ایجاب و قبول او باعث

حلیت استمتاع شود، چنین اثری بر عقد فضولی بار نیست و این به این معنی نیست که عقد فضولی لغو محض بوده و فاسد بالمرّه باشد و منافات ندارد که صحت تأهلیه داشته با اجازهٔ بعدی تصحیح شود و لذا در صحیحه زراره آمده، کسانی که عقد فضولی را باطل من رأسه می دانسته اند می گفته اند «ان اصل النکاح فاسد»، یعنی نکاح فاسد به دو قسم است گاهی نکاح فاسد من رأسه هست و با اجازه هم تصحیح نمی شود و گاهی فعلاً ـ فاسد است و منافات ندارد که با ضمیمه شدن اجازه تصحیح شود همچنان که در روایت صحیحهٔ معاویه بن وهب آمده که عبد مکاتبی مولای او با او شرط کرده که با کسی ازدواج نکند و این عبد با کنیزی که خودش آزاد کرده بوده ازدواج کرده است، روایت می فرماید: «نکاحه فاسد مردود» و منظور فساد من رأسه نیست و لذا بعد از آن که راوی می گوید: «فان سیده علم بنکاحه و لم یقل شیئاً» حضرت می فرمایند: «اذا صحت حین یعلم بذلک فقد اقرّ». (جامع الاحادیث ۱۴۳/۲۶) و در روایات دعائم در همین مورد مکاتب آمده است: «فان نکح فنکاحه فاسد مردود الا ان یعتق فیمضی علی نکاحه» جامع الاحادیث ۱۴۴/۲۶)

و اگر کسی برای این روایات ظهور در فساد عقد فضولی من رأسه هم قائل باشد، ظهور آن در حدّی نیست که بتواند با روایات دال بر صحت عقد فضولی مجاز، معارضه کند و اگر این دو دسته روایات را به عرف عرضه کنند، عرف از روایات بطلان فعلی می فهمد که منافات با صحت مع الاجازه ندارد. خلاصه اگر روایات بطلان را ذاتاً ظاهر در بطلان فعلی هم ندانیم، به طور مسلّم عرف جمعاً این روایات را بر بطلان فعلی حمل می کند. و بطلان فعلی صحت تأهلیه را نفی نمی کند.

ب ادلهٔ دالّ بر صحت نکاح فضولی مجاز:

۱) روایت دعائم الاسلام:

قال صلوات الله علیه: المملوک لا یجوز نکاحه و لا طلاقه الاّ باذن سیّده فان تزوّج بغیر اذن

ص:۴۴۴۱

سیده فان شاء سیّده أجاز و ان شاء فرّق(۱)

این روایت از نظر سند ضعیف است لکن برای تأیید خوب است.

توضیح: در اول روایت تعبیر لا یجوز نکاحه... الاّ بإذن سیّده آمده و این به این معنی است که بدون اذن مولا نکاح بالفعل نافذ نیست و آن اثری که مطلوب شخص است بار نمی شود و لذا در ذیل حدیث آمده که سید می تواند با اجازه آن را تصحیح کند. پس مراد از عدم جواز وضعی در صدر همانا نفی صحت فعلیه است نه فساد و بطلان محض.

اما اینکه لا یجوز را حمل بر عدم جواز تکلیفی کنیم و اینکه مجرّد اجرای صیغه بدون ترتیب آثار خلاف شرع و حرام تکلیفی است، خلاف مسلمات فقهی است پس عدم جواز در روایت همان عدم جواز وضعی به معنای موقوف بر اجازه بودن است.

۲ – روایت محمد بن مسلم:

أبو علی الاشعری عن محمد بن عبد الجبار عن اسماعیل بن سهل عن الحسن بن محمد الحضرمی عن الکاهلی عن محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام انه سئل عن رجل زوّجته أمّه و هو غائب قال: النکاح جائز ان شاء المتزوّج قبل و ان شاء ترک الحدیث(۲)

مراد از جواز در این حدیث صحت تأهلی است که با اجازهٔ بعدی قابل تصحیح است البته این روایت معتبر نیست چون در سند، اسماعیل بن سهل وجود دارد که تضعیف شده است.

۳) روایت ولید بیّاع الأسفاط:

أبو علی الاشعری عن محمد بن الجبار و محمد بن اسماعیل عن الفضل بن شاذان جمیعاً

۱- (۱) – جامع الأحادیث ۱۴۴/۲۶ باب ۱۹ من ابواب نکاح العبید و الاماء حدیث ۴.

۲- (۲) – وسائل الشیعه ۲۸۰/۲۰ – باب ۷ از ابواب عقد النکاح و اولیاء العقد – ح ۳.

عن صفوان عن ابن مسکان عن ولید بیاع الاسفاط قال سئل أبو عبد الله علیه السلام و أنا عنده عن جاریه کان لها أخوان زوّجها الأکبر بالکوفه و زوّجها الأصغر بأرض أخری قال: الأول بها أولی الاّ ان یکون الآخر قد دخل بها فان دخل بها فهی امرأته و نکاحه جایز(۱)

از ذیل روایت استفاده می شود که این دو برادر وکالتی از ناحیهٔ این زن نداشته اند لکن روی حساب ولایت عرفی فضولتاً این زن را تزویج به غیر کرده اند. از روایت استفاده می شود که در این عقد فضولی اگر یکی از این دو زوج دخول کرده باشد چه عقد او متأخر باشد چه متقدم، عقد او صحیح است چون تمکین زن نسبت به دخول، امضای عملی است و بعد از دخول نمی تواند عقد دیگر را و لو متقدم باشد اجازه کند اما اگر دخول نشده باشد اخلاقاً اولویت شرعی دارد که اوّلی را اجازه دهد.

نتیجه آن که: از این روایت استفاده می شود که عقد فضولی با اجازه قابل تصحیح است حال کاشف از اجازه گاهی دخول و گاهی أمر دیگری است.

شاهد بر اینکه این روایت مربوط به باب فضولی است، این است که اگر این دو برادر وکیل از طرف زن باشند معنا ندارد که دخول دومی موجب تصحیح عقد شود زیرا در باب توکیل هر کدام زودتر عقد کرده اند عقد او صحیح است و عقد دومی که متأخر است باطل می باشد.

از اینجا معلوم می شود که تزویج آن دو فضولی بوده است، منتهی بهتر است که زن تزویج اول را اجازه بدهد. حال مراد از اول چه أخ أکبر باشد یعنی مراد الأوّل ذکراً که همان اخ أکبر باشد و چه مراد از اول آن کسی که اول عقدش واقع شده باشد. به هر حال این روایت دلالت می کند که عقد فضولی قابل تصحیح است.

تذکر: این روایت بنا بر مشهور معتبر است چون

اولاً: صفوان در طریق آن است که از اصحاب اجماع است

۱- (۱) - جامع الاحادیث ۲۰۱/۲۵ و ۲۰۲ باب ۵۳ من أبواب التزویج، ح ۴ - وسائل الشیعه ۲۸۱/۲۰ باب سابق ح ۴

و ثانیاً: ابن مسکان در طریق آن است که طبق مشهور از اصحاب اجماع است.

ولی به نظر ما سند روایت قابل مناقشه است، چون ما نظریه عام اصحاب اجماع را قبول نداریم که هر روایتی که سند آن تا اصحاب اجماع صحیح بود آن روایت صحیح است. البته در خصوص مشایخ ثلاثه (صفوان و ابن ابی عمیر و بزنطی) مشایخ این محدثین بزرگ را طبق شهادت طوسی در عده ثقه می دانیم، لیکن این توثیق اختصاص به مشایخ بلا واسطه دارد لذا نمی توانیم از این طریق هم، ولید بیاع الاسفاط را توثیق نماییم.

۴) صحیحهٔ محمد بن اسماعیل بن بزیع:

محمد بن یحیی عن احمد بن محمد عن محمد بن اسماعیل بن بزیع قال سأله رجل عن رجل مات و ترک أخوین و ابنه و الابنه صغیره فعمد أحد الأخوین - الوصیّ - فزوّج الابنه من ابنه ثم مات أبو الابن المزوّج (شخصی دو تا برادر و دختری داشته و یکی از این برادرها را وصیّ برای امور خودش یا امور فرزندانش قرار می دهد این وصی با اینکه نسبت به عقد صغیره ولایتی نداشته و وصایتش شامل این مورد نبوده، این دختر صغیره را برای پسر خودش فضولةً عقد کرده و سپس مرده است. بعد از مرگ او برادر دیگر گفته: این عقد برادر ما که عقد صحیح نبود چون موقع تزویج دختر صغیره بوده است و با اجازه تصحیح نمی شده است)

فلمّا أن مات قال الا "خر: أخی لم یزوّج ابنه (یعنی تزویج صحیحی که آثار بر آن مترتب شود انجام نگرفته است) فزوّج الجاریه من ابنه (از ذیل روایت معلوم می شود که موقعی که این تزویج دوم واقع شده دختر بالغ بوده و صلاحیت اجازه را داشته است) فقیل للجاریه أیّ الزوجین أحبّ الیک الأول او الآخر قالت: الآخر (دختر عقد دوم را اجازه می دهد و در این موقع صلاحیت اجازه داشته و بالغ بوده است.) ثم ان الأخ الثانی مات و للأخ الاول ابن أکبر من الابن المزوَّج (برادر دوم هم می میرد. آن برادر

اول یک پسر بزرگتری داشته (که بزرگتر از پسری که عقد برای او شده بوده است) او خواسته کاری کند که عقد دختر برای برادر خودش واقع شود و خدمتی به برادرش بکند) فقال للجاریه اختاری أیّهما أحبّ الیک، الزّوج الأوّل او الزوج الآخر فقال [الامام علیه السلام]:

الروایه فیها أنها للزوج الأخیر و ذلک أنّها قد کانت أدرکت حین زوّجها و لیس لها ان تنقض ما عقدته بعد إدراکها.(۱) یعنی از پیامبر صلی الله علیه و آله روایت رسیده که این دختر متعلق به زوج أخیر است زیرا وقتی که تزویج دوم را اجازه کرد بالغ شده بود و نمی تواند عقد خودش را نقض کند.

در این ذیل، عقد به مجیز نسبت داده شده و حکم به صحت آن شده است.

۵) صحیحهٔ محمد بن اسماعیل بن بزیع:

الحسین بن سعید عن محمد بن اسماعیل بن بزیع قال سألت أبا الحسن عن امرأه ابتلیت بشرب النبیذ فسکرت فزوّجت نفسها رجلاً فی سکرها (مستی مراتب دارد اگر مستی خفیف باشد شخص مست قابل مؤاخذه است نبیذ نیز شرابی است که سکر شدید نمی آورد. عقد این افراد هر چند نافذ نیست چون رشد ندارند ولی صحت تأهلی دارد و با اجازه در حال افاقه قابل تصحیح است. مثل دیوانهٔ محض که هیچ شعور ندارد یا بچهٔ غیر ممیّز نیست که عقدشان کلا عقد باشد بلکه مثل عقد بچهٔ ممیّز است که طبق تحقیق با اجازه قابل تصحیح است) ثم أفاقت فأنکرت ذلک ثم ظنّت أنه یلزمها ففزعت منه بعد از افاقه (ابتداءً گفت که عجب کار بدی کردیم این عقد به مصلحت نبود (انکرت وجدته منکراً) اما بعد به فکرش آمد که کاری است انجام شده و چاره ای از تسلیم شدن نیست ازاین رو ناراحت شد) فأقامت مع الرجل علی ذلک التزویج، أ حلال هو لها أم التزویج فاسد لمکان السکر و لا سبیل للزوج علیها؟ فقال: اذا قامت

۱- (۱) - جامع الاحادیث ۲۰۲/۲۵ باب ۵۳ از ابواب التزویج حدیث ۷ - وسائل الشیعه ۲۸۲/۲۰ باب ۸ از ابواب عقد النکاح حدیث اول

معه بعد ما أفاقت فهو رضا منها قل: و یجوز ذلک التزویج علیها فقال نعم(۱).

در این ذیل، راوی سؤال می کند که بر اساس رضایت، عقد صحت پیدا می کند آیا علاوه بر صحت لزوم هم می آورد که زن حق فسخ نداشته باشد حضرت می فرماید: بله حق فسخ هم ندارد بلکه از روایت بر می آید که حتی اگر اشتباه منشأ رضایت او شده باشد همین اندازه برای تصحیح ازدواج کافی است. در غالب ازدواج ها تخیلاتی که زوجین نسبت به آینده دارند منشأ رضایت می گردد.

۶) صحیحهٔ معاویه بن وهب:

محمد بن یحیی عن احمد بن محمد عن علی بن الحکم عن معاویه بن وهب عن ابی عبد الله علیه السلام انه قال فی رجل [مملوک] کاتب علی نفسه و ماله و له أمه و قد شرط علیه ان لا یتزوّج فأعتق الأمه و تزوّجها فقال لا یصلح ان یحدث من ماله الّا الأکله من الطعام و نکاحه فاسد مردود قیل فانّ سیده علم بنکاحه و لم یقل شیئاً قال اذا صحت حین یعلم بذلک فقد أقرّ قیل فان المکاتب عتق أَ فَتری ان یجدّد نکاحه أو یمضی علی النکاح الأوّل قال یمضی علی نکاحه.(۲)

موضوع روایت عبد مکاتبی است که مولای او با او شرط کرده که با کسی ازدواج نکند، این مکاتب مالک کنیزی بوده و آن را آزاد کرده است سپس با او ازدواج کرده است ابتداءً در روایت می فرماید: نکاحه فاسد مردود سپس می فرماید اگر مولا از نکاح او آگاهی داشته ولی سکوت کرد و اعتراضی نکرده است، پس نکاح او صحیح

۱- (۱) - جامع الاحادیث ۲۰۹/۲۵ باب ۵۸ از ابواب التزویج حدیث اول - وسائل الشیعه ۲۹۴/۲۰ باب ۱۴ از ابواب عقد النکاح حدیث اول

۲- (۲) - جامع الاحادیث ۱۴۲/۲۶ باب ۱۹ از ابواب نکاح العبید و الاماء ح ۲ - وسائل الشیعه ۱۱۳/۲۱ و ۱۱۷ باب ۲۳ از ابواب نکاح العبید ح ۳ و باب ۲۶ ح ۲

است و سکوت او اجازه به حساب می آید. از این روایت به خوبی استفاده می شود که فساد با موقوف بر اجازه بودن منافات ندارد. راوی سؤال می کند که اگر این مکاتب آزاد شد آیا لازم است عقد نکاح را تجدید کند و مثلاً بگوید: من آن وقت عبد بودم و اختیاری نداشتم اما حالا حرّ شده ام پس آن نکاح باطل است. حضرت می فرماید: آن عقد صحیح واقع شده و لزوم دارد

۷) روایت دعائم الاسلام:

این روایت نظیر روایت بالا ـ و در مورد مکاتبی است که مولا با او شرط کرده ازدواج نکند و ازدواج کرده است. می فرماید: فان نکح فنکاحه فاسد مردود الّا ان یعتق فیمضی علی نکاحه(۱) نکاحش فاسد است مگر اینکه آزاد شود و خودش نکاح خودش را تنفیذ کند.(۲) پس حتی خود فضولی ممکن است که امضاء نکاح کند اگر بعداً صلاحیت امضاء پیدا کند.

۸) روایت دعائم الاسلام:

المملوک لا یجوز نکاحه و لا طلاقه الّا باذن سیده فان یتزوج بغیر اذن سیده فان شاء سیده أجاز و ان شاء فرّق(۳)

قبلاً به صدر این روایت برای فساد استشهاد کردیم و اکنون به ذیل روایت بر صحت استشهاد می کنیم.

۹) صحیحهٔ زراره:

علی بن ابراهیم عن أبیه عن ابن ابی عمیر عن عمر بن اذینه عن زراره عن أبی جعفر علیه السلام قال:

سألته عن مملوک تزوج بغیر اذن سیده فقال: ذاک الی سیده ان شاء أجازه و ان شاء فرّق

۱- (۱) - جامع الاحادیث ۱۴۴/۲۶ باب ۱۹ از ابواب نکاح العبید و الاماء حدیث ۵

۲- (۲) - این روایت شبیه من باع شیئاً ثم ملکه می باشد که بعداً آن را بحث می کنیم و استدلال به این روایت را رد می کنیم.

۳- (۳) - جامع الاحادیث ۱۴۴/۲۶ باب ۱۹ از ابواب نکاح العبید و الاماء حدیث ۴

بینهما(۱)

علامه حلی از این روایت حسنه تعبیر کرده، چون ابراهیم بن هاشم در سند آن است که به نظر ما ثقه است.

۱۰) معتبره زراره:

عده من اصحابنا عن احمد بن محمد عن علی بن الحکم عن موسی بن بکر عن زراره عن أبی جعفر علیه السلام عن رجل تزوج عبده امرأةً بغیر اذنه فدخل بها ثم اطلع علی ذلک مولاه فقال ذلک الی مولاه ان شاءَ فرّق بینهما و ان شاء أجاز نکاحهما(۲)

در سند این روایت موسی بن بکر است که واقفی است لکن ثقه است پس روایت معتبره است.

سؤال: آیا قطع ارتباطی که امامیه با واقفیه داشته اند شاهد این نیست که علی بن الحکم این روایت را قبل از وقف از موسی بن بکر شنیده است؟

پاسخ: موسی بن بکر با حسین بن سعید و امثاله هم طبقه است و طبقه اش بعد الوقف است و بعید است در زمان حضرت موسی بن جعفر علیه السلام این حدیث را شنیده باشد.

این روایت با روایت قبل متّحد است و یک روایت باید به حساب بیاید هر چند در جامع الاحادیث دو روایت به حساب آمده است.

۱۱) روایت عبید بن زراره:

ص:۴۴۴۸

۱- (۱) - جامع الاحادیث ۱۴۵/۲۶ باب ۲۰ از ابواب نکاح العبید ح ۱ - وسائل الشیعه ۱۱۴/۲۱، باب ۲۴ از ابواب نکاح العبید ح ۱

۲- (۲) - جامع الاحادیث ۱۴۵/۲۶ باب ۲۰ از ابواب نکاح العبید و الاماء ح ۲ - وسائل الشیعه ۱۱۵/۲۱ باب سابق ح ۲

الحسن بن محبوب عن عبد العزیز العبدی عن عبید بن زراره عن أبی عبد الله علیه السلام فی عبد بین رجلین زوّجه أحدهما و الآخر لا یعلم ثم انه علم بعد ذلک أ له ان یفرّق بینهما قال للذی لم یعلم و لم یأذن أن یفرّق بینهما و ان شاء ترکه علی نکاحه(۱)

در سند روایت عبد العزیز العبدی است که تضعیف شده است. پس این روایت مؤیّد است.

۱۲) صحیحهٔ معاویه بن وهب:

قال: جاء رجل الی أبی عبد الله علیه السلام فقال: انی کنت مملوکاً لقوم و ان تزوجت امرأه حرّه بغیر اذن موالیّ ثم أعتقونی بعد ذلک أ فأجدّد نکاحی ایّاها حین اعتقت فقال له أ کانوا علموا أنک تزوّجت امرأه و أنت مملوک لهم فقال: نعم و سکتوا عنی و لم یعیّروا علیّ [و لم یغیّروا علیّ] فقال: سکوتهم عنک بعد علمهم اقرار منهم اثبت علی نکاحک الأوّل(۲)

استدلال به این روایت در کلمات فقهاء آمده است.

۱۳) صحیحهٔ حسن بن زیاد طائی:

احمد بن محمد بن عیسی عن محمد بن عیسی عن ابان عن الحسین بن زیاد الطائی: قال:

قلت لأبی عبد الله علیه السلام ان کنت رجلاً مملوکاً فتزوّجت بغیر اذن موالیّ ثم أعتقنی الله فأجدّد النکاح فقال: أ عَلِموا أنک تزوّجت قلت: نعم قد علموا فسکتوا و لم یقولوا لی شیئاً فقال: ذلک اقرار منهم أنت علی نکاحک(۳)

این روایت ظاهراً همان روایت سابق است و رجل در آن روایت حسن بن زیاد طائی است که در این روایت خودش راوی است.

چند روایت دیگر نیز در مسئله هست که در جلسهٔ بعد ان شاء اللّه تعالی نقل می کنیم.

«* و السلام *»

۱- (۱) - جامع الاحادیث ۱۴۷/۲۶ باب ۲۱ از ابواب سابق ح ۱ - وسائل الشیعه ۱۱۶/۲۱ باب ۲۵ از ابواب سابق ح ۱

۲- (۲) - جامع الاحادیث ۱۴۷/۲۶ باب ۲۲ از ابواب نکاح العبید ح ۱ - وسائل الشیعه ۱۱۷/۲۱ باب ۲۶ از ابواب نکاح العبید و الإماء ح ۱

۳- (۳) - جامع الاحادیث ۱۴۸/۲۶ باب ۲۲ از ابواب نکاح العبید ح ۲ - وسائل الشیعه ۱۱۸/۲۱ باب ۲۶ از ابواب نکاح العبید و الإماء ح ۳

۱۳۸۱/۹/۲۷ چهارشنبه درس شمارهٔ (۴۷۷) کتاب النکاح/ سال پنجم

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

خلاصهٔ درس این جلسه:

در این جلسه به چگونگی جمع بین روایات دالّ بر صحت عقد فضولی و روایات دالّ بر بطلان عقد فضولی پرداخته و توضیحاتی دربارهٔ عبارت «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» داده خواهد شد و در خاتمه نظر نهایی استاد مد ظله در عقد فضولی را بیان خواهیم نمود.

***

الف) تذکر نکته ای در مورد جمع بین روایات مختلف نکاح فضولی

اشاره

(۱)

تخصیص روایات صحّت

همانطوری که در جلسات قبل ملاحظه شد روایات زیادی دال بر صحت نکاح فضولی وجود دارد و در قبال آنها روایاتی نیز دال بر بطلان داریم، اگر ما دلالت روایات دالهٔ بر بطلان را ذاتاً تمام بدانیم این طور نیست که تمامی روایات داله بر صحت با تمامی آنها تعارض نمایند. زیرا یکی از شرایط تعارض بین دو روایت اتحاد موضوع آنها است و حال آنکه روایاتی که از آنها بطلان نکاح فضولی استفاده می شود بر دو قسم است بعضی از آنها دربارهٔ موضوع خاصی می باشند که در مقابل

۱- (۱) - روایات دیگری نیز بر صحت عقد فضولی وجود دارد مانند: روایت منصور بن حازم عن أبی عبد الله علیه السلام قال: سألته عن رجل تزوج ذمیه علی مسلمه و لم یستأمرها. قال: یفرق بینهما قلت: فعلیه أَدب؟ قال: نعم، اثنا عشر سوطاً و نصف - ثمن حدّ الزانی - و هو صاغر. قلت: فان رضیت المرأه الحره المسلمه بفعله بعد ما کان فعل؟ قال: لا یضرب و لا یفرق بینهما، یبقیان علی النکاح الاول. جامع الاحادیث ۶۶۸/۲۵ - باب ۵ از ابواب مناکحه الکفار حدیث چهارم.

آنها در همان موضوع روایتی که دال بر صحت باشد نداریم مثلاً روایاتی که نکاح برادرزاده و خواهرزاده را بدون اذن عمه و خاله باطل می داند و یا روایاتی که عقد أمه بر حرّه را بدون اذن حرّه باطل می داند و ظاهر آن اذن مقارن تزویج است و معارضی در مقابلشان که حکم به صحت کند وجود ندارد و با توجه به اینکه در مسئله چنان اجماعی مبنی بر عدم قول به فصل وجود ندارد و فقهاء بسیاری تفصیلهای مختلفی قایل شده اند چنانچه تنها مرحوم ابن حمزه ۹ صورت را از بطلان نکاح فضولی استثناء کرده است و با توجه به این که الغاء خصوصیت عرفی از مورد آنها نیز صحیح نیست و عرف احتمال خصوصیتی در آن موارد خاصه می دهد.

بنابراین می توان به این روایت عمل کرد و عقد فضولی را در خصوص مورد آنها باطل دانست چنانچه مرحوم شیخ طوسی در مبسوط ادعای اجماع بر بطلان عقد أمه بر حرّه نموده و یا مرحوم ابن ادریس نیز بطلان را در این فرض جزء قطعیات می داند.

بله در مواردی، روایات طرفین در موضوع واحد با یکدیگر تعارض می کنند در این موارد ما جمعاً بین الادله قائل به صحت نکاح فضولی با اجازهٔ بعدی می شویم.

ب) تقریبی دیگر برای تعارض روایات:

در اینجا تنها مطلبی که باقی می ماند این است که کسی بگوید از تعبیر امام علیه السلام در بعضی از روایات که برای صحت نکاح فضولی می فرمایند «إنه لم یعص اللّه و انما عصی سیده» چون به عنوان تعلیل ذکر شده است می توان یک عمومیتی استفاده کرد و با توجه به این نکته این روایت با تمامی مواردی که در آنها حکم به بطلان نکاح فضولی شده است معارض خواهد بود زیرا از این تعلیل استفاده می شود که در هرکجا نهی شارع از انجام عقد و حکم او به بطلان به خاطر رعایت حقوق اشخاص دیگر باشد اگر آنها پس از انجام عقد اجازه داده و راضی شوند آن عقد محکوم به صحت خواهد شد و مثل این است که عقد از ابتداء مقرون به اذن بوده است.

ص:۴۴۵۱

بنـابراین، این تعلیـل حتی بـا روایات خاصه مثل بطلان عقـد امه بر حره یا بطلان عقـد برادرزاده و خواهرزاده بر عمه و خاله نیز معارض است.

ج) تمسک به عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» برای تصحیح عقد فضولی

مطلبی را قبلاً به طور اجمال در مورد تمسک به «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «المؤمنون عنـد شـروطهم» و «اوفوا بالعهد» و... در محل بحث گفته بودیم که اینـک آن را بـا توضـیح بیشتری بیـان می کنیم و آن مطلب این است که: همـانطوری که مکرر گفته ایم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و مانند آن مشرِّع نیست یعنی این طور نیست که معنای آن این باشد که هر آنچه را بر آن توافق کرده و قرار گذاشتید لازم الوفاء است، هر چند قطع نظر از پیمان شما مشروع نباشد بلکه معنای «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» الزام ما هو المشروع است همانطور که بنـاء عقلاـء و ارتکـازات عرفی در قوانین عقلاـء همین طور است. یعنی هر امری که مشـروعیت آن قبل از عقـد و قرارداد ثابت شده باشد در مورد این چنین اموری «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» همچنین بناء عقلاء می گوید اگر آنها مورد قرارداد و عقد قرار گیرند لازم الوفـاء می باشـند. و امـوری که قطع نظر از قرارداد حرام است ماننـد دزدی و زنـا، و همچنین اموری که قطع نظر از عقـد بـاطل است ماننـد بیع مال موقوفه یا بیع مال غصبی یا بیع عبد بدون اذن مولا، با أَوْفُوا بِالْعُقُودِ تصـحیح نمی شود و لذا در مواردی که شک در صـحت و فساد عقدی داریم مثلاً نمی دانیم ربای بین فرزند و مادرش صحیح است یا خیر یا شک در حلیت و حرمت کاری داریم مثلاً نمی دانیم سـیگار کشـیدن حلال است یا حرام، نمی توان به «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» تمسک نمود اما از ناحیـهٔ دیگری می توان به «أَوْفُوا بِـالْعُقُودِ» تمسـک جُست و آن مواردی است که شـک ما در اسـباب شـرعی عقـد باشـد مثلاً ما از خارج می دانیم که فلان معامله مشـروع است و لیکن نمی دانیم که آیا از نظر شـرعی صیغهٔ آن حتماً می بایست عربی باشد یا اینکه مانند عقد عرفی فارسـی و ترکی و... نیز اشـکالی ندارد، در اینجا می توانیم با تمسک به اطلاق «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بگوییم هر عقدی که در محیط صدور آیات و روایات عقد

صحیح محسوب می شود کافی است و عربی بودن معتبر نیست و با هر لفظی می توان صیغه را جاری کرد و وجهی برای انصراف «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» از این موارد در کار نیست. در ما نحن فیه نیز که فرض بر این است که متعلّق عقد امری است مشروع و از این جهت مشکلی وجود ندارد، «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» می گوید هر کس عقدی را که مربوط به خود او است(۱) باید وفاء نماید، حال انتساب عقد به او بالمباشره باشد یا بالتوکیل، بالاذن یا بالاجازه، از این جهت اطلاق دارد و جهتی برای انصراف به عقد بالمباشره وجود ندارد لذا می توان به آن تمسک کرد و به عبارت دیگر در ما نحن فیه شک ما در صحت عقد فضولی به این برگشت می کند که آیا انتساب عقد به اشخاص حتماً می بایست بالمباشره باشد یا اینکه اگر انتساب بالاجازه نیز باشد کفایت می کند؟ اطلاق أَوْفُوا بِالْعُقُودِ می گوید مباشرت خصوصیتی ندارد و با اجازه نیز عقد صحیح و لازم الوفاء است. و این بحث اختصاص به عقد که طرفینی است ندارد بلکه در عهود هم که شامل تعهد یک طرفه هم می شود جاری است و با این بیان صحت تمسّک به أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (بنابراین که مراد عهود و احکام الهی نباشد) و المؤمنون عند شروطهم نیز روشن می گردد.

د) استثنایی در مورد صحت نکاح فضولی

بر اساس صحیحه معاویه بن وهب یک فرض از فروض نکاح فضولی محکوم به بطلان است و با اجازهٔ لاحقه نیز تصحیح نمی شود در این صحیحه شخصی از امام صادق علیه السلام می پرسد: من مملوک عده ای بودم و بدون اجازهٔ موالی خود با زنی ازدواج کردم. بعد از آن، آنها مرا آزاد کردند آیا بعد از آزادی می بایست عقد نکاح را تجدید کنم؟ امام علیه السلام از او استفصال کرده و می فرمایند آیا موالی تو وقتی که ازدواج

۱- (۱) - در مورد اینکه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» تنها شامل عقود مربوط به خود اشخاص می شود یا اینکه شامل وفاء به عقود دیگران نیز می شود استاد مد ظله در جلسهٔ مورخ ۸۱/۱۰/۲ بحث نموده اند و در نهایت این چنین نتیجه گرفته اند که أَوْفُوا بِالْعُقُودِ اختصاصی به عقود مربوط به خود اشخاص ندارد.

کردی، از آن ازدواج اطلاع داشتند؟ وی در جواب عرض می کند بلی آنها می دانستند و سکوت کردند. امام علیه السلام نیز در جواب می فرمایند سکوت آنها بعد از علمشان اقرار و اذن اجازه به نکاح تو است و لذا لازم نیست دوباره تجدید عقد نمایی(۱).

از استفصال امام علیه السلام معلوم می شود اگر موالی اطلاعی از عقد نداشتند به مجرد اینکه شخص پس از آزادی مالک امر خود شده و راضی به عقد خود است کفایت نمی کند و عقد او باطل است و باید تجدید ازدواج کند این مسئله قدری شبیه به مسئله معروف «من باع شیئا ثم ملکه» است با این تفاوت که در اینجا مملوک عقد را برای خودش انجام داده آنگاه واجد شرایط اجازه می شود.

در مقابل این روایت، روایت دیگری وجود دارد که از آن استفاده می شود که نکاح مملوک پس از آزادی صحیح است. «دعائم الاسلام عن أبی جعفر علیه السلام انه سئل عن المکاتب یشترط علیه ان لا یتزوج الّا باذن الذی کاتبه حتی یؤدی مکاتبه قال: یلزمه ذلک اذا اشتراط علیه فان نکح فنکاحه فاسد مردود الّا ان یعتق فیمضی علی نکاحه»(۲)

و لیکن این روایت ضعیف السند است و نمی تواند با صحیحه معاویه بن وهب معارضه نماید.

حاصل این شد که اصل اولی در باب فضولی صحت است الّا مورد روایت معاویه بن وهب و در سایر موارد و لو اینکه روایات خاصه ای نیز بر صحت نداشته باشیم با تمسک به عمومات حکم به صحت فضولی می کنیم.

«* و السلام *»

ص:۴۴۵۴

۱- (۱) - الوسائل باب ۲۶ من ابواب نکاح العبید و الإماء حدیث ۱

۲- (۲) - جامع الاحادیث ج ۲۶ ص ۱۴۴ باب ۱۹ از ابواب نکاح العبید و الإماء ح ۵

۱۳۸۱/۱۰/۱ یکشنبه درس شماره (۴۷۸) کتاب النکاح/سال پنجم

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

خلاصه این درس:

در این جلسه با مرور اجمالی بر مسئله ۱۸ عروه و بیان مسامحاتی در تعبیر مرحوم سید بحث عدم اعتبار فوریت در اجازه، و نفوذ اجازه بعد از ردّ، را بررسی نموده، سپس مسئله ۱۹ که معتبر نبودن لفظ خاصی در اجازه است را بیان کرده و در نهایت مسئله ۲۰ را مطرح و با توضیح مختصر، بررسی آن را به جلسه بعد موکول می کنیم.

***

متن عروه:

الاقوی صحه النکاح الواقع فضولاً مع الاجازه سواء کان فضولیاً من أحد الطرفین او کلیهما، کان المعقود له صغیراً او کبیراً، حرّاً او عبداً. و المراد بالفضولی هو العقد هو العقد الصادر من غیر الولی و الوکیل، سواء کان قریباً کالاخ و العم و الخال و غیرهم او اجنبیاً. و کذا الصادر من العبد او الامه لنفسه بغیر اذن الولی. و منه العقد الصادر من الولی او الوکیل علی غیر الوجه المأذون فیه من الله او من الموکل کما اذا اوقع الولی العقد علی خلاف المصلحه او تعدی الوکیل عمّا عیّنه الموکل. و لا یعتبر فی الإجازه الفوریه سواء کان التأخیر من جهه الجهل بوقوع العقد او مع العلم به و اراده التروی، او عدمها ایضاً. نعم لا تصح الاجازه بعد الرد، کما لا یجوز الرد بعد الاجازه فمعها یلزم العقد.

الف) بیان بعضی نکات در عبارت عروه:

اشاره

درباره صحت نکاح فضولی و ادلّه و اقوال آن در جلسات گذشته صحبت کردیم و اکنون به بیان نکاتی چند از عبارت مرحوم سید می پردازیم:

۱) معنای فضولی:

ص:۴۴۵۵

مرحوم سید فرمودند: المراد بالفضولی هو العقد. ایشان فضولی را وصف عقد دانسته و به عقد تفسیر کرده اند. ولی در اصطلاح سابقین (قدماء) فضولی به شخص (عاقد) گفته می شد یعنی عاقدی که در حین عقد سلطه بر عقد ندارد و کار او فضولی و تجاوز از حد است. مرحوم شیخ انصاری نیز اطلاق فضولی به عقد را تعبیری همراه با مسامحه می دانند.

مرحوم سید در معنای فضولی می نویسد: هو العقد الصادر من غیر الولی و الکویل...

فضولی عقدی است که از غیر ولی و وکیل صادر شده باشد. اما این تعبیر خالی از قصور نیست و باید قیودی به آن اضافه گردد. چون لازمه این تعریف این است که اگر شخص بالغ و عاقل و رشید، عقدی برای خودش انجام داد فضولی باشد، چون نه از ولیّ صادر شده و نه از وکیل، و خود شخص ولیّ خودش نیست زیرا عرفاً انسان جدای از اوست و ولایت شخص نسبت به خودش گفته نمی شود. پس باید برای بیان عقد فضولی این قید اضافه شود: عقدی که برای غیر معقود له صادر شده از غیر ولیّ و وکیل باشد.

مرحوم سید می نویسد: سواءٌ کان قریباً کالاخ و العم و الخال...

چون عرف نوعاً برای این موارد ولایت قائل است ایشان تصریح به ذکر فرموده اند که عقد آنها فضولی است و ولایت آنها شرعی نیست.

ایشان موارد دیگری را به فضولی ملحق کرده می نویسد: و کذا الصادر من العبد او الامه لنفسه بغیر اذن الولیّ:

هر چند ایشان مواردی را ضمیمه کرده اند لکن باز تعریف ایشان جامع نیست چون همه موارد فضولی را شامل نمی شود که برای نمونه چند مورد را می آوریم:

اگر شخصی برادرزاده عیالش را برای خود عقد کند، این عقد از این جهت که صادر از وکیل و ولیّ نیست فضولی نمی باشد ولی از این جهت که اذن زوجه اش معتبر است - با اینکه زوجه ولایت بر او ندارد - فضولی می باشد.

یا اگر عبدی با اذن ولیّ، خواهرزاده یا برادرزاده زنش را عقد کرد، این عقد نیز

فضولی است چون احتیاج به اجازه زوجه اش دارد با اینکه او با اذن ولی اقدام کرده است. یا اگر مولا امهٔ خود را به عقد کسی درآورد که قبلاً عمّه یا خاله آن امه، زوجه آن شخص بوده اند این عقد هم فضولی است.

بنابراین می توان ضابط فضولی را این طور بیان کرد: فضولی عقد کسی است که در صحّت آن اذن یا اجازه دیگری معتبر باشد.

۲ – موارد دیگر عقد فضولی:

در عروه آمده است: و منه العقد الصادر من الولیّ او الوکیل علی غیر الوجه المأذون فیه...

از موارد دیگر فضولی وقتی است که شخص وکیل یا ولیّ از جانب موکل یا از سوی شارع مأذون به این عقد نباشد و از آنچه موکل تعیین کرده تعدی کنند، یا ولیّ بر خلاف مصلحت مولّی عنه عقدی را واقع کند.

کلمهٔ خلاف در عبارت عروه «خلاف المصلحه» به معنای ضدّ و مفسده است نه نقیض که عدم المصلحه باشد، پس اگر عقدی مفسده داشته باشد فضولی است.

۳) عدم اعتبار فوریت در اجازه

در عروه آمده است: و لا یعتبر فی الاجازه الفوریه...

مسئله دو فرض دارد: فرض بسیار روشن آن در صورتی است که کسی که اذن او معتبر است – مثل عمه یا خاله یا مولا... – اصلاً نمی دانست عقدی واقع شده و بعد که فهمید اجازه داد.

فرض دیگر اینکه او از وقوع عقد اطلاع داشت ولی به جهت فکر کردن و تصمیم گرفتن یا برای تأدیب عاقد فضولی و امثال اینها اجازه را تأخیر انداخته و در نهایت امضاء کرده است در تمام فروض اجازه مفید است. چون از قواعد عامه و نصوص متعدّد استفاده می شود که تأخیر اجازه عقد را از اعتبار نمی اندازد:

زیرا به حسب قواعد، علّت صحّت عقد فضولی را این دانستیم که عقدی که انجام می گیرد و لو از جانب اجنبی باشد مادامی که فسخ نشده عقلاء آن را شیءِ تحقق

یافته و موجود می دانند و به محض الحاق اجازهٔ اصیل آن را به اصیل منسوب می کنند و پر واضح است که همین اعتبار عقلائی در اجازه ای که با تأخیر به عقد فضولی ملحق گردد نیز موجود می باشد.

و اگر دلیل صحّت عقد فضولی را نصوص خاصه هم بدانیم در روایات مواردی را می بینیم که بین عقد و اجازه فاصلهٔ زیادی واقع شده، و با این حال اجازه مؤثر بودهاست، مثل صحیحه محمد بن قیس که قبلاً خواندیم:

پسر شخصی کنیز پدر را بدون اطلاع و در غیاب او می فروشد و خریدار از او صاحب اولاد می شود و بعد از مدتها که پدر می آید معامله را نمی پذیرد و بعد از مشاجره که طبیعتاً فاصله زیادی نیز شده است اجازه می دهد و این اجازه را مفید قرار داده اند.

همچنین صحیحه أبو عبیده حذّاء که بحث آن گذشت: شخص که ولایت عرفی داشت - نه شرعی - بین دو صغیر عقدی منعقد کرد و از موقع عقد تا وقتی که اینها بالغ شدند و صلاحیت اجازه پیدا کردند و اجازه دادند فاصله زیادی شد با این حال حضرت علیه السلام عقد را تنفیذ کردند.

همین طور از اطلاق این روایات که فرموده اند: وقتی صغیر بالغ شد اگر عقد را امضاء کرد، نکاح صحیح است که مقیّد به فرویت اجازه نشده، عدم اعتبار فوریت استفاده می شود.

۴) اجازه بعد از ردّ

مرحوم سید مانند بسیاری دیگر از فقها اجازه پس از ردّ را صحیح و مفید نمی دانند و لکن دلیل قابل ملاحظه ای برای مسئله ذکر نکرده اند. غالباً ادعای اجماع کرده اند. ولی چون این فرع از فروعی نیست که در کتب قدماء مطرح باشد و اشتهار آن در کلمات متأخرین است، چنین اجماعی نمی تواند مدرک باشد. مرحوم آقای خویی نیز می فرمایند: قبل از شهید اول ما برخورد نکردیم کسی چنین مطلبی داشته باشد.

مسئله رد کردن عقد به دوگونه متصوّر است:

۱ - شخص عملاً با عقد مخالف است و شرایط آن را قبول ندارد لکن بعد، با او صحبت می کنند یا از او خواهش می کنند و او می پذیرد، واضح است که در اینگونه موارد که انشاء ابطال نکرده، عرف و عقلاء مخالفت قبلی او را موجب ابطال و از بین رفتن صحّت تأهلی آن عقد ندانسته و بلا اشکال با توافق بعدی عقد به او منتسب می شود و صحیح است. و معمولاً به این صورت است که انشاء ابطال نمی کنند فقط به عقد واقع شده رضایت نمی دهند و ایراد می گیرند که این چه کاری بود که کردید، و اینها مانع نمی باشد.

۲ - در وقت اجازه بگوید: من انشاء عقد را ابطال و قرار شما را باطل کردم، ولی بعد موافقت می کند. در این مورد ممکن است کسی تأمل داشته باشد.

و لکن در اینجا نیز دلیل نداریم که با انشاء ابطال، عقد از صحّت تأهّلیه بیفتد که دیگر قابل صحّت فعلی نباشد. شاهد صحّت در قسم اول صحیحه محمد بن قیس است که کار به منازعه و محکمه قضائی کشیده شد و معنایش عدم موافقت و رضایت پدر به عقد بوده است، و او بعد از مقدماتی راضی شد با این حال امام علیه السلام حکم به کفایت آن کرده اند. و در قسم دوم هم گفتیم دلیلی بر مطلب وجود ندارد.

بله اصیل (طرف دیگر عقد) باید به عقد و لو استصحاباً ملتزم باشد و اگر بعد از ردّ منصرف شد و گفت: من عقد را کالعدم و قرار را کلاـ قرار قرار دادم البته آن عقد فایده ای ندارد و با اجازه، قابل تصحیح نیست، همانطور که آقای خویی فرموده و خلافاً للشیخ که البته در اینجا نمی خواهیم همه فروعات بحث فضولی را مطرح کنیم.

و این نکته را باید توجه داشت که با قبول بعد از ردّ، معامله جدید (معاطاتی) صورت نگرفته که عقد مستأنف باشد بلکه علی التحقیق تنفیذ همان عقد سابق است و قول صحیح هم کاشفیت است که آن را در جلسات آینده بحث می کنیم.

۵) ردّ بعد از اجازه

مرحوم سید می نویسد: کما لا یجوز الرّد بعد الاجازه فمعها یلزم العقد

رد نمودن عقد بعد از اجازه دادن فایده ای ندارد چون با اجازه عقد لازم شده

ص:۴۴۵۹

است، همانطور که در معامله لازم عاقد حقّ ردّ ندارد، مگر در موارد خیاری که موارد خاصی است خارج از فرض مسئله است.

ب) عدم اعتبار لفظ خاص در اجازه

متن عروه:

لا یشترط فی الاجازه لفظ خاص بل تقع بکلّ ما دلّ علی إنشاء الرضا بذلک العقد، بل تقع بالفعل الدال علیه.

در اجازه لفظ خاصی معتبر نیست بلکه هر لفظ یا فعلی که دلالت بر انشاء رضایت کند کافی است و لکن در هر حال باید انشاء رضایت وجود داشته باشد و مجرّد رضایت باطنی که در ظاهر انشاء نشده و یا چیزی بر آن دالّ نباشد کفایت نمی کند حتی اگر یقین به رضایت او باشد.

در بحثی که سابقاً دربارهٔ «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» داشتیم مراجعه کردیم به نظر شیخ دیدیم ایشان می فرماید: وجوب وفا و ترتیب اثر منحصر به عقد خود شخص نیست بلکه عقد دیگران را هم می گیرد، و هر کسی نسبت به همه عقود و لو عقود دیگران باید ترتیب اثر صحت بدهد و لکن بعد از تحصیل قیودی که شرعاً و معتبر است مثل اذن من له الاذن. بلکه مرحوم شیخ معتقدند رضایت کافی است و همین که مجیز رضایت به عقد داشته باشد - حتی اگر طرف مقابل هم نفهمد - خودش باید معامله صحت کند و علم به رضایت او از جانب طرف دیگر هم معتبر نیست. ولی ما عرض کردیم: در اضافه عقد به شخص، عقلا انشاء را معتبر می دانند هر چند فعلی دالّ بر آن باشد و علم به رضایت را کافی ندانسته و عقد را فضولی می دانند همان طور که رضایت هم به تنهایی کافی نیست.

ج) شرطیت علم مُجیز به اینکه اختیار دارد به عقد ملتزم نشود یا ردّ کند:

متن عروه:

یشترط فی المجیز علمه بأنّ له أن لا یلتزم بذلک العقد فلو اعتقد لزوم العقد علیه فرضی به لم یکلف فی الاجازه. نعم لو اعتقد لزوم الاجازه علیه بعد العلم بعدم لزوم العقد، فأجاز فان کان علی وجه التقیید لم یکلف و إن کان علی وجه الداعی یکون کافیاً.

ص:۴۴۶۰

می فرماینـد: بایـد مجیز بدانـد که اختیار این عقـد با اوست و اگر اجازه ندهد عقد منعقد نمی شود. پس اگر معتقد بود که این عقد شـرعاً لازم است و اجازهٔ او دخالت ندارد و شـرع این زن را زوجه، و آن مرد را شوهر قرار داده، و چون لزوم شرعی دارد می پـذیرد و خارجاً اجازه می دهـد، چنین اجازه ای مؤثر نیست و باید مجیز معتقد باشد که با اجازه او این عقد فعلیت پیدا می کند.

مرحوم سید در فرض دیگر می نویسد:

اما اگر معتقـد باشد اجازه او مؤثر است و عقد با آن فعلیت پیدا می کند ولی شـرعاً وظیفه دارد و بر او واجب است چنین اجازه ای را بدهد. در اینجا دو صورت دارد:

اول: اگر اجازهٔ او به نحو تقییـد باشد یعنی وجوب تکلیفی آن منشأ برای چنین اجازه ای شده و اگر معتقد به وجوب نبود اجازه نمی داد و بعلاوه، این نکته را در انشاء اخذ کرده است در این صورت اجازه صحیح نیست.

دوم: ولی اگر اعتقاد به وجوب برای او تنها ایجاد داعی کرده باشـد. یعنی چون به وجوب معتقـد شده اجازه داده است، در این صورت صـحیح است. همانطور که در معاملات اگر شخصـی به خیال اینکه معامله ای ضـرری نیست و نفع دارد معامله کنـد و بعـد معلوم شود ضـرری بوده یا سود نـدارد، در اینجا چون تخلّف داعی است معامله صـحیح است زیرا در انشاء عقد بیع نیامده که معامله می کنم به شـرط اینکه ضـرر نکنم یا سود ببرم. ولی اگر در خود انشاء درج کند به نحوی که وحدت مطلوب باشـد صحت معامله مشـکل است. در این بحث نیز در انشاء اجازه بگوید: عقدی را اجازه می دهم که ملزم هسـتم این کار را بکنم و اگر ملزم نبود اجازه نمی دادم، این صحیح نیست.

ولی اگر در انشـاء آن را مقیـد نکرد بلکـه اعتقـاد او منشـأ اجـازه شـد لکن علی الاطلاـق امضـاء کرد این تخلّـف داعی است و اشکال ندارد. بررسی این مسئله را ان شاء اللّه در جلسه آینده دنبال می کنیم.

«و السلام»

ص:۴۴۶۱

۱۳۸۱/۱۰/۲ دوشنبه درس شمارهٔ «۴۷۹» کتاب النکاح / سال پنجم

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

خلاصهٔ درس این جلسه:

در این جلسه ابتدا پیرامون توقف صحت اجازه به علم مجیز به اینکه می تواند عقد را امضا نکند سخن گفته، ضمن رفع قصوری که در عبارت عروه است خود قائل به تفصیل می شویم و اجازه ای که مجیز از دخالت آن در صحت عقد وضعاً یا عدم وجوب آن بر خود تکیفاً بی خبر است را در صورتی کافی نمی دانیم که آن را به اعتقاد نادرست خود مقید کرده و علی الاطلاق امضا نکرده باشد. سپس به مسئلهٔ کاشف و ناقل بودن اجازه می پردازیم و با بیان سه نظریه در کشف، چهار تصویر برای کشف حقیقی ذکر می کنیم.

***

الف: اشتراط علم مجیز به توقف عقد بر اجازهٔ او در صحت آن

اشاره

متن عروه مسئله ۲۰ - یشترط فی المجیز علمه بان له ان لا یلتزم بذلک العقد فلو اعتقد لزوم العقد علیه فرضی به لم یکف فی الاجازه نعم لو اعتقد لزوم الاجازه علیه بعد العلم بعدم لزوم العقد فاجاز فان کان علی وجه التقیید لم یکف و ان کان علی وجه الداعی یکون کافیاً.

۱. توضیح عبارت عروه:

صاحب عروه می فرمایند: در صحت عقد فضولی شرط است که آن کسی که

اجازه می دهد علم داشته باشد که بدون اجازهٔ او عقد صحیح نیست و او اختیار دارد عقد را امضاء نکند بنابراین اگر به اعتقاد اینکه لازم است به آن عقد پای بند باشد به آن راضی شد اجازهٔ او مفید نیست و عقد را تصحیح نمی کند. بلی اگر می دانست که عقد بر او لازم نیست ولی اعتقاد داشت اجازه دادن بر او تکلیفاً واجب، است در این صورت نیز اگر اجازه اش مقید به این اعتقاد (وجوب اجازه دادن) بود باز کافی نیست، اما اگر این اعتقاد نادرست تنها برای او ایجاد داعی کرد و او عقد را مطلقاً (خواه اجازه بر او واجب باشد یا نه) اجازه داد در این صورت عقد صحیح و لازم می شود.

۲. بیان قصور عبارت توسط استاد مد ظله

اشاره

تعبیری که مرحوم سید برای بیان شرط مذکور بکار برده شامل دو فرع دیگر می شود و مقتضی بطلان آنها می باشد. در حالی که قاعدتاً خود صاحب عروه هم به بطلان آن ملتزم نیست.

فرع اول: اگر کسی در مورد قراری که واقعاً متوقف بر اجازهٔ او بوده ولی او نمی دانست،

از نظر شرعی آیا متوقف بر اجازه و قبول او نیز هست یا نه، رضایت دهد، مثلاً نمی دانست این قرار از عقود است که بر قبول او توقف دارد یا از ایقاعات، ولی در عین حال با آن موافق بود و رضایتش را اظهار کرد. مقتضای کلام سید رحمه الله که می گوید: شرط صحت اجازه، علم مجیز است به اینکه عقد بدون اجازهٔ او صحیح نیست و او اختیار دارد که اجازه ندهد این است که در این مسئله اجازهٔ او مفید نباشد در حالی که اگر کسی حکم این مسئله را نمی دانست ولی احتمال می داد اجازهٔ او در صحت عقد دخالت داشته باشد و حقیقتاً اجازه داد آن عقد صحیح و لازم می شود و قاعدتاً خود مرحوم سید نیز این را می پذیرند.

البته در ذیل مسئله که می گوید: «فلو اعتقد لزوم العقد علیه فرضی به لم یکف فی

الاجاره» تعبیر بهتری است که این فرع آن را نقض نمی کند. پس تعبیر بهتر این است که بگوییم اعتقاد به عدم دخالت اجازه، مضرّ است نه اینکه علم به دخالت شرط صحت باشد.

فرع دوم: کسی که به اشتباه اعتقاد پیدا کرد که اجازهٔ او در صحت عقد هیچ نقشی ندارد ولی در عین حال خود به آن عقد مایل است و اجازه می دهد

در اینجا نیز با اینکه او علم به دخالت اجازه اش ندارد ولی چون رضایتش مستند بر اعتقاد نادرستش نیست و او عقد را علی الاطلاق خواهان است عقدش صحیح است. در حالی که مقتضای صدر کلام سید رحمه الله بطلان آن است. مثلاً اگر ثیبه ای را پدرش بدون اذن او عقد کند و او با حکم شرعی آشنا نبوده اعتقاد به لزوم آن عقد داشته باشد ولی در عین حال به آن عقد مایل باشد و موافقت خود را اظهار بدارد در اینجا نیز شکی نیست که اگر اعتقاد به عدم دخالت اجازه داشت ولی در عین حال خودش هم موافق بود و اجازه داد عقد صحیح می شود.

پس تعبیر صحیح و کامل به این گونه است که بگوییم شرط صحت اجازه این است که مجیز اعتقاد به عدم دخالت اجازه داشته باشد و اگر اعتقاد به عدم دخالت اجازه داشت بدون اینکه اجازه اش را مستند به این اعتقاد کند عقد را علی الاطلاق امضا کند. یا به طور خلاصه تر، بگوییم: مجیزی که اعتقاد به عدم دخالت دارد اجازه اش را مستند به اعتقاد خود نکند. خلاصهٔ آنچه گفته شد می توان به شکل ذیل ترسیم نمودار:

مقتضای صدر عبارت عروه مقتضای بیان استاد ۱ مجیز اعتقاد به عدم دخالت دارد و علی الاطلاق اجازه می دهد باطل صحیح ۲ مجیز اعتقاد به عدم دخالت دارد و اجازه را مقید به اعتقادش می کند باطل باطل ۳ مجیز می داند اجازه اش دخیل است و علی الاطلاق اجازه می دهد صحیح صحیح ۴ مجیز می داند اجازه اش دخیل است و مقیداً به آن علم اجازه می دهد صحیح صحیح ۵ مجیز نمی داند اجازه اش دخیل است و در عین حال علی الاطلاق اجازه می دهد باطل صحیح

لازمهٔ صدر عبارت سید این است که صورت اول و پنجم باطل باشد در حالی که باید آن را صحیح شمرد.

۳. مناقشهٔ استاد مد ظله بر کلام صاحب عروه

صاحب عروه تفاوت قائل شده میان حکم وضعی اجازه و تکلیفی آن.

از نظر حکم وضعی برای صحت عقد فضولی، علم به عدم دخالت اجازه را مانع می داند ولی از نظر حکم تکلیفی تفصیل قائل شده و می گوید اگر اجازه اش را مقید کرده باشد به اعتقاد به وجوب اجازهٔ عقد بر او و بگوید چون اجازه دادن بر من واجب است با این عقد موافق هستم مفید نیست اما اگر وجوب اجازه تنها داعی بر رضایت او شود و او علی الاطلاق (وجبت علیه الاجازه ام لا) رضایت دهد آنا اجازه صحیح است.

ولی به نظر ما، فرقی میان دو صورت نیست. در صورت اول نیز اگر اجازه اش را مقید به اعتقاد به عدم دخالت نکند و این اعتقاد تنها داعی برای اجازهٔ او شده باشد همان گونه که در مثال اول نمودار آوردیم عقدش صحیح است. پس اینکه سید رحمه الله در صورتی که اعتقاد داشت عقد بر او لازم است و اجازه اش دخیل نیست اما راضی شد، علی الاطلاق می فرماید کافی نیست صحیح نمی باشد و باید آن را مقید کنیم به جایی که رضایتش مستند به آن اعتقاد نادرست باشد نه اینکه اعتقادش جنبهٔ داعی داشته باشد و در مقام انشاء علی الاطلاق رضایت دهد.

۴. بیان وجه مختار استاد مد ظله

بطور کلی در اینکه آیا علم به حکم می تواند در خود آن حکم تأثیر داشته باشد یا نه؟ مثلاً در ما نحن فیه آیا علم به صحت اجازه در صحت اجازه دخیل است یا نه؟ برخی اشکال عقلی کرده و گفته اند مستلزم دور محال است لکن این مطلب مورد بحث واقع شده و طبق نظر بعضی اشکال عقلی آن حل شده است و لذا از این جهت به مختار سید رحمه الله اشکالی وارد نمی شود ولی عمده این است که اثباتاً دلیلی وجود ندارد که شرط صحت اجازه را علم به تأثیر آن یا عدم علم به بی تأثیر بودن آن

بدانیم. لذا در باب وصیت که برخی آن را از عقود می شمارند اگر کسی خیال می کرد از ایقاعات است و در عین حال آن را قبول نمود و لو در واقع تمامیت عقد منوط به قبول او بوده واو علم به تأثیر قبول خویش نداشته ولی این وصیت تمام و بر او لازم می شود. بلی مقتضای اطلاق صحیحهٔ ابن بزیع (۱)(که در مورد زنی که در حال سکر خود را به تزویج مردی در آوُرد و پس از افاقه و اظهار ناراحتی به گمان اینکه عقد بر او لازم است به آن تن داد و با او زندگی کرد، حضرت می فرمایند: اینکه او به آن ازدواج تن داد علامت رضایت او است و عقد صحیح و تمام است)، این است که رضایتی که مبتنی بر اعتقاد نادرست است هم مفید می باشد.

ولی با توجه به آنچه گفته شد باید این روایت را حمل بر موردی کرد که رضایتش مقید به اعتقاد او نبوده بلکه صرفاً آن گمان، داعی بر اظهار رضایت او شده است.

نظیر معاملاتی که بسیاری از مردم به خیال اینکه سودمند است انجام می دهند و ما می دانیم اگر از ضرر آن مطلع شوند اقدام به چنین معامله ای نخواهند کرد در عین حال همه بر مبنای تفکیک میان تقیید و داعی و اینکه عاقد عقد را به سود داشتن مقید نکرده، بلکه تنها این گمان داعی بر اقدام او شده است، حکم به صحت این معامله می کنند.

پس باید تفصیل قائل شد بین جایی که اعتقاد لزوم عقد بر مجیز وضعاً یا وجوب اجازه بر او تکلیفاً منشأ اجازهٔ او شده باشد و موردی که رضایت و اجازهٔ خود را مقید به لزوم عقد وضعاً یا وجوب اجازه تکلیفاً کرده باشد که عقد در صورت اول (داعی) صحیح و لازم و در صورت دوم (تقیید) باطل است.

البته ما پیشتر در مورد کسی که مثلاً ـ به منظور سرقت از میزبانی اجازهٔ ورود به منزلش را بگیرد و چون میزبان خبر از نیت او ندارد به او اجازهٔ ورود دهد می گفتیم میزبان اعلام رضایت و اباحهٔ تصرف را از روی اطمینانی که داشته مقید به عدم نیت سوء شخص وارد نکرده و به لفظ هم چیزی نگفته یعنی اعتقاد نادرستش برای او ایجاد داعی کرده و با اینکه تخلف داعی در جاهای دیگر مضر نیست، ولی با این حال در مواردی از این قبیل تصرف و ورود آن شخص را جایز نمی دانیم همچنان که در مورد صحیحهٔ ابی ولّاد فتوای غلط ابو حنیفه داعی بر تحلیل شخص توسط

۱- (۱) - وسائل ابواب عقد النکاح و اولیاء العقد باب ۱۴ ح ۱

قاطرچی شده بود نه اینکه رضایت خود را به صحت فتوای او مقید کرده باشد و حضرت در این مورد (تخلف داعی) نیز حکم به عدم صحت آن تحلیل نمودند.

ولی حقیقت این است که مضر بودن تخلف داعی در این گونه موارد به خاطر وجود بنای عقلا بر بطلان تحلیل و انشاء و اباحهٔ مالک است. زیرا هر موردی که عقلا تصرف کسی را تعدّی در مال دیگران بدانند حتی در مورد تخلف داعی، عقد و انشاء را باطل می دانند لذا در مورد عقد سکری چون او خود (به نحو داعی) تن به رضایت داده و عرفاً تعدی به حقوق دیگران محسوب نمی شود لذا تخلف داعی مبطل اجازهٔ او نمی شود.

ب) آیا اجازه کاشف است یا ناقل

متن عروه مسئله ۲۱ –

الاجازه کاشفه عن صحه العقد من حین وقوعه فیجب ترتیب الآثار من حینه.

یکی از مسائل مهم عقد فضولی که فقها تفصیل آن را بیشتر در کتاب بیع متعرض شده اند این است که آیا اجازهٔ مجیز کاشف است یا ناقل در اینجا ما به اختصار بحث خواهیم کرد. ابتدا این مسئله را از نظر قواعد دنبال می کنیم سپس به مفاد روایات نظر خواهیم افکند.

۱. بیان اقوال در مسئله:

اشاره

در این مسئله چهار قول وجود دارد:

قول اول کشف حقیقی:

بدین معنا که اجازه را حقیقتاً کاشف از صحت عقد از زمان وقوعش بدانیم و از همان موقع آثار صحت بر آن مترتب کنیم لذا اگر کسی بداند اصیل حتماً اجازه خواهد داد از همان اول می تواند آثار صحت بر آن عقد مترتب کند.

قول دوم کشف انقلابی:

مرحوم آقای حکیم که این مسئله را به تفصیل مورد بحث قرار داده اند خود این قول را اختیار می کنند و مراد این است که تا پیش از اجازه عقد را فاسد بدانیم و کسی هم نتواند آثار صحت مترتب کند ولی همین که اصیل اجازه داد همان عقد فاسد به حکم شارع منقلب به عقد صحیح می شود و در

نتیجه باید پس از اجازه آثار صحت را از همان زمان اول وقوع عقد مترتب کنیم.

قول سوم کشف حکمی:

که مختار ما و عده ای دیگر، همین وجه است بدین معنا است که تا پیش از اجازه عقد را نه حقیقتاً صحیح بدانیم و نه بعداً آن را منقلب به صحت کنیم لکن پس از اجازهٔ اصیل تنها آثار صحت را به حکم شارع تنزیلاً بر آن مترتب کنیم هر چند خود عقد را در مقام ثبوت و واقع صحیح نمی دانیم به عبارت دیگر پس از اجازه نیز عقد فاسد است لکن به حکم شارع آن را به منزلهٔ صحیح دانسته و آثار صحت را از اول بر آن مترتب کنیم.

قول چهارم نقل:

یعنی اجازه نه حقیقتاً کاشف از صحت عقد از ابتدا می گردد و نه حکماً و نه موجب می شود که عقد از اول منقلب می گردد بلکه عقد را از همان زمان اجازه تصحیح می کند.

۲. تصویرات مختلف در کشف حقیقی

اشاره

مرحوم آقای حکیم می فرمایند کسانی که قائل به کشف حقیقی هستند تقریبات مختلفی کرده اند که در مجموع چهار تصویر می شود:

تصویر اول: اینکه اجازه را کاشف حقیقی می دانیم

بدین جهت است که عقد به دلیل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ سبب تام برای ملکیت است بنابراین از همان زمان اول عقد صحیحاً واقع شده و اجازه کاشف از آن است و باید آثار صحت مترتب شود. ایشان به محقق کرکی در جامع المقاصد نسبت می دهند که این وجه را اختیار کرده است.

.۳

مناقشهٔ مرحوم آقای حکیم

در مستمسک به این وجه اشکال می کند که این تقریب با ادلهٔ اجازه که قائل به این وجه، به آن معترف است منافات دارد چگونه می توان عقد بدون اجازه را سبب تام دانست و در عین حال آن را به لحوق اجازه مشروط کرد؟!

.۴

نقد ایراد مرحوم آقای حکیم توسط استاد

مد ظله

البته تقریبی که مرحوم آقای حکیم برای محقق ثانی بیان کرده انـد واضح البطلان است ولی آیا می توان گفت فقیهی همچون محقق کرکی به آن ملتزم است؟ به نظر ما

ص:۴۴۶۸

مراد محقق ثانی این است که فقط به حسب انشاء، نفس عقد به دلیل اوفوا بالعقود برای سببیت تامه کافی است لذا اگر به دلیل خاص دیگری شرطی بر آن اضافه شد البته آن را مقید می کند وگرنه باید در عقدی که اصیل تا پایان، اجازه ندهد نیز قائل به صحت آن شویم بدیهی است نسبت دادن چنین سخنی به امثال محقق ثانی بسیار بعید است و مراد ایشان هرگز چنین نیست بلکه مراد این است که عقد فضولی انشاءً به دلیل عمومات، علت تامه برای حصول مضمون است و به واسطهٔ ادلهٔ لزوم لحوق اجازهٔ اصیل آن را مقید به اجازهٔ او خواهیم کرد. بنابراین به نظر ما تصویر اول درحقیقت به یکی از سه تصویر آتی بازگشت می کند.

تصویر دوم: که میرزای رشتی به آن قائل است.

این است که رضایت شرط شده در صحت عقد اعم از فعلی و تقدیری است

زیرا کسی که ملتفت نیست ولی می دانیم اگر متوجه شود رضایت می دهد همین رضایت تقدیری برای صحت عقد کفایت می کند. در عقد فضولی هم وقتی که اصیل اجازه داد کشف از رضایت تقدیری او از همان ابتدای وقوع عقد می کند. بنابراین در این تصویر نیز اگر کسی از همان ابتدا می داند اصیل اجازه خواهد داد می تواند آثار صحت را از همان اول و قبل از تحقق اجازه بر آن عقد مترتب کند.

تصویر سوم: اینکه شرطیت رضایت اعم از تقارن عقد با آن یا تعقب عقد به آن است

و چون تعقب وصفی است که هر عقد فضولی که به آن اجازه ملحق شود از همان ابتدا به آن متصف است و تمام شرایط متحقق بوده لذا عقد از اول صحیح واقع گشته است.

تصویر چهارم:

اینکه صاحب جواهر به آن ملتزم شده، این است که شرط صحت، خود اجازه است

و نه وصف تعقب و نه به نحو اجازهٔ تقدیری لکن به نحو شرط متأخر، که در احکام شرعی التزام به شرط متأخر مانعی ندارد.

توضیح مطلب: درست است که شرایط موضوع همیشه باید با خود موضوع مقارن باشد تا علل مؤثر واقع شوند زیرا بدون تحقق موضوع و شرایط آن هیچ گاه معمول متحقق نمی شود، ولی این مطلب مختص به علل عقلی و فلسفی است نه علل شرعی. در علل شرعی قیود موضوع در واقع معرّف موضوع حکم هستند و

تأخر آن اشکالی ندارد و منظور از شرط که در احکام شرعیه بکار می رود همان قید موضوع است و صرفاً به خاطر تشابه با شرط تکوینی به آن اطلاق شرط می شود.

البته حکم شارع به صحت از امور تکوینی است که برای تاثیر ضوابط خاص خودش همچون حصول شرط و مقتضی را باید دارا باشد ولی در اینجا این نیز حاصل است زیرا علت حکم، وجود علمی موضوع و شرایط آن، و ارادهٔ شارع است و وجود علمی اجازه برای شارعی که پس از تحقق موضوع عقد فضولی می داند مجیز اجازه خواهد داد متحقق است لذا با ارادهٔ خود حکم به صحت آن می کند. پس اشکالی به التزام به شرط متأخر در احکام و اعتبارات شرعیه وارد نمی شود.

در هر حال، این تصویرات از جهت اشکال عقلی به حسب مقام ثبوت مانعی در آنها نیست ولی برای صحت و بطلان آنها نیاز به اثبات دارد که ان شاء اللّه در جلسهٔ آینده این مبحث را پیگیری می کنیم.

«* و السلام *»

ص:۴۴۷۰

۱۳۸۱/۱۰/۳ سه شنبه درس شمارهٔ (۴۸۰) کتاب النکاح/سال پنجم

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

خلاصهٔ درس گذشته و این جلسه:

بحث در مسئلهٔ ۲۱ عروه بود و گذشت که در مسئلهٔ کشف و نقل چهار نظریه است: کشف حقیقی، کشف انقلابی، کشف حکمی و نقل.

برای کشف حقیقی مرحوم آقای حکیم چهار تصویر ذکر کرده اند و گذشت که تصویر اول از این چهار وجه به یکی از وجوه دیگر برمی گردد(۱)

در این جلسه، ادامه بحث جلسه گذشته پی گیری شده و مفاد أَوْفُوا بِالْعُقُودِ تجزیه و تحلیل گردیده و نظر نهایی استاد مد ظله از أَوْفُوا بِالْعُقُودِ را مطرح خواهیم نمود.

***

۱ – أَوْفُوا بِالْعُقُودِ دلالت می کند که عقد علت تامه برای حصول نقل و انتقال و مضمون عقد است

توضیح مطلب این است که قبل از مرحوم آقای حکیم رحمه الله، شیخ انصاری قدس سرّه نیز این بحث را در مکاسب مطرح کرده که أَوْفُوا بِالْعُقُودِ [مائده/ ۱] دلالت می کند که عقد علت تامه برای حصول نقل و انتقال و مضمون عقد است، سپس اگر رضایت و اجازهٔ بعدی آمد کشف می کند که آن علت اثر خودش را داشته است.

این مطلب به حسب ظاهرش بیّن البطلان است. زیرا فرض اینکه عقد علت تامه باشد و از طرف دیگر احتیاج داشته باشد که بعداً اجازه بیاید و با آن اجازه تأثیر عقد را کشف کنیم، تناقض صدر و ذیل است.

۱- (۱) – مستمسک العروه ۴۹۴/۱۴

به نظر می رسد که مثل محقق کرکی که قائل به کشف حقیقی و علیت تامّه بودن عقد هستند نظرشان به این است که مقتضای أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و عموم آن، این است که عقد علت تامه باشد سپس اگر به واسطهٔ ادلهٔ دیگری ما اشتراط اذن یا اجازه از من له الإذن یا من له الإجازه را استفاده کردیم این شرط نیز دخیل در علت خواهد بود. و دخالت این شرط به یکی از سه وجهی است که در سایر احتمالات کشف حقیقی آمده است. بنابراین، اگر عقدی واقع شد و متعقب به اجازهٔ بعدی شد [که این تصویر را شیخ به جماعتی از معاصرین خود نسبت داده است] عقد از اول محکوم به صحت است. پس برگشت کلام جامع المقاصد به وصف تعقب است که شرط مقارن است و یا به آن که برخی گفته اند که در علم الهی اجازه بعداً می آید پس شرط، مقارن است و احتمال دارد نظر جامع المقاصد به همان تصویر میرزای رشتی برگشت کند که می فرماید: شرط تأثیر عقد، رضایت تقدیری است و اجازه کاشف از وجود این شرط در حال عقد است هر چند احتمال اینکه نظر جامع المقاصد به این تصویر باشد بعید است. و ممکن است کلام جامع المقاصد به کلام صاحب جواهر رجوع کند که می فرماید: شرط در علل شرعیه قید موضوع حکم است و مانع عقلی از تأخر شرط در علل شرعیه نیست.

۲) عدم کفایت رضایت تقدیری

یکی از وجوه کشف حقیقی نظریّهٔ میرزای رشتی است که فرمود: اجازهٔ لاحق کشف می کند که عقد مقرون به رضایت بوده است هر چند آن رضایت، رضایت تقدیری باشد یعنی لو التفت لکان راضیاً لکن این وجه دو بحث دارد یکی صغروی و دیگری کبروی. بحث صغروی این است که آیا رضایت تقدیری کافی است یا نه؟ بحث کبروی این است که آیا اجازه لازم است یا آنکه رضایت فعلی یا تقدیری کافی است؟

در مورد بحث صغروی، رضایت تقدیری کافی نیست زیرا گاهی اوقات اگر

شخص را حین عقد ملتفت کنند که عقدی با این خصوصیات واقع شده است آیا شما راضی هستی یا نه؟ ممکن است شخص در امضای عقد تردید کند یا حتی کراهت داشته باشد اما مدتی که گذشت و مثلاً قیمتها تنزّل پیدا کرد و امضای عقد به مصلحت او بود آن را امضا کند پس اجازهٔ لاحق کاشف از رضایت شخص به هنگام عقد حتی به نحو رضایت تقدیری نیست.

از صحیحهٔ محمد بن قیس نیز کفایت رضایت تقدیری استفاده نمی شود بلکه رضایت و اجازهٔ بعدی در صورت کراهت تقدیری یا فعلی هم کافی است مضمون روایت این است که شخصی کنیزی داشته و پسرش بدون اذن او کنیز را به دیگری فروخته و سپس مالک اطلاع پیدا کرده و کار به مخاصمه کشیده شده است و مالک نسبت به این بیع کراهت داشته لکن بعداً به این بیع راضی شده و بیع را امضاء می کند و بیع تصحیح می شود با آنکه به هنگام عقد مالک هیچ گونه رضایتی نه رضایت فعلیّه و نه تقدیریّه نداشته است بلکه بعد از اطلاع از بیع کراهت پیدا کرده است پس به هنگام بیع کراهت تقدیری (نه رضایت تقدیری) داشته است و چون به هنگام بیع بی اطلاع بوده پس هیچ یک از رضایت فعلی و کراهت فعلی را نداشته است ولی هنگام بیع کراهت تقدیری داشته است ولی با امضا تصحیح شده است پس کاشفیت اجازه از رضایت تقدیری صغرویاً درست نیست.

۳) از نظر کبروی آیا اجازه و انشاء معتبر است یا آنکه رضایت فعلیه یا تقدیری کافی است؟

در اینجا چند بحث کبروی قابل طرح است. یک بحث کبروی این است که آیا اجازه و انتساب عقد به من له حق الإجازه و الإذن معتبر است یا آنکه رضایت فعلی یا تقدیری مالک بدون انتساب عقد یا اذن و اجازه به من له الإذن و الإجازه کفایت می کند؟ این بحث یک بحث کبروی است که اختصاص به تصویر میرزای رشتی ندارد و دربارهٔ دو تصویر دیگر کشف حقیقی که وصف تعقّب به اجازه یا علم الهی به

وجود شرط که هر دو شرط مقارنند نیز می آید.

بحث کبروی دیگری در اینجا این است که آیا صرف علم به رضای فعلی یا بعدی مالک کافی است یا احتیاج به انشاء اذن و اجازه می باشد؟ آنچه اینجا مطرح است این مبحث کبروی دوم است.

به نظر می رسد از نظر کبروی در سیرهٔ عقلاء مجرد اینکه من بدانم من له الحقّ بعداً به عقد راضی می شود برای اینکه از الآن آثار صحت را بار کنم کفایت نمی کند بلکه حتی علم به رضایت فعلی و کنونی او (نه رضایت بعدی او) بدون انشاء را سیرهٔ عقلاء در مبادلات و معاوضات کافی نمی دانند چه رسد به رضایت بعدی.

بله آنچه رضایت تنها (فعلی یا بعدی) طبق سیرهٔ عقلاء ظاهراً کافی است و احتیاج به انشاء ندارد در تصرفات خارجی است نه در باب معاملات و معاوضات.

مثلاً اگر من بخواهم در ملک زید بنشینم و غذای او را بخورم یا سکنایی داشته باشم و می دانم او راضی است این تصرف من اشکالی ندارد و مجرد رضایت او در جواز تصرف کافی است.

ولی در باب مبادلات اگر کسی بدون اذن و اطلاع زید، خانهٔ او را که ده میلیون می ارزد به بیشتر از این قیمت بفروشد و بگوید اگر بشنود که یک چنین معاملهٔ شیرینی برای او انجام شده است قطعاً راضی می شود، در سیرهٔ عقلاء حتی اگر در مقام ثبوت موافق هم باشد این مقدار برای صحت معامله کفایت نمی کند و احتیاج به انشاء دارد. همچنین روشن است که نزد عقلا در باب نکاح اگر من برای زید زنی دارای کمالات با مهریّهٔ اندک پیدا کنم و بدانم زید راضی است اما او به من اذن یا وکالتی در این تزویج نداده، آیا همین مقدار و صرف اینکه راضی است کفایت می کند که بگوییم عقد واقع شد و ازدواج صورت گرفت و زید شوهر آن زن شده است؟ آیا صرف این رضایت برای صحت عقد و حصول زوجیّت کافی است؟ آیا می توان این زن را همسر زید به حساب آورد و آثار زوجیّت را بار کرد؟ روشن است

که کافی نیست.

بنابراین، در باب معاوضات و معاملات انشاء لازم است هر چند سکوت که به آن تقریر گفته می شود، در بعض موارد در حکم انشاء و ابراز و کأنّه امضاء است و در بعض موارد امضاء نزد عقلاء نه رضایت تقدیری کافی است و نه تعقب کفایت می کند و نه اینکه در علم الهی است که بعداً اجازه می آید گرچه وصف تعقب و علم الهی شرط مقارن عقد است اما نزد عقلا اینها کافی نیست و ما برای صحت شرعی محتاج دلیل شرعی هستیم.

۴) مقتضای ادلهٔ شرعی و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

اما در مورد بحث کبروی اول و اینکه بدون انتساب عقد یا اجازه به من له العقد و الإجازه، آیا صرف رضایت مالک کافی است یا نه؟ و مقتضای ادله چیست؟ در مورد مفاد أَوْفُوا بِالْعُقُودِ مرحوم شیخ انصاری بیانی دارند که سید حکیم بیان شیخ را ناقص نقل کرده اند(۱) و درست نکته ای که شیخ مطرح کرده اند را عنوان نکرده اند.

در مورد کلام شیخ مطلبی را سابقاً مطرح کردیم که با مراجعه معلوم شد آن مطلب تمام نیست. مرحوم شیخ مدّعی است که اگر دیگری عقد را جاری کند و مالک أصلی راضی به آن عقد باشد حتی اگر این رضایت خود را به عاقد اعلام نکند و تنها در مقام واقع راضی باشد این عقد به مقتضای أَوْفُوا بِالْعُقُودِ - نه به بنای عقلاء صحیح است - زیرا گذشت که در بنای عقلاء مجرّد رضایت کافی نیست بلکه هیچ یک از اقسام کشف حقیقی در بنای عقلاء تمام نیست.

بیانی که شیخ دارد این است که مراد از عقود هر عقدی که اشخاص انجام دهند می باشد و خصوص عقد مالکیت نیست. یعنی از آیهٔ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ استفاده می شود

۱- (۱) - مستمسک العروه ۴۸۸/۱۴ تذکر: هر چند سید حکیم در صفحه ۴۸۸ کلام شیخ را ناقص نقل کرده و فرض رضایت در کلام شیخ را نقل نکرده اند لکن در صفحهٔ ۵۰۰ از مصدر بالا کلام شیخ را کامل نقل کرده و فرض رضایت را نیز آورده اند.

که به قراردادها و عقود ترتیب اثر بدهید منتهی ما ادلّه ای داریم که اگر شخصی قراردادی نسبت به مال دیگران انجام داد اذن مالک یا اجازه یا رضایت او نیز معتبر است و بدون اذن یا اجازه یا رضایت او این عقد صحیح نیست یعنی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ نسبت به فرض عدم اذن و اجازه و رضایت تقیید خورده است اما نسبت به ما زاد آن را یعنی موردی که رضایت هست ولی اذن و اجازه نیست اما نمی دانیم از عموم خارج شده است یا نه؟ تمسک به عموم آیه می کنیم. این فرمایش شیخ است.(۱)

بنابراین، شیخ رضایت واقعی مالک را کافی می داند حتی اگر این رضایت برای عاقد معلوم نباشد ولی در مقام ثبوت رضایت موجود باشد شیخ می فرماید کافی است تمسکاً به عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

* ما قبلاً به کلام شیخ اشکال می کردیم - که بعداً متوجه شدیم این اشکال وارد نیست - که وجوب وفای به عقد و وفای به عهد معنایش عمل کردن شخص به التزام خودش می باشد، اگر عهد باشد طرفین نمی خواهد و اگر عقد باشد طرفین لازم است. به هر حال در باب وفاء، شخص به التزام باید وفادار باشد، اما عمل کردن به التزام دیگری را وفا اطلاق نمی کنند. پس در خود أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فرض شده که همان شخص عقدکننده باید به عقد خود وفا کند و لذا انتساب عقد به مالک در خود مفهوم وفاء مندرج است، اما طبق فرمایش شیخ عقدکننده، شخصی است و وفاکننده شخص دیگری است. از این رو با رضایت واقعی گرچه عقد به خود شخص مالک اضافه پیدا نمی کند ولی لزوم وفاء دارد چون أَوْفُوا بِالْعُقُودِ عموم آن، این مورد را می گیرد و لازم نیست که حتماً عاقد باشد تا لزوم وفاء بر او باشد، حتی اگر عاقد هیچ اطلاعی از رضایت مالک نداشت منتهی مالک راضی بود این موجب استناد عقد به مالک نمی شود بلکه در استناد و اضافهٔ به مالک، اجازه مالک و انشاء او لازم است ولی چون رضایت باطنی هست، پس تحت عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ قرار

۱- (۱) - المکاسب / ۱۲۴

می گیرد و لازم است وفاء به آن عقد نماید. این فرمایش شیخ بود که ما سابقاً می گفتیم وفاء اصلاً به معنی عمل کردن به التزام خود است و عمل به التزام دیگری وفاء نیست. این اشکالی بود که ما سابقاً بر کلام شیخ داشتیم ولی با فحص بیشتر معلوم شد این اشکال وارد نیست.

در اینجا مرحوم آقای حکیم مجملاً می فرماید: باید اضافهٔ به مالک و من له السلطنه پیدا کند اما اینکه چرا باید اضافه پیدا کند تقریبی برای آن ذکر نمی کند.

شیخ هم که اضافه را شرط نکرده، به عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ تمسک نموده و فرموده مقتضای دلیل تقیید این است که اجازه یا اذن یا رضایت شرط است اما بر ما زاد بر این مطلب ما دلیلی بر تقیید نداریم و جوابی که قبلاً نسبت به کلام شیخ گفتیم این بود که از کلمهٔ وفاء استفاده می شود که وفاکننده و عاقد یکی هستند نه اینکه اگر دیگران عقد کرده باشند وفا به آن عقد بر من لازم باشد ولی بعداً به آیاتی از قرآن کریم و برخی استعمالات دیگر برخورد کردیم و معلوم شد این جواب تمام نیست.

برای نمونه قرآن کریم می فرماید:

وَ مَنْ أَوْفی بِما عاهَدَ عَلَیْهُ اللّهَ فَسَیُؤْتِیهِ أَجْراً عَظِیماً (الفتح/ ۱۰) که معاهد خداوند متعال، ولی وفا کننده مردم هستند.

وَ أَوْفُوا بِعَهْدِی أُوفِ بِعَهْدِکُمْ [البقره/ ۴۰]

در این آیه ابتداءً دو وجه به نظر می رسد، یک وجه اینکه وفا کنید به عهدی که شما با خداوند متعال بسته اید تا خداوند متعال نیز به عهدی که با شما بسته وفا کند.

مثل اینکه فرموده: وَ أَوْفُوا بِعَهْدِ اللّهِ إِذا عاهَدْتُمْ (النحل/ ۹۱) یعنی به پیمانی که شما با خداوند متعال بسته اید وفا کنید. پس اضافهٔ عهدی اضافه به مفعول خواهد بود.

احتمال دوم این است که «عهدی» از باب اضافهٔ عهد به فاعل باشد یعنی عهدی که من کردم را شما وفا کنید. لکن به قرینهٔ أُوفِ بِعَهْدِکُمْ احتمال دوم مراد است زیرا معنا ندارد که بگوید شما وفا کنید به پیمانی که با من بستید تا من وفا کنم به پیمانی

که با شما بستم در حالی که خداوند متعال خلف وعده نمی کند و شرطی برای عمل کردن به عهد خودش ندارد (۱)إِنَّ اللّهَ لا یُخْلِفُ الْمِیعادَ (آل عمران/ ۹)

بنابراین، احتمال دوم در آیه مراد است که «عهدی» از باب اضافهٔ به فاعل و «عهدکم» نیز اضافهٔ به فاعل باشد. یعنی اگر من دستوری دادم به شما، شما ترتیب اثر بدهید و خواستهٔ مرا انجام دهید شما هم اگر خواسته ای داشتید من ترتیب اثر می دهم و دعای شما را مستجاب می کنم. منتهی شرطش این است که شما تقوا داشته باشید تا من هم خواستهٔ شما را عملی کنم. پس اضافه، اضافهٔ به فاعل است در نتیجه متعهد شخصی است و وفاکننده شخص دیگر است.

* شاهد دیگر: در تفسیر قمی روایتی هست که سندش چنین است:

الحسین بن محمد بن عامر عن المعلّی بن محمّد بن البصریّ عن ابن أبی عمیر عن أبی جعفر الثانی علیه السلام [که سند از خود علی بن ابراهیم است نه از غیر او و معلّی را هم ما اشکال نمی کنیم. دربارهٔ او هر چند تعبیر «یُعرف و یُنکر» گفته شده است لکن به نظر ما از این جهت اشکالی نیست و لو بعض روایاتش مُنکر باشد. معلّی شیخ اجازه نیز هست. تعبیر یعرف و ینکر بعضی از روایات او قابل قبول نیست و برخی قابل قبول است ولی هنگامی که روایات قابل قبول او را مشایخ اتخاذ کرده اند قابل اعتماد است]

فی قوله تعالی: یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ قال: ان رسول الله صلی الله علیه و آله عقد علیهم لعلیٍّ (صلوات الله علیه) بالخلافه من عشره مواطن ثم أنزل الله یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ التی عقدتها علیکم لأمیر المؤمنین علیه السلام(۲)

۱- (۱) - نگارنده گوید: وعده های الهی بر دو قسم است وعده های مطلق مثل آیهٔ نور/ ۵۵ و وعده های مشروط مثل إِنْ تَنْصُرُوا اللّهَ یَنْصُرْکُمْ وَ یُثَبِّتْ أَقْدامَکُمْ و آیهٔ إِنَّ اللّهَ لا یُخْلِفُ الْمِیعادَ هر دو قسم وعده های الهی اعم از مطلق و مشروط را شامل است. آیهٔ محل بحث نیز از قسم وعده های مشروط الهی است که أُوفِ بِعَهْدِکُمْ را متوقف بر أَوْفُوا بِعَهْدِی فرموده است بنابراین به نظر می رسد نه آیهٔ إِنَّ اللّهَ لا یُخْلِفُ الْمِیعادَ و نه آیهٔ أُوفِ بِعَهْدِکُمْ، شاهد نیست که عهد در آیه از باب اضافهٔ به فاعل است.

۲- (۲) تفسیر القمی ۱۸۸/۱ ذیل المائده/ ۱

از این روایت نیز بر می آید که وفا کننده لازم نیست همان عاقد یا متعهد باشد.

جصاص و طبری و غیر او «العقود» را به ما عقد الله علیکم تفسیر کرده اند. طبری معانی مختلفی نقل می کند سپس گوید: أقرب اقوال این است که أَوْفُوا بِالْعُقُودِ یعنی دستوراتی که خداوند متعال برای شما در حلال و حرام و مانند آن صادر کرده را عمل کنید. همان معنایی را که قبلاً گفتیم که مراد فرامین الهی است و أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعامِ که بعد از آیه آمده با آن سازگار است و مراد، الزامات الهی و قراردادهایی است که خدا برای شما بسته و شما را بدان الزام کرده است(۱) البته ما قرارداد می گفتیم ولی او قرارداد نمی گوید بلکه گوید: یکی از معانی عَقَدَ علیه الزمه علیه است پس مراد از عقود الزامات است یعنی خداوند تعهد به آنها را از شما خواسته است نه اینکه شما خود طرف تعهّد و معاهده باشید. پس وفاکننده غیر از تعهّدکننده و الزام کننده (عاقد) است. عاقد در واقع خداوند است و وفا کننده بندگان او.

جصاص نیز همین طور می گوید منتهی جصاص گوید: عقود شامل الزامات بشری اگر متعلّق آن مشروع باشد نیز می شود. اجمالاً جصاص نیز وفا کننده را غیر از عاقد فرض کرده است.

با توجه به آیات مورد استشهاد و روایت تفسیر قمی و کلمات مفسرین اشکال سابق ما بر شیخ که آیه از این جهت اطلاق یا عموم ندارد و باید وفاکننده و عاقد متّحد باشند یعنی در مفهوم وفا، لزوم توجه به التزام خود وفاکننده درج شده باشد وارد نیست.

۵) مختار استاد مد ظله در أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

ص:۴۴۷۹

۱- (۱) - تذکر: سخنی نماند که اگر معنای آیه قراردادهایی که با خدا بسته اید باشد عاقد و وفا کننده متحد خواهند بود بنابراین این تعبیر مناسب است اصلاح شود. (نگارنده)

تا حال معلوم شد که از نظر مادهٔ وفا مانعی از تعمیم عقود نیست منتهی اشکال ما به مرحوم شیخ این است که اگر آیه ناظر به الزامات و عقدهایی باشد که خداوند بر بندگان ایجاب کرده است که آیه ارتباطی به عقودی که مردم با یکدیگر بسته اند ندارد ولی اگر مراد از العقود مطلق قراردادها باشد چه قراردادهایی که مردم با خداوند متعال بسته اند و چه قراردادهایی که مردم با یکدیگر بسته اند همه را واجب است وفا کنید حتی قراردادهایی که دیگران بسته اند شما باید ترتیب اثر بدهید و وفا کنید اشکالی که به این استدلال وارد است این است که ارتکازات عرفی در توسعه و تضییق مفاهیم دخالت دارد. آیهٔ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ یک حکم تأسیسی و تعبدی محض نیست بلکه می فرماید: برای قراردادها احترام قائل باشید و این ارشاد و امضای همان امری است که بین عقلاء معمول است حال بحث در این است که آیا هر چیزی که حرام بود با قرارداد حلال می شود و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ می فرماید: عقد و قرارداد مشرِّع مورد قرارداد می شود. مثلاً قتل نفس، دزدی و فحشاء حرام است آیا با قرارداد بستن حلال می شود؟ آیا محرّمات شرعی یا عقلایی به صرف قرارداد حلال می شود؟ نمی توان این معنا را ملتزم شد، پس باید گفت: آیهٔ شریفه الزام بما هو المشروع است. یعنی اگر چیزی را در خارج مشروعیت و جواز آن را احراز کردید تا انسان قرارداد نکرده آزاد است امّا بعد که قرار بست باید طبق قرار عمل کند

بنابراین، اگر در صحت یک عقدی ما شک کردیم با تمسک به أَوْفُوا بِالْعُقُودِ نمی توانیم صحت و مشروعیّت آن را اثبات کنیم بلکه باید قبلاً مشروعیت آن را احراز کرده باشیم و با این آیه الزام آن را ضمن قراردادها اثبات کنیم. پس آیه از جهت بالاـ اطلاق ندارد، البته أخیراً یک مطلبی را ما بیان کردیم و آن اینکه هر چند آیه الزام بما هو المشروع است و مشرِّع غیر مشروع نیست لکن آیه نسبت به اسباب اطلاق دارد (گرچه نسبت به متعلق التزام اطلاق ندارد) یعنی اگر متعلَّق عقد ذاتاً مشروع بود اما شک کردیم که آیا این عقد به فارسی باید واقع شود یا به عربی واقع شود یا آنکه هر کس به زبان خودش باید عقد را جاری کند یا اگر شک کردیم که آیا عقد باید بالإذن یا بالتوکیل باشد یا آنکه بالإجازه هم باشد کافی است، آیه از این نواحی

اطلاق دارد لکن همین امروز بحث کردیم که عقلاء اجازهٔ لاحق را برای ترتیب اثر دادن به قبل از اجازه کافی نمی دانند و چون آیه یک حکم تعبدی و تأسیسی نیست پس نمی توانیم به اطلاق آیه از جهت اسباب تمسک کنیم و بگوییم آیه سببیت عقد با اجازهٔ لاحق را تصحیح می کند. بنابراین، به آیهٔ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ برای تصحیح عقد فضولی نمی توان تمسک کرد بلکه باید سراغ سایر ادلهٔ شرعی رفت.

۶) کشف انقلابی معقول است یا نه؟

مرحوم آقای حکیم قائل به کشف انقلابی شده اند و اینکه اجازه کاشف است از اینکه شارع از حین اجازه حکم کند به اینکه مضمون عقد حقیقه از زمان عقد صحیح و نافذ است. و از این اشکال که الواقع لا ینقلب عمّا وقع علیه ایشان جواب می دهند به اینکه این قاعده مختص به امور حقیقیه است و در امور اعتباریّه جاری نیست.(۱)

در اینجا اشکالی از سابق به نظر می رسید و به کلام مرحوم علامه طباطبایی هم وارد بود چون نظیر این مطلب را مرحوم آقای طباطبایی صاحب تفسیر المیزان می فرمود: «که بعضی تناقض و عدم تأثیر متأخر در متقدم و مانند آن را در بحثهای فقهی مطرح می کنند با اینکه این مسائل مربوط به امور حقیقیه است و در امور اعتباریّه و احکام شرعیه که از اعتباریّات است جاری نیست

بنابراین، اینکه در کفایه گوید: تعارض عبارت از مخالفت دو چیز علی نحو التناقض او التضاد درست نیست، تناقض و تضاد مربوط به امور حقیقیه است و احکام شرعیه که اعتباری هستند.

لکن چنانچه سابقاً نیز گفته ایم این مطلب تمام نیست زیرا امور اعتباری هر چند مجرّد فرض و اعتبار است امّا با چند امر حقیقی ملازم است یکی نفس اعتبار است که خودش از حقایق است و دوم مبادی اعتبار است که آنها هم امور حقیقی هستند

۱- (۱) - مستمسک العروه ۴۹۵/۱۴ س ۱ و ۴۹۷ س ۲ و ۴۹۹ س ۱۴

مثلاً علم به مصلحت یا مفسده منشأ اعتبار می شود و سوم آثار این اعتبار است که آن آثار آثار حقیقی است، ثواب و عقاب، بهشت و جهنم که بر موافقت و مخالفت این امور اعتباری بار می شود همه از حقایق است و اعتباری نیست. بنابراین نمی توان گفت: اگر دو امر اعتباری مخالف هم بودند داخل تناقض و امثال اینها نمی شود. زیرا برگشت این امور اعتباری به امور حقیقی است، اعتبار بکنم و اعتبار نکنم برگشتش به این است که هم فرض کنم و هم فرض نکنم، هم علم به صلاح داشته باشم و هم علم به صلاح نداشته باشم، هم ثواب یا عقاب باشد و هم نباشد پس برگشتش به تناقض در امور حقیقی است از این رو احکام حقایق بر اعتباریات نیز بار می شود.

پس فرمایش سید حکیم که فرمود: قاعدهٔ الشیء لا ینقلب در امور اعتباریه جاری نیست، تمام نمی باشد زیرا اگر الآن بیستم ماه باشد شما نمی توانید بگویید: زید اول ماه، هم مالک شده، هم مالک نشده است. اول ماه اجازه نبود پس زید مالک نشده بود اما حالا که بیستم ماه است و من له حق الإجازه، اجازه داده است پس زید از همان اول ماه مالک شده است. مالک نشده با مالک شده با هم تناقض دارد و جمع نمی شود زیرا در تناقض هشت وحدت شرط دان، یکی وحدت مکان و دیگری وحدت زمان. وحدت زمان معتبر است و مقصود از وحدت زمان وحدت زمان حکم مراد نیست بلکه وحدت زمان محکوم به است. ما الآن حکم بکنیم که اول ماه زید مالک شده و از طرف دیگر حکم کنیم که اول ماه زید مالک نشده این تناقض است. بله می شود وجود خارجی ملکیت اول ماه باشد اما وجود علمی آن حالا باشد. یعنی زید از اول مالک شده بود لکن حالا برای من معلوم شده که زید آن وقت مالک بوده است یا زید اول ماه مالک نبود ولی حالا برای من معلوم شد که آن وقت مالک نبوده است. که این همان کشف حکمی است که امر معقولی است. اما وجود عینی ملکیت، ملکیت در اول ماه هم باشد و هم نباشد این دو با هم جمع نمی شود.

ص:۴۴۸۲

ان قلت: امر اعتباری وجود عینی ندارد.

قلت: نباید بین دو امر خلط شود. اگر من زیدی که شجاع است فرض کردم که أسد است.

أسد مفروض من وجود خارجی ندارد، از این رو صحت سلب دارد و می توانم بگویم زید أسد نیست و صحیح نیست که: شیری موجود شد اما عنوان مفروض الأسدیّه صحت سلب ندارد. چون این عنوان، امری واقعی است و دیگر اعتباری نیست البته به فرض من قائم است ولی مادامی که فرض من هست صحت سلب ندارد به مجرد اینکه فرض کردم وجود عینی پیدا می کند، به مجرد فرض معلول فرض انتزاع می شود و موجود است از این رو، صحت سلب ندارد بله شیر واقعی را می شود سلب کرد ولی شیر مفروض (مفروض الاسدیه) مادام الفرض، قابل سلب نیست و سلب آن تناقض است.

ملکیت هم ممکن است موجود شده باشد و من ندانم و این مانعی ندارد که همان کشف حکمی است اما اینکه ملکیت هم وجود داشته باشد که صحت سلب ندارد و هم وجود نداشته باشد که صحت سلب دارد این دو با هم جمع نمی شود و تناقض است.

۷) روایات مسئله

در باب کشف و نقل چهار روایت ما پیدا کرده ایم که برخی مربوط به باب نکاح و برخی مربوط به باب ارث است که در جلسهٔ آتی می خوانیم که اینها دلالت بر کشف می کند لکن چون کشف حقیقی در بنای عقلاء نیست از این رو این روایات ناظر به کشف حکمی خواهد بود.

«* و السلام *»

ص:۴۴۸۳

۱۳۸۱/۱۰/۴ چهارشنبه درس شمارهٔ (۴۸۱) کتاب النکاح/ سال پنجم

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

خلاصهٔ درس گذشته و این جلسه:

در مورد این مسئله که اجازهٔ در باب فضولی آیا کاشف است یا ناقل؟ در جلسهٔ قبل گفتیم آنچه بر اساس اصول و قواعد می توان به آن ملتزم شد قول به کشف است، آن هم کشف حکمی در این جلسه چند روایتی که در باب میراث الازواج است و یک روایت نیز در باب بیع نقل خواهیم کرد، از آنها نظریه «کشف» به دست می آید و البته چون کشف حقیقی محذور ثبوتی دارد - چنانچه در جلسه قبل

مشروحاً بیان شد - قهراً کشف مورد روایت، کشف حکمی خواهد بود.

***

الف) ذکر روایات دالّهٔ بر اینکه اجازه در باب فضولی کاشف است نه ناقل:

۱ - صحیحه أبو عبیده: موضوع روایت این است که صغیر و صغیره ای را شخصی که ولی عرفی آنها است (نه ولی شرعی مثل اب و جدّ) تزویج کرده است و بعد از آنکه صغیر بزرگ شد آن عقد را اجازه داده است و لیکن قبل از آنکه صغیره هم بالغه شود و صلاحیت اجازه پیدا کند او فوت می کند. در این فرض سائل از امام علیه السلام سؤال می کند که آیا آن زن صغیره از شخص کبیر ارث می برد؟ امام علیه السلام در پاسخ می فرمایند:

بله باید سهم میراث او را جدا کرده تا صغیر، نیز بزرگ شود آنگاه آن زن کبیره قسم

ص:۴۴۸۴

یـاد کنـد که به خاطر اخـذ میراث عقـد نکاح را اجازه نمی کنـد، در این صورت پس از قسم خوردن اگر عقـد را اجازه نماید ارث می برد.

از اینجا معلوم می شود که نتیجه اجازه، کشف است و به هیچ وجه نمی توان اجازه را ناقل حساب کرد، به این معنا که از حین اجازه عقد محقق شود زیرا فرض این است که در حین اجازه زوج فوت کرده است.

متن روایت چنین است: أبو عبیده قال: سألت أبا جعفر علیه السلام عن غلام و جاریه زوّجهما ولیّان(۱) لهما و هما غیر مدرکین، (الی ان قال) قلت: فان کان الرجل، الذی أدرک قبل الجاریه و رضی النکاح، ثم مات قبل ان تدرک الجاریه، أ ترثه؟ قال: نعم، یعزل میراثها منه حتی تدرک و تحلف باللّه ما دعاها الی اخذ المیراث الّا رضاها بالتزویج، ثم یدفع الیها المیراث و نصف المهر، قلت: فان ماتت الجاریه و لم تکن ادرکت، أ یرثها الزوج المدرک؟ قال: لا، لان لها الخیار اذا ادرکت...»(۲)

۲ - صـحیحهٔ حلبی که مورد آن نظیر مورد روایت قبلی است و لیکن دربـارهٔ طلاـق است. الحلبی قـال: قلت لأـبی عبـد الله علیه السـلام الغلام له عشـر سنین، فیزوجه ابوه فی صغره، أ یجوز طلاقه و هو ابن عشر سنین؟ قال: فقال: أمّا تزویجه فهو صحیح و أمّا طلاقه، فینبغی أن یحبس علیه امرأته حتی یدرک، فیعلم أنه کان قد طلّق: فإن أقرّ بذلک و أمضاه فهی واحده بائنه، و هو خاطب من الخطاب و إن انکر ذلک و أبی أن یمضیه فهی امرأته قلت: فان ماتت او مات؟ قال:

یوقف المیراث حتی یدرک أیهما بقی، ثم یحلف بالله ما دعاه الی أخذ المیراث الّا الرضا بالنکاح و یدفع الیه المیراث»(۳)

۳ - روایت عبـاد ابن کثیر که به نظر ما صـحیحه نیست ولی طبق نظر مشـهور چون در سـند او حسن بن محبوب که از اصـحاب اجماع است واقع شده، صحیحه می باشد.

۱- (۱) - مراد از «ولیان» ولی عرفی است نه ولی شـرعی مثل اب و جدّ. زیرا عقد ولی شرعی نسبت به صغیر و صغیره صحیح و لازم است نه فضولی چنانچه در یکی از مسائل سابقه مفصلاً مطرح شد.

۲- (۲) - الوسائل ج ۲۶ کتاب المیراث، ابواب میراث الازدواج باب ۱۱ ح ۱ ص ۲۱۹ طبع مؤسسه آل البیت (علیه السلام)

۳- (۳) - الوسائل ج ۲۶ ابواب میراث الازدواج باب ۱۱ ح ۴ ص ۲۲۱

«عباد ابن کثیر عن ابی عبد الله علیه السلام قال: سألته عن رجل زوّج ابناً مدرکاً من یتیمه فی حجره، قال: ترثه إن مات و لا یرثها، لان لها الخیار و لا خیار علیها»(۱)

در این روایات چون پسر بالغ فرض شده بود پس از ناحیهٔ او عقد فضولی نیست لذا اگر دختر صغیره فوت کند و پسر زنده باشد، پسر از او ارث نمی برد چون از ناحیه دختر عقد امضا نشده بود و فضولی است اما اگر پسر فوت کند اگر دختر پس از بزرگ شدن عقد را اجازه کند از او ارث می برد. (توجه: مراد از «خیار» در این روایت و روایت اول، خیار مصطلح فقهی نیست بلکه مقصود همان اجازه ای است که در باب فضولی معتبر است)

۴ - صحیحه محمد بن قیس که در باب نکاح عبید و إماء آمده است. موضوع روایت این است که پسری بدون اجازهٔ پدر خود کنیز او را می فروشد. مالک دوم نیز پس از خرید آن کنیز از او صاحب فرزند می شود. سپس مالک اول اطلاع پیدا می کند و به معاملهٔ پسر خود راضی نمی شود. امام علیه السلام می فرمایند امیر المؤمنین علیه السلام در چنین موردی حکم فرمود که مالک اول کنیز خود و بچهٔ او را از مالک دوم بگیرد - در مورد اینکه بچهٔ متولد شده، چه حکمی دارد در میان فقهاء اختلاف است عده ای قائل هستند که در این موارد که مباشرت مالک دوم شبهتاً بوده است، بچه ای که متولد شده است حرّ است ولی قیمت آن را مالک دوم باید به مالک اول بپردازد. عدّه دیگری از فقهاء می گویند در این موارد بچه نیز همانند خود مادر مِلک اولی است و لیکن پدر بچه باید قیمت آن را به مالک اول بپردازد و آن را آزاد نماید - در اینجا مالک دوم چون می بایست پول فرزند را به مالک اولی بدهد از حضرت امیر تقاضا می کند که راهی به او تعلیم نمایند که بدون پول دادن فرزند خود را از مالک اول بگیرد. امام علیه السلام نیز می فرمایند: تو نیز پسر مالک اول را گِرو بگیر چرا که آن پسر نیز به مالک دوم که مشتری است قیمت بچه را مدیون است. مشتری (مالک دوم) نیز

۱- (۱) - الوسائل ج ۲۶ ابواب میراث الازدواج باب ۱۱ ح ۲ ص ۲۲۰

همین عمل را انجام می دهد و مالک اول نیز برای رهایی پسر خود، بیع کنیز را اجازه می دهد. محل شاهد اینجا است که اگر اجازهٔ پدر ناقل باشد و از حین اجازهٔ کنیز ملک مشتری شود. پس آن بچه، در مِلک مالک اول متولد شده است و بنا بر هر یک از دو قولی که ذکر کردیم بالاخره مشتری می بایست قیمت آن را به مالک اول بدهد و بنابراین دوباره مشکل به جای خود باقی است. اما اگر اجازه کاشف باشد کشف می شود که آن بچه در ملک مشتری دوم متولد شده و مالک اول طلبی از او ندارد و مشکل حلّ می شود.

و اینک متن روایت: محمد بن قیس، عن ابی جعفر علیه السلام قال: قضی (مراد قضاوت امیر المؤمنین علیه السلام است چنانچه در کافی نیز تصریح به اسم حضرت امیر رشده است و اصولاً این همان کتاب القضایا است که محمد بن قیس از امام باقر علیه السلام نقل می کند و روایات آن نیز متفرق در ابواب مختلف ذکر شده است) فی ولیده باعها ابن سیدها و ابوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً. ثم قدّم سیدها الاول. فخاصم سیدها الأخیر. فقال: هذه ولیدتی باعها ابنی بغیر اذنی. فقال: خذ ولیدتک و ابنها. فناشده المشتری، فقال: خذ ابنه - یعنی الذی باع الولیده - حتی ینفذ لک ما باعک. فلما اخذ البیع (مقصود مشتری است) الابن قال ابوه: أرسل ابنی. فقال:

لا أرسل ابنک حتی ترسل ابنی. فلما رأی ذلک سیّد الولیده الاول اجاز بیع ابنه»(۱)

نتیجه: از این چهار روایت (ممکن است در ابواب دیگر نیز روایات دیگری پیدا بشود) استفاده می شود که اجازه در باب فضولی کاشف است نه ناقل.

ب) عدم کفایت رضایت باطنی از امضای معتبر در عقد فضولی

متن مسئله:

الرضا الباطنی التقدیری لا یکفی فی الخروج عن الفضولیه، فلو لم یکن ملتفتاً حال العقد الّا أنه کان بحیث لو کان حاضراً و ملتفتاً کان راضیاً، لا یلزم العقد علیه بدون الإجازه. بل لو کان حاضراً حال العقد و راضیاً به، الّا أنه لم یصدر منه قول و لا فعل یدلّ علی

ص:۴۴۸۷

۱- (۱) - الوسائل ج ۲۱ کتاب النکاح ابواب نکاح العبید و الاماء باب ۸۸ ح ۱، ص ۲۰۳

رضاه، فالظاهر أنه فضولی. فله أن لا یجیز.

بحث در این رابطه است که آیا رضایت باطنی کفایت از امضای معتبر در صحت عقد فضولی می کند یا نه؟ مرحوم سید دو فرض مطرح می کند اول اینکه شخصی که فضولی بدون اجازهٔ او عقدی را برایش منعقد کرده است به هیچ وجه التفاتی به تحقق آن عقد ندارد بلکه گاهی غائب است و لیکن بصورتی که اگر حاضر و ملتفت بود آن عقد را اجازه می کرد. در این فرض سید رحمه الله می فرماید عقد به مجرد وجود رضایت تقدیری از فضولی بودن خارج نمی شود و صحت فعلیهٔ آن نیازمند اجازه است (تذکر: مراد از عدم لزوم در جمله «لا یلزم العقد علیه» همان عدم تثبیت عقد است که در عقد فضولی قبل از آمدن اجازه وجود دارد نه اینکه مراد این باشد که عقد صحیح است ولی خیاری است و به عبارت دیگر لزوم و عدم لزوم در کلمات فقها در بسیاری از موارد معنای صحت و عدم صحت آن است)

فرض دومی که سید رحمه الله مطرح می کند، صورتی است که شخص هنگام اجرای عقد توسط فضولی حاضر در جلسه و ملتفت به عقد و راضی به آن هم نیز هست و لیکن قول یا فعلی که دلالت بر رضایت او نماید از وی صادر نشده است. در اینجا مرحوم سید می فرماید ظاهر این است که در این فرض هم تا مادامی که اماره بر رضا صادر نشود عقد به فضولیت خود باقی است و مالک می تواند آن را رد نماید.

واضح است در مواردی که سکوت و عدم رضایت شخص حتی کاشف از رضایت باطنی او نیست مثل اینکه عواملی همچون ترس از کسی یا خجالت و مانند آن در میان است که با وجود آنها اگر شخص راضی هم نباشد نمی تواند مخالفت خود را ابراز نماید. در اینگونه موارد به طریق اولی حضور در مجلس عقد و التفات و حتی رضایت ظاهری کفایت نمی کند و این مطلبی که مرحوم شیخ انصاری با تمسک به «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و امثال آن خواسته است اینگونه موارد را و حتی رضایت غیر معلومه و مواردی را که شخص اطلاع از عقد فضولی ندارد و تنها رضایت

تقدیری دارد تصحیح کند، تمام نیست و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و غیر آن توانایی اثبات کفایت چنین چیزی را ندارد

ج) حکم مسأله در صورتی که مالک نه تنها نسبت به انجام معامله کراهت دارد و بلکه فضولی را نهی از آن هم می نماید.

متن مسئله:

اذا کان کارهاً حال العقد، الّا أنه لم یصدر منه ردّ له. فالظاهر صحته بالاجازه. نعم لو استأذن فهی و لم یأذن. و مع ذلک اوقع الفضولی العقد، یشکل صحته بالاجازه. لانه بمنزله الردّ بعده، و یحتمل صحته بدعوی الفرق بینه و بین الردّ بعد العقد، فلیس بأدون من عقد المکره، الذی نقول بصحته اذا لحقه الرضا، و ان کان لا یخلو ذلک أیضا من إشکال.

در ابتدای مسئله سید رحمه الله می فرماید اگر شخصی در حال عقد از طرف فضولی به انجام چنین عقدی کراهت داشت - و حتی بالاتر از این، طرف دیگر و فضولی نیز بدانند که او کراهت دارد - مع ذلک قول یا فعلی که نشانهٔ بر ردّ نباشد از او صادر نشود. ظاهر این است که آن معامله قابلیت تصحیح با اجازه را دارد و صحت شأنیهٔ آن از بین نمی رود.

فرض دیگر این است که مالک نه تنها نسبت به انجام معامله کراهت دارد و بلکه فضولی را نهی از آن هم می نماید. آیا اگر بعد از انجام معامله توسط فضولی، مالک اجازه بدهد. این معامله تصحیح می شود یا نه؟ سید رحمه الله می فرماید مسئله مشکل است زیرا بحث به اینجا بر می گردد که آیا نهی قبل از تحقق معامله همانند ردّ بعد از آن است تا اینکه معامله صحیح نباشد و یا اینکه نهی قبلی با ردّ بعدی متفاوت است؟ احتمال است که بگوید این دو با یکدیگر تفاوت دارند زیرا این فرض حد اقل مثل این مسئله است که کسی از روی اکراه عقدی را انجام دهد و لکن پس از آن واقعاً راضی شود. در این صورت عقد او صحیح است. ما نحن فیه نیز از همین قبیل است.

در آخر نیز سید رحمه الله می فرمایند: «و ان کان لا یخلو ذلک ایضا من اشکال» یعنی خود عقد مکره نیز صحتش محل اشکال است و در آنجا نیز شاید عرفا عدم رضایت قبلی به منزله ردّ بعدی محسوب شود.

ص:۴۴۸۹

۱) نظر استاد مد ظله

در فرض اخیر به نظر می رسد که حق این است که نهی قبلی همانند ردّ بعدی است و موجب بطلان عقد می شود و صلاحیت صحت آن با اجازه را هم از بین می برد زیرا وقتی انسان عقدی را ایجاد می کند در عالم اعتبار تا مادامی که از آن عقد خود اعراض نکرده باشد آن عقد و اعتبار بقاء دارد اما به مجرد اینکه با عقد و اعتبار خود مخالفت کرد، آن عقد از صلاحیت برای بقاء و صحت خارج می شود و تفاوتی ندارد که این اظهار مخالفت در ابتدای حدوث عقد باشد و یا اینکه پس از تحقق آن مخالفت صورت پذیرد و قیاس محل کلام با مسئله مکره نیز تمام نیست زیرا در آن مسئله فرض بر این است که مکره فقط باطناً مخالف عقد است ولی انشاء ردّ و کراهت نکرده است، بخلاف ما نحن فیه که فرض این است که پس از استیذان فضولی صریحاً مالک انشاء ردّ می کند. البته تمامی این مباحث بر این پیش فرض استوار است که ما ردّ بعد العقد را مؤثر در بطلان بدانیم ولی اگر همانطوری که قبلاً نیز بحث آن گذشت، گفتیم ردّ بعد العقد نیز به شرطی موجب بطلان عقد می شود که پس از آن ردّ، اجازه ای نیاید و اگر چنانچه بعد از ردّ مالک اجازه کرد عقد صحیح است، اساساً مقایسه نهی سابق با ردّ بعد العقد منتفی خواهد شد.

«* و السلام *»

ص:۴۴۹۰

۱۳۸۱/۱۰/۷ شنبه درس شمارهٔ (۴۸۲) کتاب النکاح/ سال پنجم

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

خلاصهٔ درس این جلسه:

در این جلسه، ابتدا استدراکی در مورد برخی مباحث پیشین مطرح می شود.

سپس به مسئلهٔ اشتراط قصد فضولیت پرداخته و چون علاوه بر مقتضای قواعد، مورد سه روایتی که برای صحت فضولی به آن تمسک شده بود خصوص کسی است که قصد فضولیت نکرده باشد، این شرط را لازم نمی دانیم. آنگاه مسئلهٔ مطرح کردن عنوان توکیل توسط فضولی را بررسی و خود تفصیلی جز آنچه که مرحوم سید فرموده، ذکر می کنیم. در پایان به مسئلهٔ اجازهٔ عقد توسط مجیز بدون مهریه یا با مهریه ای دیگر یا با شرطی دیگر و یا با الغاء شرط مسئلهٔ ۲۶ پرداخته و پس از تبیین مراد سید رحمه الله و مناقشه ای که در سخن ایشان شده وجهی برای کلام ایشان ذکر می شود.

***

تکمله و اصلاح:

پیشتر که روایات دال بر صحت عقد فضولی را نام می بردیم، صحیحهٔ حلبی را نیز از جملهٔ آنها دانستیم، ولی با تأمل بیشتر معلوم می شود که این صحیحه دلالت بر صحت طلاق فضولی می کند نه نکاح فضولی.

پدری پسر ده ساله اش را تزویج می کند و طلاقی هم واقع می شود حضرت ازدواج را نافذ می دانند ولی دربارهٔ طلاق او (خواه پدرش او را طلاق داده باشد یا

ص:۴۴۹۱

خود پسر ده ساله، بنا بر صحت طلاق او، اقدام به طلاق کرده باشد) می فرمایند باید صبر کرد تا پسر بالغ شود. در آن هنگام، اگر آن طلاق را امضا کند، از هم جدا می شوند، اما اگر رد کند، ازدواج به قوهٔ خود باقی است.

واضح است که نکاح در این روایت صحیح و نافذ محسوب شده و آنچه که متوقف بر رد و امضای شوهر دانسته شده، طلاق است. اینکه شهید اول قدس سرّه فرموده که بر عدم صحت فضولی در باب ایقاعات اجماع منعقد است، معلوم نیست تمام باشد و طبق تحقیق ایقاعات فضولی هم مانند عقود قابل تصحیح و تنفیذ است و این روایت از ادلهٔ صحتِ طلاق فضولی است.

الف) بررسی اشتراط قصد فضولیت در عقد فضولی:

متن عروه مسئله ۲۴:

«لا یشترط فی الفضولی قصد الفضولیه و لا الالتفات الی ذلک فلو تخیل کونه ولیاً او وکیلاً و اوقع العقد فتبین خلافه یکون من الفضولی و یصح بالاجازه.»

مرحوم سید می فرمایند؛ صحت عقد فضولی متوقف بر این نیست که عاقد خود را مستقل نداند و به عنوان فضولی بودن عقد کند. پس اگر او به گمان اینکه وکالتاً یا ولایتاً در اجرای عقد مجاز است، عقدی انجام دهد و سپس معلوم شود که چنین اختیاری نداشته، آن عقد، فضولی است و با اجازه تصحیح می شود.

از ادله و شواهدِ عدم اشتراطِ قصد فضولیت این است که سبب صحت عقد فضولی، انتساب عرفی آن عقد به اصیل که با اجازهٔ او حاصل می گردد، می باشد این سبب در جایی که اجنبی قصد فضولیت نکرده باشد نیز وجود دارد. پس مقتضای این قاعده عدم اشتراط شرط مزبور است. علاوه بر این، موضوع هر سه روایتی که برای صحت اقدام فضولی نقل کردیم، خصوصِ موردی است که عاقد خود را ولی می پنداشته و فضولی حساب نمی کرده و چنین تصور می کرده که عقد یا طلاقش به اجازهٔ معقود له یا شوهر نیاز ندارد.

در صحیحهٔ أبو عبیده که سابقاً آن را توضیح دادیم، عقد صغیرین را (به دلیل

این که از عقد پدر در ذیل روایت جداگانه سؤال شده) ولیّ عرفی آنها اجرا کرده بود افرادی مانند برادر و عمو و دایی و مادر، که خود را عرفاً ولی می دانند، به خصوص در زمانهای قدیم که اینها معمولاً خود را همه کارهٔ فرزندان و اقدامات خود را صحیح و تمام شده می دانستند، اینها اگر عقدی اجرا می کردند، به عنوان عقد فضولی و محتاج به اجازه انجام نمی دادند و نیز آن را عملی بر خلاف شرع نمی پنداشتند. از آنجا که حضرت علیه السلام چنین عقدی را که عاقد قصد فضولیت نکرده، با اجازه صحیح دانسته اند، معلوم می شود که رعایت این شرط لازم نیست.

در روایت عباد بن کثیر نیز فردی، دختری را در خانه سرپرستی کرده و کسی که دختری یتیم را در خانهٔ خود بزرگ می کند، معمولاً ـ خود را ولیّ و همه کارهٔ او می داند. آنگاه شخص مزبور بدون قصد فضولیت، او را تزویج می کند، بنابراین چنین تزویجی از نظر شخص یاد شده به عنوان فضولی و متوقف بر امضای وی بعد از بلوغ نیست. همچنین در صحیحهٔ حلبی هم ظاهراً قصد فضولیت در کار نبوده، چون کسی که طلاق داده (خواه ضمیر به پدر رجوع کند یا به پسر ده ساله) گمان می کرده که طلاقش شرعی و تمام است، ولی با مراجعه و سؤال از امام علیه السلام معلوم شده که متوقف بر امضای پسر پس از بلوغ است.

بر فرض که بپذیریم این سه روایت اختصاص به موردی ندارد که عاقد قصد فضولیت نداشته، بدون اشکال چنین موردی منصرف نیست. زیرا از ترکِ استفصال امام علیه السلام طلاق حکم استفاده می شود و به استناد این اطلاق، می توان به عدم اشتراط این شرط حکم کرد.

مرحوم آقای حکیم رحمه الله همین تقریب را برای روایت محمد بن قیس ذکر کرده و می گویند که فرزند خود را ولیّ در فروش کنیز پدر می دانسته و به عنوان ولایت و بدون قصد فضولیت او را فروخته است. ولی بسیار روشن است که هیچ گاه چنین فرزندی عرفاً به عنوان ولایت اقدام به معامله در مورد اموال پدر نمی کند. بنابراین

روایت محمد بن قیس شاهد مثال مناسبی نیست و باید همان سه روایتی را که ما استناد کردیم، به عنوان مثال ذکر کرد، همچنان که مرحوم آقای خویی رحمه الله به صحیحهٔ أبو عبیده اشاره کرده اند.

ب) حکم مسئله در صورت کاربرد لفظ توکیل در عقد:

اشاره

مسئله ۲۵: لو قال فی مقام اجراء الصیغه «زوجت موکّلتی فلانه» مثلاً مع انه لم یکن وکیلاً عنها فهل یصح و یقبل الإجازه أم لا؟ الظاهر الصحه. نعم لو لم یذکر لفظ «فلانه» و نحوه کأن یقول «زوجت موکلتی» و کان من قصده امرأه معینه مع عدم کونه وکیلاً عنها یشکل صحته بالاجازه.

۱) توضیح عبارت عروه:

مرحوم سید می فرمایند اگر کسی که وکالت از جانب زنی مثلاً با نام زینب ندارد، او را عقد کند و در انشاء خود بگوید: «به ازدواج در آوردم موکّلهٔ خود زینب را»، ظاهراً عقد او به عنوان فضولی صحیح است و با اجازهٔ آن زن نافذ می شود، یعنی عنوان کردن واژهٔ «توکیل» عمداً یا اشتباهاً در صورتی که نام خود زن را می برد، مبطل عقد نیست و با اجازهٔ اصیل نافذ می شود. اما اگر تنها قصد او را کند و بدون اینکه نامش را ذکر کند عنوان توکیل را به کار برده و بگوید: «موکّلهٔ خود را به ازدواج درآوردم»، در حالی که واقعاً وکیل او نیست، در اینجا مشکل است که عقد را بتوان با اجازه تصحیح نمود.

۲) نظر استاد مد ظله

به نظر می رسد که در این مسئله باید به گونه ای دیگر قائل به تفصیل شویم: اگر قصد عاقد از آوردن عنوان توکیل، تزویج خصوص کسی است که به او وکالت داده یعنی او نمی خواهد که در امور دیگران بدون اذن دخالتی کرده و تزویج فضولی

انجام دهد، در اینجا خواه نام زینب را ببرد یا نه، در هر دو صورت وقتی که معلوم شود که او وکیل نبوده یا موکله اش غیر زینب بوده است، آن عقد برای زینب واقع نمی شود و نمی توان آن را با اجازه تصحیح نمود. زیرا مجرد منطبق شدن ظاهر کلام با یک معلوم خارجی باعث نمی شود که بتوان آن معلوم خارجی را مقصود واقعی گوینده دانست، بلکه در عقود لازم است که مقصود با واقعیت خارجی تطابق داشته باشد و فرض این است که در اینجا این تطابق وجود ندارد، زیرا می دانیم که مقصود او زینب نبوده است. همچنان که اگر کسی که دو دختر داشته باشد و شخصی را وکیل کند که مثلاً فاطمه را تزویج کند و او بر اساس این وکالت عقدی جاری کند و به اشتباه نام زینب را ببرد، در اینجا چه عنوان توکیل را آورده با شد یا بدون این عنوان عقد خوانده باشد، در هر دو صورت، عقد برای زینب واقع نشده، و برای فاطمه که مورد وکالت بوده، تحقق می یابد.

اما اگر عاقد لفظ موکّله را فقط به عنوان لفظ مشیر بکار ببرد و مقصود واقعی او تزویج زینب باشد، در اینجا اگر مقصودش معلوم باشد، خواه نام او را ببرد یا نبرد، عقد برای زینب واقع می شود و با اجازهٔ او نافذ می گردد. چون عقد بر کسی که مقصود واقعیِ عاقد است واقع می شود و عناوینی که نقشی جز اشاره به مقصود او ندارند، مقصود او را تغییر نمی دهند و تخلف در آنها مضرّ به عقد نیست. به نظر ما به جای تفصیلی که مرحوم مصنف داده، باید به این شکل در مسئله تفصیل داد.

ج) امضای عقد بدون مهر یا با مهری دیگر یا با الغاء یا افزودن شرطی دیگر:

اشاره

مسئله ۲۶: لو اوقع الفضولی العقد علی مهر معین هل یجوز اجازه العقد دون المهر او بتعیین المهر علی وجه آخر من حیث الجنس او من حیث القلّه و الکثره فیه اشکال بل الاظهر عدم الصحه فی الصوره الثانیه و هی ما اذا عین المهر علی وجه آخر کما انه لا تصح الاجازه مع شرط لم یذکر فی العقد او مع الغاء ما ذکر فیه من الشرط.

ص:۴۴۹۵

۱ – توضیح عبارت عروه:

مفهوم ظاهر عبارت مرحوم مصنف این است که مجیز اگر فقط عقد را اجازه بدهد، اما مهریه را اجازه ندهد، صحت این اجازه محل اشکال و تأمل است و اگر عقد را با مهریه ای از جنس دیگر و یا با مهریهٔ کمتر یا بیشتر اجازه دهد، بدون اشکال صحیح نیست. همچنین اگر شرطی به عقد اضافه یا شرطی از آن را الغاء کند و اجازه دهد، امضای او مفید نیست. پس اگر مجیز بخواهد مهریه را تغییر دهد یا شرطی به عقد اضافه یا از آن الغاء کند، مثلاً مهریه زمین باشد و آن را به پول تغییر دهد یا میزان مهریه را دو برابر کند و مانند اینها، باید عقدی جدید انجام دهد.

۲) مناقشاتی در کلام مرحوم مصنف قدس سرّه

مرحوم آقای حکیم و مرحوم آقای خویی به تفاوت گذاردن مرحوم سید علیه السلام میان دو صورت مسئله اشکال کرده و می گویند که اگر وجه بطلان را این بدانیم که تغییر مفاد عقد هنگام اجازه دادن توسط مجیز، موجب عدم تطابق میان ایجاب و قبول می شود و از این جهت عقد محکوم به بطلان است، در این صورت فرقی میان صورت اول با دیگر صور مسئله وجود ندارد. در فرض اول (اجازهٔ خود عقد بدون اجازهٔ مهریه) نیز مانند فرض اخیر (اجازهٔ خود عقد بدون اجازهٔ شرط آن) تطابق وجود ندارد، همان گونه که شرط که از ارکان عقد نیست، اگر ملغی شود، موجب عدم تطابق می گردد، عدم اجازهٔ مهریه هم حتی در عقد دائم که از ارکان آن نیست باید مانند الغاء شرط موجب عدم تطابق گردد. حتی ممکن است گفته شود که در شرط به دلیل اینکه ماهیت آن التزام فی التزام است، می توان وجهی برای تصحیح عقد تصور کرد که در مهریه این وجه هم نیست. بنابراین وجهی برای تفاوت میان دو فرض مذکور در کلام مرحوم سید رحمه الله به نظر نمی رسد. اگر به وجه تأمل مصنف رحمه الله در صورت اول، انحلال عقد باشد، چون این انحلال را در شرط هم می توان جاری و

ساری دانست. اگر قائل به انحلال شویم و میان عقد از یک سو و مهر یا شرط آن از سوی دیگر تفکیک قائل شویم، باید در هر دو فرض مسئله این را بگوییم. پس چه وجهی برای تفصیل ایشان وجود دارد؟

بحث دیگر این است که در موارد دیگر مانند بیع شیئی که بایع فقط نصف آن را مالک است یا بیع با شرط فاسد و امثال اینها فقها معمولاً قائل به انحلال عقد می شوند و می گویند که در واقع دو التزام وجود دارد، مثلاً در مثال اول، نسبت به نصف مملوک، عقد را صحیح و نسبت به نصف دیگر آن را فضولی می دانند - که اگر مالک آن را نپذیرد، خیار تبعض برای مشتری وجود دارد - یا در مثال دوم، فقها خود عقد را صحیح اما شرط آن را فاسد می دانند و فساد شرط را به اصل معامله تسری نمی دهند. پس چرا در ما نحن فیه با تمسک به انحلال به مسئلهٔ پرداخته نمی شود و اصرار بر وحدت التزام وجود دارد؟ این اشکال در کلام فقها صریحاً مطرح نشده و آقای حکیم رحمه الله اجمالاً به آن اشاره کرده اند.

۳) توضیح حضرت استاد – مد ظله – دربارهٔ کلام مرحوم مصنف قدس سرّه:

هنگامی که در عبارت و سخن فقیهی که عبارات خود را به دقت تنظیم می کند، ناهماهنگی دیده شود، شایسته است که ابتدا با تأمل بیشتر در رفع تنافی آن سعی شود و یا لا اقل وجهی برای آن ذکر گردد و سپس به نقد آن پرداخته شود. به نظر ما مراد مرحوم سید رحمه الله در فرض نخست از اجازهٔ عقد بدون مهریه، این نیست که مجیز بگوید من به خود عقد راضی هستم اما مهریه را نمی پذیرم و عقد را بدن مهریه اجازه می کنم تا ماهیت آن با مشابه یا الغاء شرط (فرض دوم مسئله) باشد، بلکه مراد ایشان را می توان یکی از این دو صورت دانست:

احتمال اول: اینکه مجیز می گوید که من نسبت به اصل مهریه اکراهی ندارم ولی این مهریه خاص را نمی پذیرم، لذا اصل عقد را بدون مهریه امضا می کند. پرواضح است که در این صورت، او در مقام الغاء مهریه و امضای عقدی که منفک از آن باشد

نیست و بـا صورت اخیر (الغـای شـرط) تفاوت دارد. البته چون وجهی مقبول برای صـحت این فرض به نظر نمی آیـد، تا بتوان موجبی برای تأمـل سـید رحمه الله تصور کرد، لـذا احتمـال اینکه ایشان آن را اراده کرده باشـد، ضـعیف است ولی در هر حال فرضی است که ماهیتاً با فرض اخیر مسئله متفاوت است و می تواند حکم مسئله را در دو فرض متفاوت نماید.

احتمال دوم: که به احتمال قوی همین فرض مورد نظر سـید رحمه الله است، این است که مجیز نسبت به مهریه سکوت می کند و دیـدگاه و موضوع خود را نفیاً و اثباتاً ابراز نمی دارد یعنی نه آن را الغاء می کنـد و نه رضایت خود را نسـبت به آن ابراز می دارد و فقط خود عقد را امضا می کند و وجه تأمل ایشان این است که وقتی مجیز اصل عقد را اجازه دهد و مهریهٔ معین را نفی نکنـد، این سؤال مطرح می شود که آیا اجازهٔ او ارتکازاً به اجازهٔ عقـد با مهریـهٔ مورد توافق بین متعاقـدین بازگشت می کند یا معنایش این است که من فقط عقد را می پذیرم و نسـبت به مهریه موافق نیسـتم. وجه تأمل سـید رحمه الله وجود چنین احتمالی است و الاّـ صـرف نظر از آن، ایشـان حتمـاً این صورت را هم ماننـد صور دیگر محکوم به بطلاـن و حکم آنهـا را یکسـان می دانسـتند. پس از این جهت اشـکالی به مرحوم سید رحمه الله وارد نیست. اشکالی که باقی می ماند، اشکال انحلال است. ادامهٔ بحث در جلسهٔ آینده ان شاء اللّه....

«* و السلام *»

ص:۴۴۹۸

۱۳۸۱/۱۰/۸ یکشنبه درس شمارهٔ (۴۸۳) کتاب النکاح/سال پنجم

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

خلاصهٔ درس:

در این جلسه ابتدا بحث دلیل لزوم تطابق اجازه و عقد مجاز در عقد فضولی و عدم انحلال عقد طرح، و به بیان معنای انحلال و فارق این بحث با عقود مرکب و مشروط که در آنجا فقط قائل به انحلال شده اند خواهیم پرداخت. و سپس مسئله ۲۷ را درباره شخصی که عقد را به عنوان فضولی اجرا نمود و بعد معلوم شد وکیل یا ولیّ بوده است، بررسی می کنیم.

***

اگر فضولی با مهر معیّن عقد نمود، ولی مجیز آن را بدون مهر اجازه داد.

متن عروه:

مسئله ۲۶: «لو اوقع الفضولی العقد علی مهر معیّن، هل یجوز اجازه العقد دون المهر، او تعیین(۱) المهر علی وجه آخر من حیث الجنس أو من حیث القله و الکثره؟ فیه اشکال...».

۱ – موضوع بحث:

اگر فضولی با مهر معیّن عقد نمود، ولی مجیز آن را (۱) بدون مهر اجازه داد. (۲) آن را با مهر متفاوت – کمتر یا بیشتر یا جنس دیگر – قبول کرد.

(۳) یا فضولی عقد را مشروط خوانده ولی مجیز بدون شرط اجازه می دهد (۴) یا شرطی اضافه می کند. مرحوم سید در صورت اول مسئله را با تردید و اشکال بیان کرده و در بقیه صور، حکم به بطلان کرده اند(۲).

ص:۴۴۹۹

۱- (۱) – در عروه چاپ جامعه مدرسین، مصحح «باء» را حذف کرده و تعیینُ المهر نوشته است که این اشتباه است و صحیح آن با «باء» است که در نسخ اصلی هم می باشد. و معنایش این است که: مجیز گاهی عقد را بدون مهر اجازه می دهد و گاهی با تعیین مهر دیگری می پذیرد.

۲- (۲) – البته در مورد صورت دوم فرموده: الاظهر عدم الصحه، و در مورد صورت سوم و چهارم با قاطعیت بیشتری فرموده: لا تصح الاجازه.

و لکن در مباحث دیگر فقها در مورد عقدی که روی شیء مرکب یا مشروطی واقع می شود قایل به انحلال هستند و می گویند: اگر کسی خانه ای را که فقط مالک نصف آن است بفروشد، در نصف خانه، معامله صحیح و نصف دیگر فضولی و غیر نافذ است. و اگر بیع، مشروط به شرط فاسدی بود می گویند: شرط فاسد سرایت نمی کند و معامله صحیح ولی خیاری است(۱).

فارق بین این دو مسئله چیست که در بحث عقد فضولی قایل به انحلال نمی شوند؟

برخی از اعاظم کلامی در انحلال، خطابات دارند که بررسی آن برای روشن شدن بحث ما مفید است.

۲ – نظر مرحوم آقای خمینی – قدس سرّه – در عدم انحلال خطابات قانونی:

ایشان در مباحث اصولی نظر خاصی در خطابات قانونی دارند و می فرمایند:

قوانینی که به نحو عام جعل می گردد نظر به افراد ندارد و خطاباتی که از این قوانین حکایت می کند به تعداد افراد منحل نمی شود، چون اصلاً نظر به افراد ندارند (و لذا ممکن است موقع جعل قانون اصلاً هیچ فردی نباشد و هیچ مصداقی نداشته باشد) و از وجوهی که برای آن ذکر کرده اند این است که: جمله خبری و انشایی از جهت انحلال تفاوتی ندارد، اگر انشاء انحلال پیدا کند اخبار هم باید انحلال پیدا کند، و در اخبار انحلال نیست چون اگر قایل به انحلال شویم باید کسی که می گوید «کل نار بارده» با این جمله به تعداد آتش های دنیا دروغ گفته باشد با اینکه وجداناً یک دروغ بیشتر محسوب نمی شود در جمله انشایی نیز مانند جمله اخباری انحلالی در کار نیست و اگر بگویند: «همه به جبهه بروید» این عام منحل به افراد نمی گردد تا بگوییم مثلاً چون بعضی عاجزند خطاب به عاجز عقلاً صحیح نیست. پس این خطابات عمومیت ندارد و مخصوص قادرین است.

۱- (۱) - و در باب نکاح گفته اند اگر شرط فاسدی را در عقد ذکر کردند صحّ العقد و بطل الشرط.

۳ – نظر استاد – مد ظلّه

منظور از انحلال، انحلال حقیقی نیست که حقیقتاً انشاءات و جعل های متعددی باشد یا چندین اخبار باشد، بلکه یک انشاء و یک اخبار بیشتر نیست و لکن در باب انشاءات، عقلاء انشاءات را به حسب احکام، مختلف دانسته و در بعضی موارد احکام را مستقل دانسته و انشاء آنها را در حکم متعدّد و در بعضی دیگر در حکم واحد به حساب می آورد.

مثلاً در جمله انشایی «همه به جبهه بروید»، عرف حکم به انحلال کرده احکام مجعوله را متعدد و اطاعت ها و امتثالهای آن را نیز متعدّد می داند مثل اینکه مولا متعدد انشاء کرده و فرموده باشد: زید تو برو، عمرو تو برو، و...، در نتیجه از نظر عقلایی عاجزین مأمور به خطاب نیستند. ولی در جمله خبریه «کل نار بارده» عرف قایل به انحلال نمی شود و مثل اخبارات متعدد نیست و فرضاً اگر دروغ را از معاصی صغیره بدانیم، این تکرار معصیت نیست تا کبیره گردد. پس موارد به حسب نظر عرف مختلف است. در ما نحن فیه نیز ممکن است گفته شود انحلال عقدی که روی شیء مرکب یا مشروط رفته انحلال حقیقی نیست.

۴ – معنای انحلال و بیان فارق به نظر مرحوم آقای حکیم (که در مسئله مهریه در نکاح فضولی قایل به انحلال نشده ولی در مرکبات و مشروطات قایلند):

ایشان می فرمایند: معنای انحلال این نیست که حقیقتاً و استقلالاً عقود متعدّد در کار است و چند عقد واقع شده، بلکه به حسب قوانین عرفی در حکم تعدّد است.

اگر کسی خانه ای را به ۴۰ میلیون تومان فروخت به این معنا نیست که به عدد اجزاء خانه – لایتناهی – عقد واقع شده و ثمن هم به همین صورت تبعیض پیدا می کند و تقسیم می شود بلکه یک عقد است که در بعضی احکام حکم تعدّد پیدا می کند.

عرف در بعضی موارد حکم انحلال عقد و تعدّد بار می کند و شارع مقدس نیز

ص:۴۵۰۱

بخشی را امضاء می کند. مثلاً بعد از فروش خانه معلوم شد که شخص مالک نصف خانه بوده، که فقط نصف خانه منتقل می شود. عرف با این انحلال مساعد است.

ایجاب و قبول هر دو متطابق و روی تمام خانه رفته است و حکم شارع آن را تبعیض نموده و با این حکم کأنّ دو عقد واقع شده که شارع یکی را امضاء و یکی را ردّ نموده است.

و همین طور اگر دو شیء مستقل با عقد واحد معامله شود، شخصی خانه و فرشی را به عقد واحد بفروشد که یکی ملک دیگری است و خریدار نیز آن را قبول کند، در اینجا نیز عرف مساعد انحلال است که این عقد حکماً منحل به دو عقد گشته، أَوْفُوا بِالْعُقُودِ نفوذ عقد را در مورد ملک فروشنده اثبات می کند و صحّت عقد نسبت به جزء دیگر متوقف بر اجازه مالک آن است. خلاصه: با تعدّد موضوع حکم تعدّد عقد بار می شود.

اما اگر یک شیء ذات اجزاء را فروخت مثلاً گفت: خانه را به چهل میلیون تومان فروختم و خریدار در جواب گفت: نصف خانه را به بیست میلیون تومان خریدم، از نظر عرفی در اینجا انحلال ایجاب صحیح نیست و حکم دو عقد بار نمی شود تا در نتیجه بگوییم نسبت به بخشی از ایجاب تطابق ایجاب و قبول حاصل شده است، بلکه عقد اساساً باطل است، چون بین ایجاب و قبول توافق نیست.

ما نحن فیه نیز همین طور است چون اجازه حکم قبول را دارد. آنچه عقد روی آن واقع شده و آنچه مجیز اجازه داده متفاوت می باشد.

یکی مشروط و یکی بدون شرط یا یکی کلّ و یکی جزء، پس عقد باطل است، چون بین ایجاب و قبول تطابق نیست.

۵ – نظر استاد – مد ظلّه –

این تفکیکی که ایشان در موارد مختلف قایل شده اند مورد تأمل است. آیا مسئله شرط و مشروط در احکام فقهی چگونه است؟ اگر منظور از مشروط بودن عقد به

شرطی، تعلیق آن است، در این صورت اگر معلّق علیه حاصل نشود بلا اشکال عقد باطل است.

اما اگر مراد از شرط و مشروط همان معنای التزام فی التزام باشد که مرحوم سید و عده ای از فقها قایلند یعنی حقیقتاً دو التزام است. یکی التزام به مشروط که قیدی ندارد و دیگر التزام ثانوی که التزام شرطی است، در این صورت چرا انحلال را نپذیریم؟

(البته ملتزم شدن به شرط بدون مشروط معنا ندارد، چون شرط وابسته به مشروط و مشروط زمینه ساز شرط است ولی ملتزم شدن به مشروط بدون شرط مانعی ندارد.

مشابه آن در وابستگی یک طرف، صحّت نماز ظهر است که متوقف به عصر نیست، ولی صحّت نماز عصر مشروط و متوقف به تقدّم ظهر است).

به هر حال، وقتی عقد مشروط حقیقتاً دو التزام باشد که شخص می تواند یک التزام را قبول کند و یکی را قبول نکند در همه این گونه شرطها حقیقتاً تعدّد عقد است، چطور شما در بعضی موارد می گویید عقد باطل است.

شما در بعضی موارد که التزام واحد است - مثل موردی که تمام خانه را فروخت و نصف آن را مالک نبود و مالک آن را اجازه نکرد یا موردی که فضولتاً دو شیء را به عقد واحد فروخت و مالک یا یکی از آنها را اجازه می دهد - حکم به انحلال می کنید با اینکه یک عقد و یک التزام روی مجموع بیشتر نیست، چطور در موارد شرط که حقیقتاً عقد متعدّد و دو التزام است، آن را قابل تبعیض نمی دانید؟

پس ما به طور کلی در دو شرط و مشروط که دو التزام است قایل به انحلال می شویم و اگر شرط باطل بود وجهی برای بطلان مشروط نداریم.

البته به نظر ما مواردی که از نظر عرفی اطلاق شرط به آن می شود همیشه به نحو تعدد مطلوب و تعدد التزام نیست، ولی اصطلاح فقهاء از شرط مخصوص التزام فی

التزام است و تنها مواردی که التزام فی التزام باشد اطلاق شرط می کنند، بنابراین اصطلاح، باید در تمام موارد شرط قایل به انحلال شویم.

هر چند، خیلی وقت ها تعبیراتی که از شرط می شود بازگشت به تعدّد مطلوب نمی کند و عرف آن را از باب شرط و التزامٌ فی التزام نمی داند.

مثلاً در همین مسئله مورد بحث ما، در جایی که عقد را بدون مهر امضا کند همین گونه است و وجهی برای انحلال نیست هر چند در مشروطات دیگر قایل به دو التزام و انحلال شویم زیرا معنای انحلال در اینجا این است که یک مطلوب او عقد مجرد از مهر است و دیگر عقد با مهر، در حالی که خارجاً این طور نیست، چون عاقد در اینجا وجداناً و بالفطره به دو چیز ملتزم نمی شود، یکی مطلق ازدواج چه مهر داشته باشد یا نه، و خواست دیگر او اینکه فلان مقدار مهر باشد، زیرا بسیاری اوقات اصلاً حاضر نیست بدون مهر ازدواج کند.

نتیجه این که چون عقد نسبت به مهر انحلال پذیر نیست، اجازه آن بدون مهر یا با مهر دیگر موجب تصحیح عقد نمی شود. اما نسبت به شرط اگر مراد همان شرط فقهی باشد چون دو التزام است اصل عقد با اجازه او تصحیح می شود هر چند الغاء شرط یا اضافه کردن شرطی دیگر به نفس اجازه الزام آور نیست.

بررسی مسئله ۲۷: عروه

متن عروه

مسئله ۲۷: «اذا اوقع العقد بعنوان الفضولیّه فتبیّن کونه وکیلا ـ فالظاهر صحته و لزومه اذا کان ناسیاً لکونه وکیلا بل و کذا اذا صدر التوکیل ممن له العقد و لکن لم یبلغه الخبر علی اشکال فیه. و اما لو أوقعه بعنوان الفضولیه فتبیّن کونه ولیّا ففی لزومه بلا اجازه منه او من المولی علیه اشکال».

توضیح مسئله:

اشاره

سه فرض در این مسئله بیان شده است:

فرض اول: وکیل وکالت را فراموش کرده و عقدی را به عنوان فضولی خواند،

یعنی معتقداً به اینکه صحت شرعی عقد احتیاج به اجازه دارد، عقد را اجراء نمود.

ص:۴۵۰۴

مرحوم سید می فرمایند: مقام واقع را باید حساب کرد که فضولی نیست و احتیاج به اجازه ندارد و عقد صحیح و نافذ است.

فرض دوم: ایشان می فرمایند: بلکه اگر وکالت شخص هنوز فعلیت پیدا نکرده

یعنی خبر وکیل شدن به او نرسیده تا قبول کند و وکالت او فعلی و شرعی گردد، در این حال عقدی را فضولی انجام داد به نظر می رسد که عقد صحیح باشد هر چند خالی از اشکال نیست.

فرض سوم: اگر عاقد ولیّ معقود علیه بود و لکن متوجه ولایت خویش نبوده و به حساب فضولی عقد را جاری کرده،

آیا احتیاج به اجازه مجدّد خود او، یا مَن لَهُ الاجازه دارد یا نه؟ فیه اشکالٌ

الف) بررسی ادلّه و اقوال در مسئله

اشاره

صحت فرض اول را واضح دانسته اند و بحثی هم ندارد، چون عقد ممن له الامر صادر شده است هر چند توجهی به وکالت نداشته است.

۱ – نظر مرحوم آقای حکیم در فرض دوم:

اما فرض دوم که هنوز خبر وکالت به او نرسیده و عقد را فضولی اجراء کرده، مرحوم آقای حکیم آن را صحیح دانسته می فرمایند: لازمهٔ انشاء توکیل، انشاء اذن است، گرچه وکالت احتیاج به قبول دارد و بدون آن محقق نیست ولی اذن دادن از ایقاعات است و قبول نمی خواهد و همین که أذنتُ بگوید یا جمله ای که دالّ بر اذن باشد مانند عقد توکیل، مأذونیّت محقّق می شود.

۲ – اشکال مرحوم آقای خویی و نظر استاد – مد ظلّه –

مرحوم آقای خویی اشکال کرده می فرمایند: اذن تا به طرف واصل نشود او مأذون نیست و مجرّد انشاء اذن مادامی که خبر آن به مباشر نرسد صدق نمی کند که من له الامر به او اذن داده است.

و لکن به نظر ما حق با مرحوم آقای حکیم است، چون اگر کسی اعلام کند که همه آقایان در فلان امر مأذونند آیا کسانی که علم به این جعل انشاء ندارند، عنوان مأذونیت بر آنها منطبق نیست؟ وجداناً این طور نیست و همه افراد مأذونند حال بعضی مأذونیت را می دانند و بعضی نمی دانند. پس فرض دوم هم صحیح است.

بله اگر کسی قایل باشد که در صحت عقد استناد آن به اصیل یا مجیز معتبر است و باید عمل صادر شده - و لو با واسطه - فعل کسی حساب شود که اذن یا اجازه اش در عقد معتبر است، در این صورت فرع اوّل و دوّم هیچ کدام نباید صحیح باشد.

چون در فرع اول وکالت را فراموش کرده و عقد منبعث از وکالت وکیل نیست و در فرع دوم نیز اذن غیر واصل است و در هیچ کدام عمل او، فعل تسبیبی موکّل نخواهد بود.

و لکن به نظر ما چنین استنادی معتبر نیست و مجرّد وکیل بودن یا مأذون بودن کفایت می کند، هر چند فعل تسبیبی موکل هم به حساب نیاید و هر دو صورت صحیح می باشد. مورد اجازه کردن عقد فضولی را در نظر بگیرید، فرض کنید کسی که عقدی را فضولتاً برای او انجام داده اند اجازه می دهد ولی عاقد فضولی و طرف اصیل او هیچ کدام متوجه این اجازه نشوند، ظاهر فتاوی این است که چنین عقدی صحیح است و نمی گویند: باید عاقد و طرف مقابل بفهمند که او اجازه داده تا عقد صحیح و نافذ گردد هر چند تا از اجازه او اطلاع پیدا نکردند نمی توانند با این عقد معامله صحت کنند، و معلوم است که موافقت قبلی (اذن) با موافقت بعدی (اجازه) از نظر عقلاء تفاوتی از این جهت ندارد.

بله موافقت ثبوتی و رضایت در مقام واقع که انشاءً ابراز نشده باشد کفایت نمی کند که مرحوم آقای خویی فرض دوم را بر این معنا منطبق دانسته اند که صحیح نمی دانند و فرموده اند: راضی بودن تنها که اظهار موافقت نشود کافی نیست.

و بعضی گفته اند این اظهار و انشاء را باید لااقل یک نفر بفهمد و ما عرض کردیم

ص:۴۵۰۶

همین که انشاء وکالت نمود هر چند وکیل نفهمد، اظهار اذن است و کفایت می کند.

۳ – بررسی صورت سوم و نظر استاد – مد ظلّه –

اما صورت سوم که مرحوم سید اشکال نموده اند، موردی است که ولیّ متوجه ولایت خود نبوده یا گمان می کرده ولایت ندارد و به عنوان فضولی عقدی را انجام داده است.

به نظر ما مسئله دو فرض دارد:

فرض اول: که شخص نمی دانسته نسبت به دختر خودش (بنا بر مختار ما) یا نسبت به صغیر ولایت دارد

و عقد را جاری کرده که بعد دخترش اجازه بدهد، یا وقتی صغیر صلاحیت پیدا کرد اجازه بدهد. به نظر می رسد این صورت صحیح باشد چون او ولی واقعی بوده و واقعاً به آن عقد رضایت داشته است، و صحّت عقد ولیّ دایر مدار حکم واقعی است و شارع مطلق فرموده: عقد ولی صحیح است، یعنی چه بداند و چه نداند، نه عقد ولی که متوجه ولایت خودش باشد.

فرض دوم: می داند نسبت به دختر دیگران ولایت ندارد

و زینب را به خیال اینکه دختر دیگری است فضولتاً عقد می کند و بعد معلوم می شود دختر خود اوست، و اگر می دانست دختر خودش هست حاضر به چنین عقدی نبود چون طرف را مناسب با شأن خود نمی دانست که دختر خودش را به او بدهد. در اینجا چون واقعاً رضایتی نسبت به عقد دختر خود ندارد، این عقد صحیح فعلی نیست، و این مثل آن است که: شخصی چیزی که مِلک دیگری است به کسی می بخشد یا از روی بی مبالاتی یا به قصد اینکه بعد برود اجازه بگیرد و اگر مال خودش بود هرگز حاضر به بخشش نبود در این صورت اگر بعد معلوم شود مال خودش بوده، صحیح نمی باشد چون رضایت او حاصل نبوده است، بلکه متوقف بر رضایت من له الامر است.

ص:۴۵۰۷

اما در فرض اول که ولی به عنوان فضولی عقـد را انجام می دهـد رضایت خود او هست و لذا عقد صـحیح است هر چند خیال می کرده به حسب شرعی رضایت دیگری معتبر است که بعد معلوم می شود معتبر نبوده است.

«* و السلام *»

ص:۴۵۰۸

۱۳۸۱/۱۰/۱۰ سه شنبه درس شمارهٔ (۴۸۴) کتاب النکاح/سال پنجم

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

خلاصهٔ درس:

در این جلسه، ابتدا مسئله ۳۸۹۱ عروه را مورد بحث قرار داده و صور مختلف ایقاع عقد توسّط ولی یا جدّ را طرح و سپس اشاره ای خواهیم داشت به مباحث قبلی، به اینکه آیا صغیرین بعد از بلوغ، اختیار فسخ و ردّ عقد را دارند یا خیر، و نهایتاً بعضی از فروعات همین مسائل را ذکر کرده و اشکالات مرحوم کاشف الغطاء و مرحوم آقای خویی را بر کلام سیّد مطرح و ضمن ردّ اشکالات مطروحه توسّط استاد مد ظله، ادامه بحث را به جلسه آتی واگذار می نماییم.

***

شخص اصیل یا ولی یا وکیل است وکیل است و خودش نیز اطلاع دارد که عقدش نافذ نبوده و احتیاج به اجازه کسی ندارد و در عین حال به عنوان فضولیت این عقد را اجراء می کند

مسئله ۳۸۹۱/۲۸: اذا کان عالماً بأنه وکیل أو ولیّ و مع ذلک اوقع العقد بعنوان الفضولیه فهل یصح و یلزم او یتوقف علی الاجازه او لا یصح؟ وجوه أقواها عدم الصحه لانه یرجع الی اشتراط کون العقد الصادر من ولیّه جائزاً فهو کما لو اوقع البالغ العاقل بقصد ان یکون الامر بیده فی الابقاء و العدم و بعباره اخری أوقع العقد متزلزلاً.

موضوع مسئله قبل [مسئله ۲۷] این بود که شخصی اصیل یا ولی یا وکیل بوده و اختیار ایقاع عقد را داشته ولی فکر می کرده اختیار ندارد و لذا به قصد فضولیت عقدی را انشاء کرده، آیا این عقد صحیح است یا خیر؟ این موضوع مسئله قبل بود.

فرض دیگر - که موضوع بحث امروز است این است که شخص اصیل(۱) یا ولی یا

۱- (۱) - در این مسئله مرحوم سید رحمه الله فقط ولی یا وکیل را فرض کرده اند ولی بحث اختصاص به آنها نداشته در

وکیل است و خودش نیز اطلاع دارد که عقدش نافذ نبوده و احتیاج به اجازه کسی ندارد و در عین حال به عنوان فضولیت این عقد را اجراء می کند در این صورت سه احتمال در مسئله هست. یکی اینکه مثل مسئله قبل بگوییم عقد صحیح و نافذ باشد حتی احتیاج به اجازه هم نداشته باشد دوم اینکه صحت شأنیه و تأهلیّه داشته باشد و با اجازه بعدی صاحب اختیار صحیح فعلی شود. احتمال سوم اینکه عقد اصلاً باطل باشد و با اجازه بعدی هم قابل صحیح نباشد.

مرحوم سید اختیار می کند که اقوای وجوه بطلان است برای اینکه این عقد برگشت می کند به اینکه من عقد می کنم به شرط اینکه این عقد فضولی باشد و من ولایت نداشته باشم اختیار انجام عقد را نداشته باشم و چنین عقدی (چون شارع امضاء نکرده است) باطل خواهد بود، و این عقد نظیر این است که شخص بالغ و عاقل (و رشید) است و عقدی را به قصد اینکه در ابقاء و عدم به ید او باشد انجام دهد و به عبارت دیگر عقد را متزلزلاً واقع کند. این فرمایش مرحوم سید است.

مراد از این عبارت روشن نیست همان طور که شرّاح نیز اشاره کرده اند.

اگر برگشت این عقد به تعلیق باشد یعنی انشاء عقد به عنوان فضولی، عبارت باشد از تعلیق عقد و اینکه من عقد را به این شرط انشاء می کنم که متزلزل و موقوف بر اجازه باشد این عقد بدون تردید باطل است چون هر چند در باب تعلیق صورت هایی را تصویر کرده اند و بطلان برخی از آنها محل بحث است لیکن تعلیق عقد به امر غیر واقع و مقطوع العدم مسلّماً موجب بطلان است. من بگویم این عقد را من جاری می کنم به شرط اینکه این عقد احتیاج به اجازه داشته باشد و خودم بدانم که این عقد محتاج اجازه نیست این برگشتش به عدم قصد عقد است، تعلیق را اگر در جاهای دیگر اشکال نکنیم در اینجا مسلماً باطل است. خلاصه اگر انشاء

عقـد به عنوان فضولیت به تعلیق بر امری که واقع نیست رجوع کنـد مسـلماً عقـد باطل است لکن صـغری قرار دادن مقام بر آن کبرای مسلّم درست نیست، عقد را به عنوان فضولی انشاء کردن - که موضوع مسئله ما می باشد - معنایش تعلیق نیست.

یعنی معنایش این نیست که اگر فضولیّ و موقوف شد عقد واقع شود و اگر عقد لازم شد عقد واقع نشود تا تعلیق در بین باشد. بلکه در مقام، صـرفاً یک اعتقاد و تشـریعی قلبی برای شـخص پیدا شده است و فرق مقام با مسئله قبل در این است که در آنجا شخص خیال می کرده که فضولیّ است و عقدش بدون اجازه صـحیح نیست اما اینجا می داند فضولی نیست و احتیاج به اجازه دیگری ندارد.

خلاصه: به جهت تعلیق نمی توانیم حکم به بطلان عقـد بکنیم. و از طرف دیگر حتی ولی به اعتقاد فضولیّ بودن عقد را جاری می کنـد لازم نیست همین فضولیّ بودن نیز تحت الانشـاء درآیـد یعنی اعتقـاد قلبی به فضولی بودن ملازم با این نیست که به عنوان فضولیت انشاء عقـد کنـد. ممکن است شخصـی به اعتقاد فضولی عقد را انجام دهد ولی فضولی بودن تحت الانشاء واقع نشود، چنانچه متعارف فضولی ها یعنی غاصب هایی که یقین به غصب دارند انشاء آنها با انشاء أصیل یکی است.

منتهی شارع مقدس انشاء أصـیل را صحیح بالفعل قلمداد کرده اما صحت انشاء فضولیّ را موقوف و مشروط به اجازه قرار داده است. وگرنه انشـاء أصـیل بـا انشـاء فضولی از نظر ماهیت فرقی نمی کنـد. خلاصه چون فضولی بودن تحت الانشاء واقع نشـده است، مانعی ندارد که این عقد مشمول ادلّه صحت قرار گیرد.

ان قلت: کسی که قصد فضولیت دارد قصد اصالت یا ولایت یا وکالت ندارد.

قلت: در صـحت عقـد اصـیل و ولی و وکیل قصـد این عناوین لازم نیست تا اشـکال شود که قصد فضولیت با قصد این عناوین منافات دارد، لـذا کسـی که به عنوان اصالت یا ولایت هم عقدی را اجرا نکرده، اگر واقعاً صاحب اختیار باشد عقدش مشـمول ادله صحت قرار می گیرد هر چند از نظر قلبی قصد فضولیت داشته باشد.

ص:۴۵۱۱

البته اگر عقـد نکاح از معاملات نبوده بلکه از عبادات بود ممکن بود کسـی اشـکال کند که قصد تشـریع با قصد قربت منافات دارد.

به علاوه اگر فضولیّ بودن را تحت الانشاء هم بیاورد بعـد از آن که انشاء عقد معلق به فضولی بودن نیست چرا عقد باطل شود یعنی بعد از آن که ذات عقد - غیر مشـروط به فضولیت - مورد انشاء قرار گرفته مشمول ادله نفوذ قرار گرفته و صحیح خواهد بود.

نتیجه آن که: چنین عقـدی صـحیح است و با فرمایش صاحب عروه که حکم به عـدم صـحت در مقام کرده نمی توان موافقت کرد و وجه فتوای صاحب عروه در این مسئله معلوم نیست، چنانچه دیگران نیز اشاره کرده اند.

عقد ولی فضولی موقوف بر اجازه و امضاء نیست تا اگر اجازه نشود باطل باشد و اما حق فسخ ندارد

مسأله ۳۸۹۲/۲۹: اذا زوّج الصغیرین ولیّهما فقد مرّ ان العقد لازم علیهما و لا یجوز لهما بعد البلوغ ردّه أو فسخه.

قبلاً ذیل مسئله ۴ همین فصل گذشت که اگر پدر یا جدّ صغیر یا صغیره را تزویج کرد این عقد صحیح و لازم است و نیازی به امضاء بعدی زوجین نیست بلکه صـغیر یا صـغیره بعد از بلوغ خیار فسخ این عقد را هم ندارند. لزوم نسبت به صغیره اجماعی و نسبت به صغیر مشهور است و ما هم در آنجا وفاقاً للقوم لزوم عقد بر صغیر و صغیره را اختیار کردیم.

قوله: و لا یجوز لهما بعد البلوغ ردّه او فسخه

حق ردّ ندارد یعنی عقد ولی فضولی و موقوف بر اجازه و امضاء نیست تا اگر اجازه نشود باطل باشد و اما حق فسخ ندارد یعنی عقد ولی متزلزل و خیاری هم نیست تا بتوان با اعمال خیار آن را فسخ کرد.

ادامه متن: «و علی هذا فاذا مات احدهما قبل البلوغ أو بعده ورثه الآخر».

چون فرض این است که ولیّ شرعی اینها را تزویج کرده و عقد احتیاج به اجازه

ندارد اگر یکی از این دو، قبل یا بعد از بلوغ فوت کرد دیگری از او ارث می برد.

متن: «و امّا اذا زوّجهما الفضولیان فیتوقف علی اجازتهما بعد البلوغ أو اجازه ولیهما قبله»

اما اگر صغیرین را فضولی تزویج کرد و از هر دو طرف عقد فضولی بود عقد موقوف بر اجازه اینها بعد از بلوغ یا اجاز ولیّ این دو قبل از بلوغ است.

متن: «فان بلغا و أجاز اثبتت الزوجیه و یترتب علیها أحکامها من حین العقد لما مرّ من کون الاجازه کاشفه»

اگر ولیّ قبل از بلوغ اجازه نکرده بود امّا صغیرین خودشان بعد از بلوغ عقد را اجازه کردند زوجیت ثابت می شود و احکام زوجیّت از حین عقد - نه از حین اجازه - مترتب می شود. به عقیده صاحب عروه اجازه کاشف است از صحت عقد من حین العقد به نحو کشف حقیقی ولی به عقیده ما اجازه کاشف است به نحو کشف حکمی یعنی تمام آن احکام و آثار صحت من حین العقد - مهریه، نفقه، ارث و احکام مصاهره - بار می شود. البته تفصیلی در اینها هست که در مسائل بعدی می آید.

متن: «و ان ردّا أو ردّ أحدهما او ماتا او مات احدهما قبل الاجازه کشف عن عدم الصحه من حین الصدور»

اگر هر دو یا یکی از این دو، عقد فضولی را ردّ کنند یا آنکه هر دو یا یکی از آن دو قبل از اجازه بمیرند یعنی ولیّ قبل از بلوغ اجازه نکرده(۱) و خود اینها نیز بعد از بلوغ اجازه نکردند و هر دو یا یکی از آنها از دنیا رفتند کشف از عدم صحت عقد از حین

۱- (۱) - سؤال: آیا ولیّ می تواند بعد از مرگ صغیر عقد او را برای قبل از مرگ اجازه کند تا احکام زوجیّت به لحاظ زمان حیات و بعد از آن بار شود. جواب: از ادله ولایت بر اشخاص عموم یا اطلاق یا دلیل خاصی که برای ولیّ حق چنین نکاحی برای ما سبق را ثابت کند و دلیل روشنی باشد نداریم و صحیحه ابی عبیده حذاء هم اطلاق دارد، این صحیحه که حکم به بطلان نکاح به موت أحد الصغیرین قبل الاجازه کرده است قیدی ندارد و در آن نیامده که اگر ولیّ شرعی داشتند و او بعد از موت یکی از صغیرین عقد را امضاء کند عقد صحیح است.

صدور عقد می کند. چنانچه از صحیحه ابی عبیده حذّاء(۱) استفاده می شود.

قوله: و ان بلغ احدهما و أجاز ثم مات قبل بلوغ الآخر یعزل میراث الآخر علی تقدیر الزوجیه فان بلغ و اجاز یحلف علی انه لم یکن اجازته للطمع فی الارث»

و اگر یکی از این دو بالغ شد و اجازه داد مثلاً صغیره بالغ شد و اجازه داد و قبل از بالغ شدن دیگری، او مرد چون بعد از بلوغ اجازه داده است اجازه او صحیح است لکن مقدار ارث دیگری بر فرض ثبوت زوجیت کنار گذاشته می شود و چون هنگام مرگ او صلاحیت اجازه ندارد صبر می کنیم تا بالغ شود، حال اگر او هم بالغ شد و عقد را اجازه کرد زوجیّت ثابت می شود لکن یک شرطی برای زوجیت هست که واقعاً راضی به زوجیت باشد و رضایت او برای گرفتن مال نباشد برای او از این شرط باید قسم بخورد که به خاطر طمع در اموال (مانند ارث بردن) عقد را اجازه نکرده است وگرنه اگر رضایت او به خاطر اخذ میراث باشد یا رضایت زن به خاطر اخذ مهریه یا میراث باشد عقد او صحیح نیست و احکام زوجیّت بار نمی شود.

متن: فان حلف یدفع الیه و ان لم یُجز او أجاز و لم یحلف لم یدفع بل یردّ الی الورثه و کذا لو مات بعد الاجازه و قبل الحلف.

پس اگر قسم خورد ارث را به او می پردازد اما اگر اجازه نکرد یا اجازه کرد ولی قسم نخورد ارث به او نمی رسد و سهم او به سایر ورثه برگردانده می شود، همچنین ارث به او نمی رسد اگر بعد از اجازه و قبل از قسم خوردن بمیرد.

هذا اذا کان متهما بأن اجازته للرغبه فی الارث.

این قسم خوردن جایی است که شخص متّهم باشد به اینکه اجازه او برای رغبت و طمع در ارث است وگرنه قسم خوردن موضوعیت ندارد بلکه تنها جایی که شبهه و احتمال طمع در ارث باشد قسم خوردن لازم است.

و اما اذا لم یکن متهما بذلک - کما اذا أجاز قبل ان یعلم موته او کان المهر اللازم علیه أزید

۱- (۱) - الوسائل ۲۶ باب ۱۱ من ابواب میراث الازواج، ح ۱، طبع آل البیت علیه السلام

مما یرث او نحو ذلک - فالظاهر عدم الحاجه الی الحلف.

اما اگر اتّهام و احتمال طمع در ارث در بین نیست مثل اینکه خبر از مرگ طرف مقابل ندارد و از او درباره این ازدواج سؤال می کنند و او اعلام رضایت می کند یا اینکه طرف مرده و او هم مطلع است و عقد را امضاء می کند لکن امضاء این ازدواج به ضرر او تمام می شود مثلا زوجه مرده و سهم الارث او که به مرد می رسد کمتر از مهریه ای است که مرد باید به ورثه زن بپردازد که اگر ازدواج را امضاء کند مهریه سنگینی به عهده او می آید یا اعتراف به زوجیت دردسرهایی برای او دارد و مع ذلک عقد را امضاء می کند در این مورد اتهامی در بین نیست و نیازی به قسم خوردن ندارد.

اگر فضولی برای صغیرین عقدی اجرا کرد، یکی از آنها بعد از بلوغ عقد را امضا کرد و قبل از اجازه دیگری فوت کرد

اشاره

مسأله ۳۸۹۳/۳۰: «یترتب علی تقدیر الاجازه و الحلف جمیع الآثار المترتبه علی الزوجیه من المهر و حرمه الام و البنت و حرمتها - ان کانت هی الباقیه - علی الاب و الابن و نحو ذلک بل الظاهر ترتب هذه الآثار بمجرد الاجازه من غیر حاجه الی الحلف فلو أجاز و لم یحلف مع کونه متهماً لا یرث و لکن یترتب سائر الاحکام.

اگر فضولی برای صغیرین عقدی اجرا کرد، یکی از آنها بعد از بلوغ عقد را امضا کرد و قبل از اجازه دیگری فوت کرد، حالا طرف دیگر بالغ شده او نیز عقد را اجازه نمود و قسم هم خورد که واقعاً راضی به عقد است و به طمع به دست آوردن مال - ارثیه یا مهریه - عقد را امضاء نکرده است همه آثار زوجیت از حین عقد بار می شود - به نظر مرحوم سید به جهت کشف حقیقی و به نظر ما به جهت کشف حکمی - بنابراین، اگر صغیره مرده باشد زوجی که زنده است از او ارث می برد و باید مهریه همسرش را به او بپردازد و مادر و دختر زوجه صغیره بر او حرام است و اگر شوهر مرده باشد زوجه ای که زنده است از او ارث می برد و مهریه او را از ماترک شوهرش می پردازند و پدر و پسر زوج بر او حرام ابدی هستند.

ص:۴۵۱۵

تصویر حرمه بنت در کلام صاحب العروه

سؤالی در اینجا هست و آن این که موضوع کلام مرحوم سید صغیرین است که یکی از آنها بعد از بلوغ و امضاء عقد مرده و دیگری بعد البلوغ، عقد را اجازه کرده است. در اینجا می فرمایند: اگر صغیره مرده و مرد بالغ شده و عقد را اجازه کرده نمی تواند مادر و دختر زن متوفی را بگیرد، سؤال این است که چطور این دختر را مدخوله فرض کنیم، به علاوه برای او بنت فرض کنیم در حالی که این دختر موقع وفات صغیره بوده است؟!

مرحوم آقای شیخ محمد حسین کاشف الغطاء و مرحوم آقای خویی یک اشکال مشترک دارند و مرحوم آقای خویی یک اشکال مختص نیز دارند. اشکال مشترک این است که بنت الزوجه وقتی حرام است که به مادرش دخول شده باشد و مفروض این است که دختر قبل از بلوغ پسر از دنیا رفته است، بنابراین زوج به او دخول نکرده تا دختر زوجه بر او حرام شود.

اما اشکال مختص مرحوم آقای خویی این است که کلام در صغیره است و صغیره اصلاً دختری برای او تصویر نمی شود تا بحث در حرمت و عدم حرمت آن مطرح شود، بنابراین فرضاً این زن متوفی مدخول بهای شوهر هم باشد این زن صغیره بوده و از دنیا رفته است پس چگونه دختر برای او تصویر می شود.

لکن این دو اشکال وارد نیست.

اما اشکال مشترک وارد نیست، زیرا پسر مراهق قبل از اینکه به بلوغ و حدّ تکلیف برسد قدرت بر دخول دارد و این طور نیست که حتماً باید به حدّ بلوغ برسد تا قدرت بر دخول پیدا کند. بنابراین ممکن است این زوجه مدخول بها باشد پس می توان تصویر کرد که به هنگام حیات زوجه این پسر مراهق بوده و دخول کرده

ص:۴۵۱۶

است(۱).

اما اشکال مختص که این دختر صغیره بوده است و چگونه صغیره صاحب دختر باشد این اشکال نیز وارد نیست چون دختر در موقع عقد صغیره بوده (نه موقع فوت) این دختر بعداً بزرگ شده و عقد را اجازه کرده است و ممکن است کسی شبهتاً یا زناءً با او وقاع کرده باشد و این زوجه دختر دار شده است، پس تصویر بنت المرأه المدخول بها در مقام ممکن است و هر دو اشکال مندفع است.

اشکال به کلام صاحب عروه در مقام

لکن اشکال دیگری در مقام هست و آن اینکه حرمت بنت المرأه المدخول بها آیا از آثار زوجیّت است که اگر با اجازه زوجیّت زن ثابت شد آن وقت دختر این زن مدخول بها بر مرد حرام شود و اگر زوجیّت نبود این دختر حرام نشود یا آنکه از آثار زوجیت نیست. و از احکام دخول است یعنی بنت المرأه المدخوله حرام است خواه مدخوله زوج باشد یا اجنبیه..... طبق احتمال دوم، حرمت بنت از آثار دخول است و از احکام زوجیت نیست و کلام ماتن در احکام زوجیت است. و مسئله هر چند محل بحث و خلاف است لیکن خود مرحوم سید تقویت کرده که بنت امرأه مدخوله - چه زوجه باشد یا مملوکه یا محلّله یا اجنبیه، و طی او چه حلال باشد یا زنا باشد یا وطی شبهه - حرام است و آن بنت هر چند از طرف مرد دیگر پیدا شده باشد بر این واطی حرام است، خلاصه ما در اینجا می خواهیم بگوییم که خاصیت این اجازه این است که - بنا بر کشف - آثار مترتب بر زوجیت به وسیله این اجازه از

۱- (۱) - (توضیح بیشتر): صورت دیگری نیز قابل تصویر است و آن این که زوج بالغ شده و بعد البلوغ شبههً یا به عنوان زنا با زوجه مباشرت کرده است. (مقرّر).

همان حین عقد بار می شود در حالی که این اثر مربوط به زوجیت نیست. شخص چه زوجه باشد و چه نباشد و این اجازه مفید باشد یا نباشد همین که این زن مدخوله باشد بنت المرأه المدخوله بایّ نحو کان الدخول، طبق نظر صاحب عروه بر واطی حرام می شود و این اشکال است که در مقام بر صاحب عروه وارد است. پس ما اگر بخواهیم کلام صاحب عروه را توجیه کنیم باید بگوییم مرحوم سید این مثال را بنا بر مبنای کسانی که حرمت بنت مدخوله را از آثار زوجیت می دانند مطرح کرده اند.

پاسخی دیگر از اشکال مشترک مرحوم کاشف الغطاء و مرحوم آقای خویی رحمه الله

مرحوم سید فرمودند اگر زوجه بعد البلوغ و الاجازه فوت نمود و زوج بعد البلوغ عقد نکاح را اجازه داده و قسم خورد احکام زوجیت از اول بار شده نمی تواند مادر و دختر زوجه صغیره را بگیرد، اشکال مشترک اینها این بود که برای حرمت دختر دخول به مادر شرط است و تحقق این شرط در زوجه صغیره متصور نیست. پاسخ دیگری که - علی مبنی المشهور - می توان داد این است که ایشان حرمت بنت را به عنوان مثالی از احکام زوجیت مطرح کرده اند و حرمت بنت الزوجه از نظر فقهی به دو قسم است. الف: حرمت ابدی بنت الزوجه که مشروط به دخول به زوجه است،

ب: حرمت جمع بین بنت و امّ که مشروط به دخول به مادر نیست، یعنی اگر دخول به مادر هم نکرده باشد نمی تواند دختر او را بگیرد، شاید منظور مرحوم سید حرمت جمعی بنت الزوجه باشد یعنی بعد از این که از اشکال مختص مرحوم آقای خویی رحمه الله صرف نظر کردیم و برای این زن دختر داشتن تصویر کردیم، حالا اگر ولی شرعی این دختر مثلاً پدرش قبل از اجازه کردن زوج او (دختر این زوجه صغیره) را به عقد نکاح این پسر درآورد و ولی شرعی پسر، این عقد را قبول کرد ولی خود این پسر بعد البلوغ عقد مادرش (صغیره اول) را اجازه بنماید بنا بر مسلک مشهور (که می گویند کسی که با زنی ازدواج کرده چنانچه قبل از دخول با او با دخترش ازدواج کند عقد دوم به خاطر حرمت جمع بین امّ و بنت باطل است) ممکن است مرحوم سید حکم کنند که اجازه عقد مادر کشف می کند که از اول مادر این دختر در حباله

ص:۴۵۱۸

زوجیت این پسر بوده، پس ازدواج با دختر او - جمعاً - حرام و باطل است، خلاصه ممکن است گفته شود: نتیجه صحت عقد مادر از ابتداء (بنا بر کشف) بطلان عقد دختر اوست هر چند به مادر دخولی هم صورت نگرفته باشد، پس اشکال مشترک این اعاظم به مرحوم سید رحمه الله یعنی عدم تصویر دخول به زوجه صغیره، قابل پاسخ می باشد.

«* و السلام *»

ص:۴۵۱۹

۱۳۸۱/۱۰/۱۱ چهار شنبه درس شمارهٔ (۴۸۵) کتاب النکاح/ سال پنجم

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

خلاصهٔ درس گذشته و این جلسه:

***

الف) اشکال مرحوم آقای خویی و مرحوم کاشف الغطاء به عبارت مرحوم سید و دفع آن.

اشاره

در جلسه قبل گفتیم که مرحوم آقای خویی و مرحوم کاشف الغطاء در مورد عبارت مرحوم سید در مسئله ۳۸۹۳ که می فرماید بنا بر قول به کاشفیت اجازه «اگر زوجهٔ صغیره پس از اینکه بزرگ شد و عقد را اجازه نمود فوت کند و بعد از آن زوج نیز پس از بالغ شدن عقد را اجازه نماید در این صورت زوج نمی تواند با مادر و دختر آن زن ازدواج نماید.» اشکالی را به این صورت مطرح کرده اند که در مورد حرمت بنت الزوجه شرط این است که زوجه مدخوله باشد و چون فرض بر این است که زوجه صغیره بوده است اصلاً نمی تواند مدخوله باشد تا چه رسد به اینکه دختری هم داشته باشد.

جوابی که در جلسهٔ گذشته از این اشکال دادیم این بود که

اولاً: پسر مراهق می تواند دخول کند پس شرط دخول حاصل است

ثانیاً: در مسئله محل بحث فرض این است که زوجه صغیره بزرگ شده و پس از آن عقد را اجازه نموده و سپس فوت کرده است. پس کبیره شدن که موجب

ص:۴۵۲۰

صلاحیت داشتن برای اجازه است مفروض است و بنا بر این می توان تصور کرد که در موقع کبیره بودن، شخصی شبههً یا از روی زنا با او دخول نموده و زن نیز صاحب اولاد شده باشد. و در باب حرمت بنت الزوجه المدخوله فرقی بین اولادی که شبههً یا از ناحیهٔ زنا، به وجود آمده باشند نیست (بله مرحوم آقای خویی دو حکم ارث بر زن و شیر دادن در باب رضاع را می فرمایند: بر اولاد زنایی مترتب نمی شود. اما غیر از این دو حکم، سایر احکام مصاهرت مترتب می شود)(۱)

جواب دیگری را که در این جلسه ذکر می کنیم این است که اساساً مفروض در کلام سید این است که زوجه باید غیر مدخوله باشد یعنی دقیقاً عکس آن مطلبی را که آقایان می گویند. زیرا کلام سید رحمه الله این است که اگر اجازه را کاشف بدانیم تمامی آثار زوجیت از حین عقد مترتب می شود. تکیه کلام بر روی آثار زوجیت است به این معنا که بر زوج، ازدواج با مادر آن زوجه متوفی حرام ابد است و همچنین دختر وی را نیز جمعاً نمی تواند ازدواج نماید. آنچه که از آثار زوجیت است همین است.

اما اینکه دختر زوجهٔ مدخوله نیز حرام ابد است این اثر زوجیت بما هی زوجیت نیست یعنی ازدواج با دختر مدخوله حرام است حال چه این مدخوله زوجه باشد یا اینکه زوجه نبوده و به خاطر شبهه یا زنا، مدخوله واقع شده است. پس فرض را در کلام سید باید عدم الدخول قرار بدهیم.

نکته ای که در پایان این بحث اشاره می کنیم این است که اگر اشکال مرحوم آقای خویی که می فرمایند چون زوجه صغیره است، دختری هم ندارد (مرحوم آقای خویی و مرحوم کاشف الغطاء اشکال مشترکی دارند که عبارت از این است که در محل بحث دخول ممکن نیست. ولی مرحوم آقای خویی علاوه بر این اشکال فرموده اند چون موضوع صغیره است اصلاً نمی توان برای او دختری هم در نظر

۱- (۱) - استاد مد ظله: یک وقتی مرحوم والد می فرمودند که ما با مرحوم آقای [امام] خمینی فحص کردیم که آیا روایتی دال بر اینکه ولد الزنا لیس بولد وجود دارد یا نه چیزی پیدا نکردیم.

گرفت) وارد باشد ایشان می بایست به این قسمت از کلام سید که می فرماید اگر مرد، فوت کرده باشد زن او بر پدر و پسر متوفی حرام است، نیز این اشکال را بکنند، زیرا زوج نیز چون صغیره بوده است، پسری ندارد تا اینکه زوجه بر پسر او حرام شود.

البته واضح است تمامی این احکام همانطوری که خود سید رحمه الله فرموده است بنا بر مبنای کاشف است اما اگر اجازه را ناقل بدانیم در فرضی که متوفی زوجه است اگر زوج دختر وی را نیز تزویج نماید. و بعد عقد مادر متوفی را اجازه نماید، چون فرض این است که از حین اجازه عقد تصحیح می شود و در آن هنگام چون مرد با دختر او ازدواج نموده است لذا اجازه او در حق مادر وی اعتباری ندارد و عقد دختر صحیح می شود چون عقد دختر مسبوقی به عقد صحیح بر مادر نیست.

۱) ادامه مسئله ۳۸۹۴:

بل الظاهر ترتب هذه الآثار بمجرد الاجازه من غیر حاجه الی الحلف فلو اجاز و لم یحلف مع کونه متهماً لا یرث. و لکن یترتب سائر الاحکام.

مرحوم سید می فرماید ظاهر این است که آثار زوجیت غیر از ارث، به مجرد اجازه مترتب می شود و نیازی به قسم خوردن نیست. و به نظر ما هم حق با سید است زیرا چه بسیار ازدواجهایی که منشأ آن مسائل مالی است، حال چه به این صورت که شخص ازدواج می کند تا در زمان حیات طرف دیگر صاحب مال شود و چه با این قصد که پس از مرگ او از باب ارث، اموالی به دست آورد. و لیکن در مورد صغیرینی که ولی عرفی، آنها را تزویج نموده است روایت وارد شده است که برای مسئله ارث باید قسم نیز یاد کند و اگر قطع نظر از دلیل خاص حتی در این مورد هم نیازی به قسم خوردن نبوده ولی چون روایت داریم، باید اقتصار به مورد روایت که مسئله ارث است بشود و در ترتب سایر احکام زوجیت، نیازی به قسم نیست و با اجازه، آن آثار مترتب می شود.

ص:۴۵۲۲

ب) آیا در غیر از فرض صغیرین که در مسئله قبل مطرح شد، در سایر صور نیز ارث بردن یا ترتب احکام زوجیت غیر از ارث نیازی به قسم خوردن دارد یا نه؟

متن مسئله ۳۸۹۳:

الاقوی جریان الحکم المذکور، فی المجنونین، بل الظاهر التعدی الی سائر الصور، کما اذا کان احد الطرفین الولی و الطرف الآخر الفضولی، او کان احد الطرفین المجنون و الطرف الآخر الصغیر، او کانا بالغین کاملین، او احدهما بالغا و الآخر صغیراً او مجنوناً او نحو ذلک، ففی جمیع الصور اذا مات من لزم العقد بالنسبه الیه - لعدم الحاجه الی الاجازه او لأجازته بعد بلوغه او رشده - و بقی الآخر، فإنه یعزل حصه الباقی من المیراث الی أن یردّ او یجیز، بل الظاهر عدم الحاجه الی الحلف فی ثبوت المیراث فی غیر الصغیرین من سائر الصور، لاختصاص الموجب له من الأخبار بالصغیرین، و لکن الأحوط الإحلاف فی الجمیع بالنسبه الی الإرث بل بالنسبه الی سائر الأحکام ایضاً.

در مورد اینکه آیا در غیر از فرض صغیرین که در مسئله قبل مطرح شد، در سایر صور نیز ارث بردن یا ترتب احکام زوجیت غیر از ارث نیازی به قسم خوردن دارد یا نه؟ در این مسئله بحث شده است. قبل از توضیح کلام سید رحمه الله صور قابل فرض را که مجموعاً ۴۰ صورت است را اشاره می کنیم: طرفین عقد هر دو یا: ۱ - صغیرین ۲ - مجنونین ۳ - سفیهین ۴ - کبیرین کاملین هستند و یا اینکه متخالفین می باشند یعنی ۵ - صغیرین و مجنونین ۶ - صغیر و سفیه ۷ - صغیر و کبیر کامل ۸ - مجنون و سفیه ۹ - مجنون و کبیر کامل ۱۰ - سفیه و کبیر کامل. هر کدام از این ۱۰ صورت یا متوفی زوج است یا شخص فوت شده زوجه است که در نتیجه ۲۰ صورت حاصل می شود، هر کدام از این ۲۰ صورت یا عقد از هر دو طرف فضولی است یا از یک طرف فضولی است، بنابراین مجموعاً، ۴۰ صورت می شود.(۱) مرحوم سید می فرماید: از این صور تنها در چهار فرض آن که عبارت است از اینکه طرفین عقد صغیرین باشند چه اینکه متوفی زوج باشد یا زوجه و چه عقد از هر دو طرف فضولی

۱- (۱) - توضیح: اگر یک طرف فضولی است باید غیر متوفی باشد تا در صور مسئله داخل شود. لذا مجموع صورتهای مسئله ۴۰ صورت می شود.

باشد یا از یک طرف،(۱) باید طرفی که زنده است برای اخذ میراث قسم بخورد ولی در سایر صور (یعنی ۳۶ فرض باقی مانده) قسم خوردن لازم نیست.

۱) کلام مرحوم آقای خویی و بیان استاد مد ظله

در مقابل آقای خویی رحمه الله می فرمایند در تمامی ۴۰ صورت باید قسم خورده شود.

بیان ایشان این است که: طبق قاعده قسم خوردن لازم نیست و لیکن ما به خاطر صحیحه ابی عبیده حذاء که فرض آن در مورد صغیرینی است که عقد از هر دو طرف فضولی است و متوفی نیز زوج است باید قائل به تخصیص قاعده شده و حکم به قسم خوردن نماییم و اینکه مرحوم سید از مورد این روایت به سه صورت دیگر نیز تعدی کرده است به خاطر این است که چون متفاهم از روایت این است که قسم خوردن به خاطر در معرض قرار گرفتن تهمت است، لذا شخص باقی باید قسم بخورد و حال آنکه بر طبق این استدلال چون مسئله معرضیت برای تهمت در سایر صور دیگر نیز وجود دارد لذا باید در سایر صور دیگر نیز قائل شد که قسم خوردن لازم است.

به نظر ما این ایراد مرحوم خویی بر سید رحمه الله وارد نیست، زیرا روایات مسئله تنها منحصر به روایت ابی عبیده حذاء نیست بلکه چنانچه در جلسات قبل گفتیم دو روایت دیگر نیز در همین زمینه وجود دارد که یکی از آنها صحیحه حلبی است.(۲)

در ذیل این صحیحه چنین آمده است «قلت: فان ماتت او مات؟ قال یوقف المیراث حتی یدرک أیّهما بقی، ثم یحلف ما دعاه الی اخذ المیراث الاّ الرضا بالنکاح، و یدفع الیه المیراث» در این روایت همان طوری که ملاحظه می شود مفروض این است که عقد

۱- (۱) - توضیح: چهار حالت چنین است: زوج متوفی و زوجه فضولی، زوجه متوفی و زوج فضولی، زوجه متوفی و هر دو فضولی، زوج متوفی و هر دو فضولی. اینکه زوج هم فضولی باشد و هم متوفی یا زوجه چنین باشد از صور مسئله خارج است.
۲- (۲) - الوسائل ج ۲۶ کتاب المیراث، ابواب میراث الازدواج باب ۱۱، ح ۴

از یک طرف تنها فضولی است ولی دو فرضی را که متوفی زوج باشد یا زوجه، نیز مطرح شده است و البته همان طوری که قبلاً ـ هم اشاره کردیم این روایت اگر چه با مسئله محل بحث که مسئله تزویج فضولی است قدری متفاوت است و راجع به طلاق می باشد و لکن شاید مرحوم سید از این خصوصیت رفع ید نموده و به مورد نکاح نیز تعدی کرده است و بنابراین، شاید مرحوم سید با نظر به این روایت و با این تعدی مختصر در چهار صورت فوق قائل به لزوم حلف شده است. اما تعدی به سایر صور حتی آنجایی که مورد، غیر صغیرین است مشکل می باشد و منوط به این است که برای شخص اطمینان حاصل شود که لزوم حلف تنها مربوط به جنبهٔ معرضیت برای تهمت است تا بتوان به سایر صور نیز تعدی کرد.

«* و السلام *»

ص:۴۵۲۵

۱۳۸۱/۱۰/۱۴ شنبه درس شمارهٔ (۴۸۶) کتاب النکاح/سال پنجم

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

خلاصهٔ درس این جلسه:

در این جلسه به مسئلهٔ جواز عقد اصیل با زوجهٔ خامسه یا با مادر و خواهر و دختر معقوده تا زمانی که طرف دیگر (فضولی) اجازه یا رد نکرده است می پردازیم و با بیان دو نکته در مورد عبارت عروه، مناقشهٔ مرحوم آقای حکیم به کلام علامه در قواعد و شارح آن در کشف اللثام را ذکر و از کلام آن دو دفاع می کنیم سپس بیان مرحوم آقای نائینی برای عدم جواز عقد دوم با افراد مذکور را نقل می کنیم.

***

بررسی جواز انجام عقد منافی با عقد فضولی توسط اصیل

متن عروه:

مسئله ۳۲ - اذا کان العقد لازماً علی احد الطرفین من حیث کونه اصیلاً او مجیزاً و الطرف الآخر فضولیاً و لم یتحقق اجازه و لا رد فهل یثبت علی الطرف اللازم تحریم المصاهرات؟ فلو کان زوجاً یحرم علیه نکاح أم المرأه و بنتها و اختها و الخامسه و اذا کانت زوجه یحرم علیها التزویج بغیره و بعباره اخری هل یجری علیه آثار الزوجیه و ان لم یجر علی الطرف الآخر او لا؟ قولان، اقواهما الثانی الا ـ مع فرض العلم بحصول الاجازه بعد ذلک الکاشفه عن تحققها من حین العقد نعم الاحوط الاول لکونه فی معرض ذلک بمجیء الاجازه نعم اذا تزوج الام او البنت مثلاً ثم حصلت الاجازه کشفت عن بطلان ذلک.

۱) شرح عبارت عروه

مرحوم سید می فرمایند هرگاه عقد از جانب یکی لازم باشد خواه او اصیل بوده

ص:۴۵۲۶

یـا او فضولی بوده که رضـایت خود را ابراز کرده است ولی از جـانب دیگر فضولی باشـد که هنوز اجازه نـداده است آیا او در این مـدت بایـد از محرمـات ناشـی از مصاهرت ماننـد ازدواج با مادر معقوده یا دختر یا خواهرش و یا از ازدواج با همسـر پنجم بپرهیزنـد یـا نه، و یا اگر او زن است از ازدواج با مرد دیگر بپرهیزد و به بیان دیگر آیا تا تکلیف اجازه و ردّ مجیز معلوم نگشـته بایـد آثار زوجیت بر عقد خود مترتب کند یا نه؟ می فرمایند در این مسـئله دو قول وجود دارد و اقوی عدم ترتب آثار زوجیت است مگر در صورتی که علم داشـته باشد که مجیز اجازه خواهد داد که در این صورت چون اجازه کاشف حقیقی از صـحت عقد از حین وقوع آن است آثار زوجیت مترتب می شود. با این همه احتیاط مسـتحب این است که در فرض عدم علم هم آثار زوجیت را مترتب کند. پس اگر این احتیاط را مراعات ننمود و یکی از ازدواجهای مذکور را انجام داد سپس مجیز عقد اول را اجازه داد کشف از بطلان ازدواج دوم می کند.

۲) بیان دو نکته در مورد متن عروه

نکته اول: عبارت «اذا کان العقد لازماً علی احد الطرفین» را به دو گونه می توان معنا نمود یکی اینکه عقد از جانب یکی از دو طرف لزوم داشـته و همچون عقد فضولی که متوقف بر اجازهٔ اصـیل است نباشد. دوم اینکه فرض شده وفای به عقد بر یکی از دو طرف تکلیفاً واجب است یعنی بر او واجب است به آن قراری که گذاشـته متعهـد و پای بنـد باشد آنگاه طرح مسـئله به این جهت است که اگر کسـی که بر او واجب است به عقـدی که از جـانب دیگری فضولی است پـای بنـد باشـد آیـا از نظر حکم وضـعی می توانـد عقـد دوم که منافی با آن است انجام دهـد یا اینکه لازمـهٔ وجوب پای بندی او به عقد اول بطلان عقد منافی دوم است.

ظاهراً مراد سـید رحمه الله همان احتمال اول می باشـد که یکی از فروع بحث عقد فضولی است و در معاملات هم آن را مورد بحث قرار می دهند که اگر عقد از جانب

یکی فضولی بود آیا آن دیگری در این مدت که هنوز اجازه یا رد نیامده چه وظیفه ای دارد و آیا می تواند عقد منافی انجام دهد یا نه، زیرا احتمال دوم یعنی فرض اینکه شخصی عقدی با فضولی انجام دهد و آن عقد با اینکه هنوز اجازهٔ اصیل نیامده فرض کنیم که مورد بحث نیست و بر او تکلیفاً واجب است وفا کند، فرضی غیر معمول است و اگر این فرض مراد باشد نیاز به تصریح بیشتری دارد بنابراین مرحوم سید هم باید مرادشان همان احتمال اول باشد.

نکتهٔ دوم: در این مسئله آثاری از زوجیت مورد کلام است که مانند حرمت ازدواج با مرد دیگر برای زن، و یا حرمت ازدواج با خواهر و مادر و دختر زوجه و حرمت خامسه برای مرد، ایجاد تکلیف جدیدی می کند اما احکامی که مانند جواز نظر به مادر معقوده اگر چه از لوازم صحت عقد اول بوده لکن تکلیف آور نیست و هیچ جای تردید نیست که مثل مباشرت با خود معقوده که تا اجازهٔ اصیل نیامده بر طرفی که فضولی نیست جایز نمی باشد، این آثار نیز مترتب نمی شوند، و کسی هم فتوی به جواز آن نداده است.

این مطلب را از کلمهٔ «علیه» که در عبارت متن آمده و به معنای ضرر است می توان استفاده کرد که مراد سید رحمه الله نیز چنین است یعنی آثاری مورد کلام است و سید رحمه الله حکم به جواز آنها می کند که در فرض صحت عقد بر او حرام می شود مانند عقد ام و بنت و اخت و خامسه و یا مثل خروج زن از منزل بدون اذن شوهر اما آثاری که در فرض صحت جواز می آورد مانند نظر به ام الزوجه مورد کلام نیست و کسی هم در آن تردید ندارد.

۳) مناقشهٔ مرحوم آقای حکیم به قواعد و شارح آن

مرحوم آقای حکیم به کلام علامه در قواعد اشکال کرده و می فرمایند ایشان عقد خامسه یا اخت و بنت معقوده توسط کسی که فضولی نیست را تا پیش از اجازهٔ مجیز بلا اشکال حرام دانسته و صاحب کشف اللثام هم در شرح آن نسبت به عقد

خامسه و اخت آن را تأیید نموده است در حالی که علامه در جای دیگر عدم توقف تحریم مصاهرات بر لزوم عقد را بی اشکال تلقی نکرده آن را محل تأمل و نظر دانسته است.

توضیح اینکه علامه در فصل اولیاء می گوید: و لو تولی الفضولی احد طرفی العقد ثبت فی حق المباشر تحریم المصاهرات فان کان زوجاً حرم علیه الخامسه و الأخت و البنت و الأم الا اذا فسخت علی اشکال فی الام. اگر عقد از جانب یکی فضولی بود بر طرف دیگر (مباشر) محرمات بالمصاهره ثابت می شود پس اگر این مباشر زوج باشد بر او ازدواج با خامسه یا با خواهر و دختر و مادر معقوده حرام است مگر اینکه فضولی عقد اول را رد کند که غیر از مادر که در آن شبهۀ تحریم وجود دارد عقد افراد دیگر بلا مانع خواهد بود. صاحب کشف اللثام هم پس از کلمۀ خامسه و خواهر در تعلیقۀ خود بر آن می گوید: این حکم بلا اشکال است زیرا عنوان جمع بین الاختین و یا اینکه او دارای چهار زن است بر او صدق می کند و تزلزل عقد از جانب طرف دیگر آن را از این عنوان خارج نمی کند: بلا اشکال لصدق الجمع بین الاختین و نکاح اربع بالنسبه الیه و لا یجدی التزلزل. پس ایشان نیز کلام علامه را نسبت به این دو مورد تأیید می کند.

مرحوم آقای حکیم می گویند: علامه در مبحث مصاهره یکی از احتمالاتی که می دهد این است که در جایی که عقد از جانب یکی لازم باشد عقد دوم حرام نیست عبارت چنین است: و هل یشترط فی التحریم لزومه مطلقا او من طرفه او عدمه مطلقا نظر، فلو عقد علیه الفضولی عن الزوجه الصغیره ففی تحریم الام قبل الاجازه او بعد فسخها مع البلوغ نظر. یعنی برای حرمت ازدواجهایی که بالمصاهره حرام می شود آیا شرط است که عقد از هر دو طرف لازم باشد یا اینکه اگر فقط از طرف آن کس که قصد ازدواج بعدی را دارد لازم بود برای حرمت کافی است و یا اینکه مطلقا و لو از هر دو طرف متزلزل بود عقد منافی حرام است، آنگاه ایشان در این مسئله تردید کرده

می گوید: فیه نظر، یعنی سه احتمال وجود دارد که یکی از آنها جواز عقد منافی در جایی است که یکی از دو طرف لازم نباشد یعنی احتمال دارد تحریم مصاهرات بر لزوم عقد از هر دو طرف توقف داشته باشد. آنگاه ایشان ایراد گرفته که این احتمالی که علامه داده با آنچه که کشف اللثام و خود علامه در فصل اولیاء بدون اشکال حکم به حرمت کرده اند تناسب ندارد.

۴) دفاع استاد مد ظله – از عدم تنافی در کلام علامه

در این مثالهایی که آورده شده دو عنوان حرمت وجود دارد یکی حرمت جمعی (ام و بنت، اختین، خامسه) و دیگری حرمت ابد (ام الزوجه)، نظر علامه در عبارت اول که می گوید «علی اشکال فی الام» به حرمت ابد است یعنی بعد از فسخ از جانب مجیز، شخصی که عقد او را رد نموده می تواند با خامسه یا با دختر و خواهر آن زن ازدواج کند اما نسبت به مادر جای شبهۀ حرمت ابد است و وجه شبهه این است اگر فسخ را نقض عقد از زمان وقوعش بدانیم البته ازدواج با مادر بی اشکال است چون عقد کالعدم می شود اما اگر نقض از زمان خود فسخ و عقد او را تا زمان فسخ، امری متحقق و موجود بدانیم لامحاله حرمت ابد متحقق گشته و وجهی برای از بین بردن آن وجود ندارد چون حرمت ابد متوقف بر بقاء عقد نیست، به مجرد تحقق عقد، حرمت ابد هم حاصل می شود و لو اینکه معقوده مثلاً فوت کند لذا نمی توان با مادر او ازدواج کرد. اما چون مشکل حرمت ابد در ازدواج با بنت یا اخت معقوده یا با خامسه وجود ندارد بعد از فسخ و رفع زمینۀ حرمت جمعی، عقد آنها بدون تردید بی اشکال خواهد بود.

اما در مبحث مصاهرت، ظاهراً کلام ایشان ناظر به جهت حرمت جمعی نیست بلکه فقط جهت حرمت ابد را متعرض گشته و لذا فقط عقد با مادر را مطرح نموده است. ایشان می گوید در ازدواج با مادر معقوده از جهت حرمت ابد سه احتمال وجود دارد یکی از آن احتمالات این است که هر عقدی که از جانب یکی فضولی

باشـد حرمت ابد نمی آورد همچنان که ایشان در فصل اولیاء به خاطر همین احتمال و همچنین احتمال ایجاب حرمت ابد جواز عقد مادر را با لفظ «علی اشـکال» تعبیر کرده بود لذا منافات ندارد که از نظر حرمت جمعی نسبت به جمع بین معقوده و خواهر یا دختر و یا مادر حکم به حرمت بلا اشکال کرده باشد. پس میان این دو کلام تناقض نیست.

خلاـصه اینکه کلاـم علاـمه در مبحث مصاهرت که مسـئله را ذو احتمالات ثلاث دانسـته ناظر به همان مطلبی است که در ذیل کلامش در فصل اولیاء در مورد نکاح با ام بعد الفسخ متعرض شده بود و از آن تعبیر به «علی اشکال» کرده بود.

۵) بیان مرحوم آقای نائینی برای عدم جواز عقد منافی

مرحوم سـید عقد با خامسه یا دختر و خواهر و مادر معقود به عقد فضولی را تا پیش از اجازه و رد مجیز جایز دانسـته است ولی مرحوم آقـای نائینی می گویـد: به طور کلی هرگاه عاقـد عقـد کرد و لو طرف دیگر فضولی باشـد اما چون او التزام خویش را تملیک غیر کرده دیگر نسبت به مال خود تا تکلیف عقد از جانب مجیز معلوم نگشته، سلطنتی ندارد تا بتواند در عقد دیگر آن را به دیگری واگذار کند و همین مطلب در مورد نکاح هم جاری است بنابراین عقد افراد مذکور در مسـئله مورد کلام صحیح نیست. ادامهٔ بحث در جلسهٔ آینده ان شاء اللّه....

«* و السلام *»

ص:۴۵۳۱

۱۳۸۱/۱۰/۱۵ یکشنبه درس شمارهٔ (۴۸۷) کتاب النکاح/سال پنجم

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

خلاصهٔ درس این جلسه:

در این جلسه استدلال مرحوم نائینی و استدلال مرحوم شیخ انصاری بر اینکه اصیل نمی تواند قبل از اجازه اصیل مقابل، به عقد منافی اقدام کند، مطرح گردیده و مورد نقد استاد قرار می گیرند.

آنگاه فتوای مرحوم سید که مبتنی بر مبنای کشف حقیقی است مطرح شده و در نهایت، استاد مد ظله نظر خود را که بر مبنای کشف حکمی است، ارائه می دهند.

***

نظر مرحوم نائینی:

اشاره

گفتیم که نظر مرحوم نائینی زمانی که عقدی بین یک فضولی و یک اصیل واقع می شود، طرفی که اصیل است قبل از اجازهٔ من له العقد نمی تواند عقد دیگری که منافات با عقد اول دارد انجام دهد چون او التزام خود را به طرف مقابل تملیک کرده و لذا نمی تواند کاری بر خلاف التزام خود انجام دهد. فقط طرف مقابل است که مالک التزام است و اختیار امضا یا ابطال را در دست دارد.

اشکال استاد مد ظله بر فرمایش مرحوم نائینی:

وجه این فرمایش ایشان برای ما معلوم نیست که آیا مقصود از تملیک التزام این است که شخص انشاء تملیک کرده یعنی در واقع دو انشاء از او محقَّق شده، یکی انشاء نکاح که جزء عقود است و نیاز به انشاء قبول از طرف مقابل دارد و دیگری انشاء التزام به نکاح که جزء ایقاعات است و نیاز به قبول هم ندارد، یا اینکه مقصود

ایشـان این است که فقط یک انشاء نکاح در کار است اما شارع مقـدس حکم کرده که طرف مقابل یعنی من له الاجازه مالک التزام این طرف می شود و او هیـچ اطلاعی هم از این عقـد نداشـته باشـد. خلاصه اگر وجه اول مقصود ایشان باشد که وجداناً می دانیم چنین چیزی نیست و اگر می خواهنـد بفرماینـد شارع چنین حکمی کرده و لو انشائی از طرف اصـیل صورت نگرفته، این احتیاج به دلیل عقلی یا نقلی دارد و ایشان هیچ دلیلی اقامه نکرده اند.(۱)

نظر شیخ انصاری رحمه الله در این مسئله:

اشاره

مرحوم شـیخ می فرمایـد: عقـد عبارت از قرارداد بین دو طرف است. بر ایجاب بـدون قبول قرارداد صدق نمی کند اما وقتی دو طرف قرار گذاشـتند و انشـاء از هر دو طرف حاصل شـد عقـد صـدق می کنـد و این معنا در باب فضولی هم وجود دارد. البته اینکه شارع این عقـد را امضا کرده یا نکرده بحث دیگری است اما در اصل اینکه عقدی حاصل شده نباید تردید کرد(۲) حتی در مورد دو نفر غاصب که یک مال غصبی را معامله می کننـد، عقد صدق می کند هر چند شارع آن را تنفیذ نمی کند. لذا به مقتضای «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» که می گوید همه افراد باید به قرارهای خود وفا کنند، اصـیل و فضولی که با هم عقد کرده اند باید به این عقـد وفا کننـد. به تعبیر علاّمه - علی المظنون - حتی فضولی هم نمی توانـد عقـد را ابطال کند و باید منتظر شوند تا من له الاجازه تصمیم بگیرد. بنابراین، طرف اصیل که ملتزم به نکاح شده باید به مقتضای این التزام خود عمل کند لذا نمی تواند اگر با دختری عقد کرده، با مادر آن معقوده یا

۱- (۱) - البته مرحوم نائینی این ادّعا را فقط در مورد عقـدی که واقع شده مطرح می کنند، اما در جایی که اصـیل ایجاب عقد را انجام می دهـد ولی قبـل از قبول طرف مقابل می خواهـد برگردد، ایشان این ادّعا یعنی تملیک التزام را مطرح نمی کننـد و البته مسئله در آنجا اختلافی نیست که می توانند برگردد، اما در اینجا ایشان دلیلی بر این مدّعا اقامه نکرده اند. استاد مد ظله

۲- (۲) - بر خلاف آقای خویی که اصـلاً صدق عقد را منکر می شوند و می فرمایند: برای صدق عقد باید دو قرار به هم گره بخورد و در باب فضولی چنین چیزی نیست لذا تعبیر عقد فضولی مسامحه است.

دختر او یا خواهرش ازدواج کند.

اشکالات استاد مد ظله به فرمایش شیخ رحمه الله:

به این فرمایش مرحوم شیخ دو اشکال ظاهراً وارد است:

اشکال اول: اینکه اگر برای اثبات اعتبار شرعی انشاء اصیل بخواهیم به «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» تمسک کنیم این تالی فاسد دارد چون مفاد این آیه، اثبات حکم واقعی است نه حکم ظاهری، لذا با توجه به اینکه انشاء زوجیت محقق شده و شارع هم با أَوْفُوا که ناظر به حکم واقعی است روی آن صحه گذاشته، نتیجه این می شود که اصیل نه تنها نمی تواند با مادر معقوده ازدواج کند بلکه باید سایر احکام زوجیت واقعی مثل جواز نظر به امّ الزوجه را بار کند و همچنین طرف مقابل و حتی افراد دیگر نیز باید احکام زوجیت واقعی را بار کنند. در حالی که وجداناً چنین چیزی نیست و بر فرض اینکه چنین مطلبی در کار باشد اختصاص به طرف اصیل دارد و حکم به صحت برای طرف مقابل نیست. البته در احکام ظاهری مانعی ندارد که امضای یک طرفه باشد یعنی یکی احکام صحّت را بار کند و دیگری احکام بطلان را بار کند اما در احکام واقعی تصویر نمی شود و مفاد «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» حکم واقعی است. بنابراین با تمسک به این آیه نمی توانیم یک حکم الزامی یک طرفه برای اصیل اثبات کنیم که باید از ازدواج با مادر معقوده و مانند آن اجتناب کند و برای اثبات چنین چیزی نیازمند دلیل دیگری غیر از «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» هستیم و چنین دلیلی در کار نیست.

اشکال دوم: این است که همانطور که قبلاً بیان کردیم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» مفادش الزام ما هو المشروع است نه اینکه روی هر عقدی که افراد انجام می دهند صحّه بگذارد، لذا صحت و مشروعیت این عقدی که بین اصیل و فضولی واقع شده باید از جای دیگر ثابت شود تا لزوم وفاء را از آیه استفاده کنیم، در حالی که در ما نحن فیه اصل صحت این عقد انشاء شده محل بحث است یعنی نمی دانیم آیا اثری از آثار زوجیت و لو نسبت به یک طرف بر آن بار می شود یا نه؟ و این آیه نمی تواند این

مطلب را اثبات کند.

نظر مرحوم سید رحمه الله:

مرحوم سید در اصل مسئله قائل به این هستند که آثار زوجیت بر عقد مترتب نمی شود منتهی مورد سخن ایشان در جایی است که نه اجازه ای و نه ردّی در کار نباشد. لذا در ذیل مسئله، یک فرض را استثنا می کنند و آن صورتی است که حصول اجازه فیما بعد معلوم باشد و اجازه هم طبق مبنای ایشان کاشفه است، لذا از اول شخص که چنین علمی دارد باید معامله صحت واقعی با این عقد بکند و مجاز نیست عقود منافیه انجام دهد. البته چون ایشان قائل به کشف حقیقی است در غیر فرض علم هم می فرماید: اگر شخص عقود منافیه انجام داد و بعد اجازه صادر شد کشف می کند از بطلان عقود لاحقه، چون فرض این است که عقد اول صحیح بوده است.

نظر استاد مد ظله:

قبلاً گفتیم از روایت ابو عبیدهٔ حذّاء، مبنای کشف را استفاده کرده اند و بعضی این روایت را دلیل بر کشف حقیقی دانسته اند که این را قبلاً متعرض نشدیم. البته دو روایت دیگر یعنی روایت حلبی و روایت عبّاد بن کثیر نیز وجود دارد که آقایان به آنها اشاره نکرده اند. علی ایّ حال مضمون روایت أبو عبیده این است که عاقدی فضولی که ولیّ عرفی بوده نه ولیّ شرعی، عقد نکاحی بین صغیرین انجام داده و یکی از صغیرین پس از بلوغ خود عقد را اجازه داده است و پس از اجازه دادن مرده است و طرف دیگر در وقت مردن مجیز صغیر بوده است. در این فرض حضرت می فرماید: سهم الارث صغیر (که در فرض روایت زوجه است) را کنار می گذارند - نظیر آنچه فقهاء در مورد کنار گذاشتن سهم الارث حمل که معلوم نیست زنده یا مرده به دنیا می آید، فتوی داده اند - و پس از بلوغ اگر عقد را اجازه کرد و قسم خورد

که به خاطر پول اجازه نـداده ام بلکه واقعاً به زوجیت رضایت داشـتم، ارث را به او می دهنـد. گفته انـد: از این روایت فهمیده می شود که زوجیت واقعـاً از اول حاصـل می شود البته در ظـاهر مراعا است تا اجازه بیایـد، نه اینکه زوجیت بعـداً حاصل شود چون پس از مردن طرف، زوجیت بی معنی است دلیلش هم این است که حضـرت فرموده: حق الارث را کنار بگذارنـد و این نشانه آن است که چون در واقع و فی علم اللّه نمی دانیم آیا دختر مالک ارث شده یا نه؟ باید سهمش را کنار بگذاریم.

اما این احتمال که در موقع مرگ طرف، سـهم مزبور ملک ورثه است و بعـد از اجازه، از ملک ورثه خارج می شود و به زوجه می رسد، این خیلی بعید است، همانطور که احتمالات دیگر یعنی اینکه سـهم مزبور از ملک میّت خارج نمی شود یا اینکه مال بلا مالک است، اینها هم خیلی مسـتبعد و خلاف ظواهر ادلّه هستند. لذا از این روایت که دالّ بر ملکیت ارث توسط صغیره من حین الموت است، مبنای کشف حقیقی را استفاده کرده اند.

ولی به نظر می رسـد مـدلول این روایت بـا مختـار مـا یعنی کشـف حکمی هم سازگـار است. چون از این روایت بیشـتر از این اسـتفاده نمی شود که نسبت به برخی از احکام زوجیت (مثل ارث بردن) کشف حقیقی اثبات شده است، اما اینکه تمام احکام زوجیت (مثل جواز نظر و حرمت سـفر بدون اذن و غیره) از همان اول برای این دو نفر واقعاً و فی علم اللّه ثابت شده، این معنی قابل اسـتفاده نیست. لـذا نسـبت به احکام دیگر غیر از ارث ممکن است قائل به کشف حکمی شویم یعنی بگوییم این دسـته از آثار زوجیت بعد از اجازه مترتب می شوند، بر خود عقد به صورت تعبّدی.

بنـابراین زوجیـتی که در آثـارش تبعّض داشـته باشـد یعنی برخی از آثـارش به طور حقیقی من حین العقـد مترتب شود و بـاقی آثارش من حین الاجازه مترتب شود نمی تواند زوجیت حقیقی باشد و تنها می توان آن را زوجیت حکمی تلقی کرد.

خلاصه بر خلاف مرحوم سید که قائل به کشف حقیقی است و در نتیجه در

فرض تعقب به اجازه، حکم به صحت عقد اول و بطلان عقود منافیه لاحقه نموده است(۱) ، به نظر ما که کشف حکمی را پذیرفتیم باید قائل شویم به اینکه در غیر مسئله ارث که دلیل خاص داشتیم، در مورد عقد لاحقه نمی توان حکم به بطلان کرد چون اجازهٔ لاحقه نمی تواند برای عقد اول از همان زمان عقد، زوجیت حقیقیه درست کند، لذا ازدواجهای منافی که بعداً انجام گرفته اند، اشکالی نخواهند داشت.

«* و السلام *»

ص:۴۵۳۷

۱- (۱) - البته آقای خویی رحمه الله اینجا مطلبی دارند که در جلسهٔ بعد بحث می کنیم. ایشان فرموده: این مطلب مرحوم سید که روی کشف حقیقی حکم به بطلان عقود منافیه کرده در صورتی است که طرف اصیل روی حرف خود ایستاده باشد. اما اگر منصرف شد و قولاً یا فعلاً انصراف خود را اعلام کرد، در این صورت هیچ کس حتی قائلین به کشف حقیقی نمی گویند که اجازه لاحقه مصحح عقد اول است.

۱۳۸۱/۱۰/۱۶ دوشنبه درس شمارهٔ (۴۸۸) کتاب النکاح/سال پنجم

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

خلاصهٔ درس این جلسه:

در این جلسه به طور تفصیلی این مسئله مطرح می شود که: آیا کسی که از طرف او عقد لازم است می تواند عقودی که منافات با صحت عقد اول دارد انجام دهد یا خیر؟ و در این زمینه بحث استدلال به «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» مطرح و نظرات فقهاء مورد نقد و بررسی قرار گرفته و نظر نهایی استاد مد ظله در این زمینه بیان خواهد گردید.

***

بحث در این بود که اگر عقد نکاح از یک طرف مراعی نبوده بلکه لازم باشد و از طرف دیگر فضولی، آیا کسی که از طرف او عقد لازم است می تواند عقودی که منافات با صحت عقد اول داشته باشد انجام دهد یا خیر؟

اشاره

(چون من له الامر عقد کرده یا فضولی عقد کرده و من له الامر آن را اجازه نموده است) و از طرف دیگر فضولی بوده مراعی و منتظر اجازه یا ردّ من له الامر باشد، آیا کسی که از طرف او عقد لازم است می تواند عقودی که منافات با صحت عقد اول داشته باشد انجام دهد یا خیر؟ مثلاً می تواند خواهر معقوده اول را بگیرد یا خیر؟ مرحوم سید فرمودند: قولان، اقوی این است که می تواند عقد منافی انجام دهد مگر این که بداند بعد از این، طرف دیگر عقد اول را اجازه خواهد کرد. وجه این فرمایش این است که چون ایشان اجازه را کاشف حقیقی می دانند پس اگر بداند که اجازه خواهد آمد یعنی می داند که عقد اول متعقّب به اجازه بوده و از زمان تحقق صحت واقعیه دارد پس عقود منافیه باطل است و اگر شک در تعقّب اجازه داشته باشد مقتضای استصحاب عدم تحقق اجازه و جواز عقود منافیه است. پس اگر خواهر

معقوده اول را گرفت به حسب حکم ظاهری عقد ثانی صحیح است ولی اگر بعداً من له الامر عقد اول را اجازه کرد معلوم می شود عقد دوم باطل بوده و عقد اول صحیح است، چون واقعاً متعقب به اجازه بوده هر چند به حکم استصحاب حکم به عقد تحقق اجازه شده بود.

بررسی کلام مرحوم سید رحمه الله:

اشاره

فرمایش سید در دو مرحله مورد بحث قرار می گیرد:

مرحله اول: آیا التزامی که از طرف اصیل یا مجیز صورت گرفته لازم الرعایه است

و آنها باید به التزام خود پایبند باشند و حق فسخ التزام و رفع ید از آن را ندارند یا لازم نیست بلکه تا زمانی که من له الامر در طرف مقابل عقد را اجازه نکرده است می توانند از التزام خود (ایجاب باشد یا قبول) رفع ید کنند.

مرحله دوم: آیا انجام عقود منافی فسخ التزام اول است یعنی عقلاء دیگر برای التزام اول بقایی قایل نیستند یا خیر؟

در مرحله اول برخی از فقهاء - مانند مرحوم آقای نائینی و ظاهر کلمات شیخ رحمه الله - رأی اول را پذیرفته اند و گفته اند که اصیل حق رفع ید التزام خود را ندارد برای این مدّعا ادله ای ذکر کرده اند.

دلیل اول: فرمایش مرحوم آقای نائینی بود که چون اصیل التزام خود به عقد را تملیک دیگری کرده لذا حق رجوع از التزام ندارد این بیان در جلسه گذشته مورد بحث قرار گرفت.

دلیل دوم: تمسک به أَوْفُوا بِالْعُقُودِ است که بگوییم اگر اصیل و فضولی با یکدیگر مضمون عقدی - مثلا علقه زوجیت - را انشاء نمودند، عقد و قراردادی محقق شده است. أَوْفُوا بِالْعُقُودِ می گوید کسی که پیمانی بسته است باید به قرار خود وفا کند و حق ندارد از آن رفع ید کند، و این دستور نسبت به طرفین عقد انحلالی است و

وظیفه هر یک از طرفین این است که به قرار خود پایبند باشند و انجام عقود منافی با عقد اول تخلف از وفاء به عقد اول است.

نقد مرحوم آقای خویی به استدلال به أَوْفُوا بِالْعُقُودِ :

اشاره

مرحوم آقای خویی فرموده انـد: عقد که موضوع أَوْفُوا بِالْعُقُودِ است عبارت از دو التزام مرتبط به یکدیگر است و انشایی که از یک طرف فضولی باشد چون التزامی از آن طرف صورت نگرفته عقد نیست تا وجوب وفاء داشته باشد.

نقد فرمایش مرحوم آقای خویی رحمه الله

این فرمـایش به نظر مـا محـل منـاقشه است چون فضولی هم مضـمون عقـد را انشـاء کرده است یعنی وقتی قرار می گـذارد که زینب همسـر زیـد باشـد و این زوجیت را انشاء می کند عقد نکاح محقق شده است اما این که این عقد نکاح را عرف یا شارع مقـدس تنفیـذ می کننـد یا خیر مسـئله دیگری است و التزامی که در تحقق عقد معتبر است التزام انشایی است و این امر حتی از فضولی هم محقق شده است، لذا در صدق عقد نباید تردید کرد.

نقد استاد مد ظله به استدلال به أَوْفُوا بِالْعُقُودِ :

اشـکال اول: با توجه به این که «عقد» که موضوع أَوْفُوا بِالْعُقُودِ است محقق شده اگر اسـتدلال به این آیه شـریفه صـحیح باشـد صحّت واقعیه چنین عقدی اثبات شده در نتیجه تمام احکام زوجیت اعم از احکام الزامی مانند حرمت نکاح خواهرزن و احکام ترخیصی مانند جواز نظر و استمتاع باید ثابت باشد و بطلان این مطلب روشن است، همچنان که در جلسه قبل گذشت.

اشکال دوم: همچنان که در مباحث گذشته به تفصیل گفته ایم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ مشرع

نیست و مفادش الزام ما هو المشروع است و باید مشروعیت چنین عقدی در مرحله قبل از جای دیگر ثابت شود و برای لزوم آن به أَوْفُوا بِالْعُقُودِ می توان تمسک کرد.

نقد استاد مد ظله به استدلال به أَوْفُوا بِالْعُقُودِ :

اشکال اول: همچنان که در مباحث پیشین گفته ایم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ مشرّع نیست بلکه مفادش الزام ما هو المشروع است و باید در مرحله قبل مشروعیت عقدی از دلیل دیگری اثبات شود تا بتوانیم برای لزوم وفاء به آن به أَوْفُوا بِالْعُقُودِ تمسک نماییم.

اشکال دوم: با توجه به این که «عقد» که موضوع أَوْفُوا بِالْعُقُودِ است محقق شده است چنانچه استدلال به این آیه شریفه صحیح باشد تحقق زوجیت و صحت واقعیه چنین عقدی اثبات شده و تمامی احکام زوجیت - اعم از احکام الزامی مانند حرمت مادرزن و وجوب نفقه و احکام ترخیصی مانند جواز نظر و استمتاع - اثبات می گردد و در ما نحن فیه بنا بر مبنای کشف حقیقی چنانچه بدانیم این عقد متعقب بالاجازه خواهد بود عقد شرایط صحت واقعیه را داشته و تمامی احکام صحت بار می شود و اگر بدانیم که اجازه نخواهد آمد یا شک داشته باشیم و مقتضای استصحاب عدم تحقق اجازه باشد، این عقد باطل خواهد بود و با أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هم نمی توانیم اثبات کنیم که اصیل نمی تواند از التزام خود رفع ید کند، چون زوجیت امری طرفینی است و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ اگر جاری باشد صحت من الطرفین را اثبات می کند و فرض این است که از طرف مقابل صحتی در کار نیست. نتیجه این بیان این می شود که - بنا بر کشف - اگر می دانیم که اجازه خواهد آمد عقد صحیح بوده و اصیل حق رفع ید از التزام خود را ندارد و الّا می تواند از التزام خود رفع ید کند، البته اگر اجازه آمد کشف می کند که این رفع ید بی وجه بوده است.

از این بیان معلوم می شود که به «المؤمنون عند شروطهم» هم نمی توان استدلال کرد

چون قراری که گذاشته شده قرار طرفینی است یعنی اصیل با فضولی که عقد خوانده اند قرار گذاشته اند که زینب زن زید باشد و زید شوهر او، و زوجیت من الطرفین را شارع امضاء نکرده و زوجیت نسبی و از یک طرف اعتبار عقلایی و شرعی نداشته و دلیل بر تحقق آن نداریم.

مناقشه مرحوم آقای خویی رحمه الله:

اشاره

ایشان می فرمایند: بنا بر هیچ یک از مبانی - کشف و نقل، حقیقی و حکمی - نمی توانیم جلوی اصیل را بگیریم و او می تواند از التزام خود رفع ید کند، چون دلیلی بر لزوم بقاء اصیل بر التزام خود نداریم، فیکون حاله حال رفع الید عن الایجاب قبل القبول بنابراین چنانچه اصیل قولاً یا فعلاً از التزام قبلی خود رفع ید کند - یعنی با انشاء فسختُ یا با انجام عقود منافی از التزام خود به عقد اول رفع ید کند - عقد اول قهراً منفسخ خواهد بود و اجازه بعدی - حتی اگر قایل به کشف حقیقی شویم - مصحّح عقد اول نخواهد شد، در نتیجه اگر اصیل با انجام عقود منافی با عقد اول از التزام اول رفع ید کند مثلاً خواهر زنی را که با عقد اول ازدواج کرده بود عقد نماید، ازدواج اول باطل و ازدواج دوم صحیح خواهد بود، اما این که اجازه بعدی عقد اول را تصحیح نمی کند به این جهت است که اجازه در صورتی کاشف از صحت عقد اول خواهد بود که موضوع داشته باشد و بعد از فسخ عقد اول، عقدی باقی نیست تا اجازه به آن تعلق گرفته، عقد اول وصف «المتعقّب بالاجازه» به خود بگیرد.

سپس ایشان نتیجه گیری می کنند که این که مرحوم سید می فرمایند: «بنا بر کشف حقیقی اگر در صورتی که می دانیم اجازه خواهد آمد معلوم می شود که از اول زوجیت محقق شده لذا طرف اصیل حق ندارد همسر کسی را که با عقد اول زوجه خود شده است بگیرد یا اگر اصیل زن است حق ندارد شوهر کند» این کلام صحیح نیست چون اجازه ای کاشف است که محلّی داشته باشد و بعد از عقود منافیه، دیگر

عقدی نیست تا اجازه به آن تعلق گرفته و کاشف از حصول زوجیت از زمان حدوث عقد باشد.

همچنین این که مرحوم سید می فرمایند: «در صورتی که می دانیم اجازه نخواهد آمد یا در این امر شک داریم اصیل می تواند عقود منافی انجام دهد لیکن اگر من له الامر عقد اول را اجازه کرد کشف می کند که از اول زوجیت محقق بوده و عقود منافی با زوجیت اول باطل خواهد بود» این کلام نیز باطل است.

و در پایان مرحوم آقای خویی می فرمایند: قائلین به کشف حقیقی هم همین نظر ما را دارند و در صورتی قایل به کاشفیت اجازه هستند که اصیل در عقد اول بر التزام خود باقی مانده، محلّی برای اجازه باشد و اما مع رفع الید عنه فلم یعرف منهم قائل به.

نقد فرمایش مرحوم آقای خویی رحمه الله:

اشکال اول: اما کلام اخیرشان که فرمودند «اما مع رفع الید عنه فلم یعرف منهم قائل به» محل مناقشه جدی است چون از مراجعه به کلمات فقهاء معلوم می شود که کلام مرحوم سید قبل از ایشان هم قایل دارد، محقق کرکی صریحاً فتوا داده اند که اگر بعد از عقود منافی اجازه آمد کشف می کند که این تصرفات منافی باطل است. این نظریه از عبارت علامه حلّی و خواهرزاده ایشان سید عمید الدین در کنز الفواید نیز استفاده می شود، کاشف اللثام نیز ضمن پذیرش این رأی با تعبیر «لا اشکال» از آن یاد می کند و این بزرگان عقد دوم را حرام می دانند و منظورشان تحریم وضعی یعنی بطلان است و الا هیچ دلیلی بر حرمت تکلیفی صرف عقد خواندن نداریم البته بعد از باطل بودن ترتیب آثار ترخیصی زوجیت، حرام خواهد بود.

نتیجه آن که این رأی قایل متعدد دارد، به خصوص که فقهاء سابق غالباً قایل به کشف بوده اند.

اشکال دوم: به نظر ما اگر بقاء اصیل بر التزام اول را واجب هم ندانیم در اعتبار

عقلاء انجام عقود منافی فسخ التزام اول نیست و چنین نیست که برای التزام اول در عالم اعتبار هیچ گونه بقایی قایل نباشند لذا اگر همین اصیل بعد از آن که ایجاب عقد دوم را خواند، طرف مقابل این زوجیت را قبول نکرد از نظر عرف عقد اول کأن لم یکن تلقی نمی گردد و در طرف مقابل من له الامر می تواند عقد فضولی را تنفیذ کند و همچنین اگر به جهت دیگری - مانند وقوع در احرام یا عده - عقد دوم باطل بود وجود مراعای عقد اول در اعتبار عقلایی باقی بوده قابل اجازه و تنفیذ است و مخصوصاً چه بسا هنگام عقد دوم توجهی به عقد اول نداشته باشد و خلاصه چون انجام عقد دوم، عقد اول را کأن لم یکن قرار نمی دهد و عقد اول قابل تعلق اجازه است چنانچه مورد اجازه قرار گرفت، اجازه کشف می کند که از اول، این عقد وصف «المتعقب بالاجازه» را داشته، زوجیت زوجه اول محقق شده بود و لذا عقود منافی بعدی باطل خواهد بود(۱).

تعلیقه مرحوم آقای گلپایگانی رحمه الله:

اشاره

مرحوم آقای گلپایگانی در حاشیه کلام سید در مسئله ۳۲ که فرمود: «عقدی که از یک طرف فضولی است چون در معرض اجازه است احوط این است که طرف اصیل قبل از آمدن اجازه یا ردّ، مادر یا خواهر معقوده و امثال اینها را نگیرد» می فرماید: این تزویج مانعی ندارد و احتیاط مورد ندارد چون اگر بعد از تزویج منافی اجازه ای هم بیاید این اجازه بعد از فوات محل است و موضوعی برای آن نیست.

این تعلیقه طبق مبنای ایشان که قایل به کشف حکمی هستند تمام است چون کشف

۱- (۱) - «سؤال»: این که مرحوم سید در صورت شک در لحوق اجازه می فرمایند احوط این است که آثار زوجیت زوجه سابق را رعایت کرده با خواهر و مادر او ازدواج نکند ظاهر کلامشان احتیاط استحبابی است در حالی که در باب زوج مقتضای اصل احتیاط است. پاسخ: اگر در باب زوج اصل احتیاط هم باشد در مقابل اصل برائت است نه در مقابل استصحاب یعنی اگر استصحاب اقتضاء زوجیت یا عدم زوجیت می کرد و احتیاط بر خلاف آن بود رعایت این احتیاط لازم نیست. (استاد مد ظله).

حکمی نقل است حقیقه حتما اگر شخص قطع داشته باشد که بعداً طرف دیگر اجازه می کند مانعی ندارد که تزویج کند چه برسد به اینکه شک داشته باشد چنانچه ایشان در تعلیقه قبل فتوا دادند. بنابراین بنا بر مبنای خودشان تعلیقه ایشان تا اینجا متین است.

سپس ایشان می فرماید: نعم علی القول بلزوم العقد علی الاصیل یحرم ذلک علیه تکلیفاً و لکن لو تزوّج صحّ و تُلغی الاجازه [اشتباهاً این کلمه تکفی الاجازه چاپ شده که غلط است] لکن مع ذلک لا یترک الاحتیاط».

ایشان می فرماید: اگر ما قایل به لزوم عقد از ناحیه اصیل باشیم بر او تکلیفاً حرام است که تزویج منافی با این عقد را انجام دهد لکن اگر این حرام تکلیفی را مرتکب شد و تزویج را انجام داد این ازدواج صحیح است و اجازه مُلغی می شود لکن مع ذلک احتیاط ترک نشود.

نقد استاد مد ظله:

از بیانات سابق معلوم شد که دلیلی بر حرمت تکلیفی تزویج منافی با تزویج اول نداریم، به علاوه این که «اگر تکلیفاً حرام هم باشد وضعاً صحیح است» بر خلاف فرمایش قوم است و تمام کسانی که عقد را از ناحیه اصیل لازم می دانند قایل به بطلان عقود منافی هستند. در مورد آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» کسانی که آیه را ارشاد به صحت می دانند لازمه اش این است که عقد منافی باطل باشد کسانی هم که مثل شیخ انصاری أمر در آیه را حکم تکلیفی می دانند صحت وضعی را نیز از آیه بالملازمه استفاده می کنند، در نتیجه عقد منافی بالملازمه باطل می شود بنابراین بطلان عقد منافی بالمطابقه یا بالملازمه استفاده می شود. خلاصه اینکه اگر ما لزوم را از یک طرف قایل شدیم لازمه آن بطلان عقد مخالف است نه اینکه تکلیفاً عقد حرام باشد اما وضعاً صحیح.

ص:۴۵۴۵

بررسی مسئلهٔ ۳۳ اگر یکی از دو طرف عقد که عقد از ناحیه او فضولی است – چه مرد باشد و چه زن – عقد را ردّ کند

اشاره

مسئله ۳۳: اذا ردّ المعقود له فضولاً ـ العقد و لم یجزه لا ـ یترتب علیه شیء من احکام المصاهره سواء اجاز الطرف الآخر أو کان أصیلاً أم لا، لعدم حصول الزوجیه بهذا العقد الغیر المجاز و تبیّن کونه کأن لم یکن. بحث سابق فرض عدم حصول اجازه و ردّ بود، مسئله جدید این است که اگر یکی از دو طرف عقد که عقد از ناحیه او فضولی است - چه مرد باشد و چه زن - عقد را ردّ کند هیچ کدام از احکام مصاهره برای طرف دیگر بار نمی شود و این عقدی که ردّ شده کالعدم است. بنابراین اگر طرف مقابل مرد باشد می تواند مادر یا خواهر یا دختر این زن را بگیرد.

این مطلب تقریباً اتفاقی است، البته در مورد تزویج مادر کلامی هست که در آخر مسئله می آید.

ادامه مسئله ۳۳:

اشاره

«و ربما یشکل فی خصوص نکاح امّ المعقود علیها و هو فی غیر محله بعد ان لم یتحقق نکاح و مجرد العقد لا یوجب شیئاً مع انه لا فرق بینه و بین نکاح البنت و کون الحرمه فی الاول غیر مشروطه بالدخول بخلاف الثانی لا ینفع فی الفرق».

علامه حلّی در قواعد در مورد عقد بنتی که من له الاجازه، آن عقد را ردّ کرده، نسبت به نکاح مادر این بنت اشکال کرده و احتمال حرمت نکاح او را داده است.

مرحوم سید می فرماید: «و هو فی غیر محله بعد ان لم یتحقق نکاح» زیرا علقه زوجیت واقع نشده و مجرد عقدی که کالعدم است موجب حرمت نیست و مفروض این است که دخولی هم صورت نگرفته است. سپس یک اشکال نقضی به علامه می کنند و می فرمایند و اگر صرف العقد - و لو عقدی که حکم به صحت آن نشده است - بر بنت موجب حرمت مادر او شود باید عقد فضولی بر مادر هم موجب حرمت دختر او گردد، و حرف این که حرمت مادر مشروط به دخول به دختر نیست ولی حرمت دختر مشروط به دخول به مادر است فارق نیست. خلاصه یا باید قایل

به حلیت نکاح در هر دو مسئله شویم یا در نکاح هر دو اشکال کنیم و تفصیل وجهی ندارد.

دفاع از علامه حلّی رحمه الله:

طبق بیانی که در دو جلسه قبل گذشت این اشکال به علاّمه وارد نیست و فارق در مسئله همان است که فخر المحققین در توضیح کلام علامه فرموده که اگر ما فسخ را نقض من حین بدانیم و قایل شویم که عقد اثر خودش را و لو حکماً داشته و بعد از فسخ، عقد از اثر می افتد در این صورت بین نکاح امّ و بنت فارق پیدا می شود.

توضیح اینکه، اگر فضولی عقد بر مادر کرد و سپس مادر این عقد را ردّ کرد می تواند دختر او را بگیرد زیرا اگر عقد تامّ هم بر مادر واقع شود و سپس مرد از این مادر جدا شود تا دخول نشده باشد می تواند دختر او را بگیرد. در مسئله ما هم فرض این است که صرف عقد بوده و دخولی صورت نگرفته است، اما اگر عقد بر دختر خوانده باشد و دختر این عقد را ردّ کند و ما فسخ را نقض از حین فسخ بدانیم نه از اول عقد و بگوییم آثار عقد و لو حکماً وجود داشته است در این صورت عقد دختر هر چند از حالا محکوم به بطلان است ولی شارع نسبت به قبل احکام صحت آن عقد را بار کرده و ازدواج با مادر معقوده و اول را جایز نمی داند. پس به مجرد اینکه عقد دختر تمام شود به حکم شارع مادر او را نمی شود گرفت و مادر حرمت أبد پیدا می کند حتی اگر دخول به دختر نشده باشد، بله اگر کسی فسخ را فسخ مِن قبل بداند معنایش این است که در اعتبار شارع یا در اعتبار عقلاء اصلاً چنین عقدی واقع نشده است تا احکام بار شود از این رو بین مادر و دختر فرقی نیست و نکاح با أمّ یا بنت در فرض ردّ عقد دیگری نافذ است.

بررسی مسئلهٔ ۳۴ حکم زنی که فضولتاً به ازدواج مردی در آمده یا مردی فضولتاً به ازدواج زنی درآمده و من له الاجازه جاهلا عقد منافی با این عقد فضولی انجام داده

ص:۴۵۴۷

علمت بـذلک العقـد لیس لها ان تُجیز لفوات محلّ الاجازه و کـذا اذا زوّج فضولاً بامرأه و قبل ان یطّلع علی ذلک تزوّج امّها او بنتها أو أختها ثم علم و دعوی ان الاجازه حیث انها کاشفه اذا حصلت تکشف عن بطلان العقد الثانی کما تری.

موضوع مسئله این است که زنی فضولتاً به ازدواج مردی در آمده یا مردی فضولتاً به ازدواج زنی درآمده سپس من له الاجازه بـدون آگـاهی از اینکه چنین عقـدی برای او انجام داده انـد یک تزویـج منافی با این عقـد فضولی انجام می دهـد دیگر من له الاجازه نمی توانند آن عقد فضولی را اجازه کند زیرا با تزویج منافی محلّی برای اجازه باقی نمی ماند.

و این یـک قاعـده کلی است که اگر شخصـی دو کـار انجـام داده که این دو کـار با هم جمع نمی شود هر کاری که اول از او صـادر شـده و به فعلیت و تمـامیت رسـیده است صـحیح واقـع می شـود و موجب بطلاـن عمـل دیگر می شود نه اینکه حکم به صحت عمـل دوم کننـد و صـحت عمـل دوم موجب بطلاـن عمـل اول شود. مثلاً اگر اول، عمل سابق را اجازه داد سـپس عمل منـافی با آن را انجام داد عمل اول که اجازه داده صـحیح و کار دوم باطل می شود، یا این که اگر اول عقـد فضولی را اجازه و سپس آن را ردّ نمود یـا بـالعکس، کـار اولش - اجـازه باشـد یـا ردّ - نافـذ است و دومی لغو خواهـد بود چون محلّی برای آن نیست.

سپس مرحـوم سـید طبق مبنـای کشف حقیقی این شـبهه را مطرح می کنـد که بنـا بر مسـلک کشف حقیقی ممکن است گفته شود: «اجازه کشف از صحت عقد اول از حین عقد اول می کند از این رو مستلزم بطلان عقد ثانی می شود» و می فرماید:

بطلان این شبهه - کما تری - واضح است.

ادامه بحث در جلسه بعد ان شاء الله تعالی.

«* و السلام *»

ص:۴۵۴۸

۱۳۸۱/۱۰/۱۷ سه شنبه درس شماره (۴۸۹) کتاب النکاح/سال پنجم

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

خلاصه درس این جلسه:

در این جلسه، ادامهٔ بحث نکاح فضولی را دنبال کرده و آراء فقها را در این زمینه مجدداً یادآور و نقد خواهیم نمود. سپس به توضیح مسئله ۳۸۹۷/۳۴ پرداخته و در ادامه، به بحث وقوع عقدین متعاقبین او متقارنین اشاره کرده و صور مسئله را تشریح خواهیم نمود.

***

اقوال در مسئله نکاح فضولی در مقام

در مورد مسائل أخیر چند قول در مسئلهٔ فضولی هست که به آن اقوال اشاره می کنیم:

۱. یک قول این است که شخص همهٔ تصرفات مخالف با این عقد فضولی را می تواند انجام دهد و آن تصرفات تکلیفاً و وضعاً صحیح است و اگر بعد از آن تصرفات بخواهد عقد فضولی را اجازه کند آن اجازه مؤثر نیست. این قول مختار ما و مرحوم آقای خویی است.

۲. قول دیگر که از کلام مرحوم آقای گلپایگانی استفاده می شود این است که گویا قائلین به لزوم از طرف أصیل قائلند به اینکه تصرفات مخالف با عقد فضولی وضعاً صحیح است ولی تکلیفاً حرام است، چون مقتضای أَوْفُوا بِالْعُقُودِ این است که تصرفات منافی انجام ندهد مثلاً ـ مادر زن، دختر زن را، خواهر زن را جمعاً نگیرد. این قول از کلام مرحوم آقای گلپایگانی استفاده می شود که از کلام قائلین به لزوم این معنا را ایشان برداشت کرده اند و گذشت که این استظهار تمام نیست.

۳. قول سوم این است که اگر نکاح فضولی متعقّب به اجازه باشد تصرفات بعدی

همه باطل است. بنابراین اگر من له الإجازه بعداً اجازه بدهد اجازه کشف می کند که همهٔ تصرفات منافی با آن عقد فضولی، باطل است و اگر چنین اجازه ای از من له الاجازه صادر نشد تا مرد با آنکه آن عقد فضولی را ردّ کرد آن تصرفات به قوّت خود باقی است پس اجازه، آن تصرفات را ردّ می کند و عقد سابق را تصحیح می کند. این قول مختار صاحب العروه قدس سرّه است.

۴. قول چهارم این است که اجازه چه بیاید و چه نیاید و چه ردّ صادر شود و چه نشود در همه فروض، تصرفات منافی بعدی باطل هستند. البته اگر اجازه ندهد تا بمیرد در این صورت، موت من له الاجازه موجب انفساخ قهری عقد قبل می شود. و اگر ردّ کند، ردّ موجب فسخ عقد قبلی می شود بالانشاء، پس بنابراین قول، تصرفات منافی با عقد فضولی باطل است بلا فرق بین اینکه من له الإجازه عقد فضولی را ردّ کند یا ترک اجازه کند و یا آن عقد را اجازه کند. این قول از کلام علامهٔ حلی و من تبعه استفاده می شود.

۵. یک وجه دیگری که به صورت احتمال می توان مطرح کرد. تفصیل بین عقد بر أخت و عقد بر بنت و ام با فرض تقدم عقد بنت و بین عقد بر بنت و ام با فرض تقدم عقد أمّ، که از کلام مرحوم آقای خویی استفاده می شود و توضیح آن در ذیل می آید.(۱)

نقل کلام محقق خویی رحمه الله در باب ازدواج با دختر همسر:

اشاره

اگر شخصی با زنی ازدواج کرد و سپس بخواهد مادر یا خواهر او را بگیرد این عقد یا باطل است و یا حرام است، چون مخالف با أَوْفُوا بِالْعُقُودِ است. حال مفاد این آیه یا حکم وضعی است و یا حکم تکلیفی است. لکن سخن اکنون در این است که اگر با زنی ازدواج کرد و هنوز به او دخول نکرده و او را طلاق نیز نداده بخواهد دختر او را بگیرد مشهور گفته اند، اگر بر دختر عقد بخواند این عقد باطل است لکن

۱- (۱) مبانی العروه امر ۳۴۹ ذیل مسئلهٔ ۳۲.

مرحوم آقای خویی بر خلاف مشهور فرموده: نه تنها عقد دختر باطل نیست بلکه مُبطل عقد مادر نیز هست. یعنی عقد دختر موجب بطلان عقد مادر می شود زیرا أمّ الزوجه به حکم أمّهات نسائکم(۱) از محرّمات ابدی است. استدلال ایشان به آیه رَبائِبُکُمُ اللاّتِی فِی حُجُورِکُمْ مِنْ نِسائِکُمُ اللاّتِی دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَکُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلا جُناحَ عَلَیْکُمْ (۲) این است از آیهٔ شریفه استفاده می شود که اگر مادر مدخوله نشد دختر حرام مؤبّد نیست، اما اگر مدخوله شد حرام مؤبّد است. البته ایشان به این فقرهٔ آیه بر صحت نکاح دختر استدلال نمی کنند چون آیه ناظر به حرمت أبد در فرض دخول به مادر و عدم حرمت ابد در فرض عدم دخول به مادر است. بلکه به این نکته استدلال می کنند [که خواستم این نکته را تذکر دهم که اشتباه نشود] که در مورد اختین در آیهٔ شریفه می فرماید: و ان تجمعوا بین الأختین، ازدواج با خواهر دوم محقِّق عنوان جمع و جزء أخیر علت تامه است، از این رو ازدواج با خواهر دوم باطل است. اما در مورد نکاح بنت و نکاح أمّ، ما عنوان حرمت جمع بینهما را نداریم تا حکم کنیم نکاح بنت چون محقق عنوان جمع است باطل است اگر چنین عنوانی داشتیم و قبلاً عقدی بر مادر شده بود ولی مادر مدخوله نبود سپس عقد بر دختر او واقع می شد حکم به بطلان عقد دختر می کردیم، چون عقد دختر محقّق عنوان جمع بود. اما در مقام، حرمت جمع بین این دو را نداریم، بنابراین طبق آیهٔ شریفه دلیلی بر بطلان عقد دختر نداریم، آیهٔ فان لم تکونوا دخلتم بهنّ فلا جناح علیکم نیز که نه دلیل بر صحت است و نه بر بطلان، چون ناظر به عدم حرمت ابدی است. بنابراین، نکاح دختر داخل در آیهٔ و احل لکم ما وراء ذلکم(۳) است و محکوم به صحت خواهد بود و لازمهٔ صحت عقد دختر، بطلان عقد مادر است، چون ام الزوجه حرام مؤبّد است. این فرمایش مرحوم آقای خویی است.(۴)

۱- (۱) نساء / ۲۳.

۲- (۲) نساء / ۲۳.

۳- (۳) نساء / ۲۴.

۴- (۴) مبانی العروه ۳۴۹/۲ ذیل مسئلهٔ ۳۲۳۸۹۶ و مبانی العروه ۳۰/۱ ذیل مسئلهٔ ۲۶۳۶۵۸ تذکر: به جزوهٔ ۱۸ و ۱۹ مربوط به سال اول ذیل مسئلهٔ ۲۶ رجوع شود.

نقد کلام محقق خویی قدس سرّه

به نظر می رسد استدلال به آیهٔ احل لکم ما وراء ذلکم تمام نیست زیرا:

اولاً: این آیه مقابل آیهٔ قبل است که ابتداءً محرّمات ذاتیه را ذکر می کند. طوائفی از زنان هستند که با هیچ سببی نمی شود با آنها ازدواج کند. آیهٔ شریفه اول متعرض این طوائف شده و سپس جمع بین الأختین و زنان شوهردار را نیز اضافه کرده است.

در مقابل احل لکم ما وراء ذلکم ناظر به حلیت ذاتیه است اما ناظر به حلیت فعلیّه نیست، بنابراین ناظر به این نیست که برای ازدواج با ما وراء ذلکم چه شرائط و خصوصیاتی هست. آیهٔ شریفه نمی خواهد بگوید: هیچ شرطی برای حلیت ما وراء ذلکم نیست. بنابراین، آیه ناظر به این نیست که مثلاً عقد خواندن لازم نیست، یا عربیّت شرط نیست یا در حال احرام یا عدّه نبودن شرط نیست و مانند آن.

از این رو، آیهٔ شریفه دلالت نمی کند که اگر بر دختر عقد جاری کردید عقد او صحیح فعلی است و لازمه اش این است که عقد مادر او باطل است و حرمت مؤبّد پیدا می کند.

و ثانیاً: اگر تسلیم شده و بگوییم آیه ناظر به حلیّت فعلی است، آیه نسبت به حدوث و بقاء اطلاق دارد لذا آیه نسبت به مادر زن می گوید: الآن حلال بالفعل است بقاءً و نسبت به دختر هم گوید: الآن حلال است حدوثاً و این دو حکم فعلی تعارض پیدا می کند. در نتیجه ما دلیلی بر صحت فعلی عقد بنت نداریم.

و ثالثاً: اگر دلیلی بر صحت هیچ یک از عقد مادر و دختر معیّناً پیدا نکردیم مقتضای سیرهٔ عقلائیه این است که وقتی قراری بسته می شود حکم به بقاء آن می کنند مگر اینکه دلیلی دلالت کند بر به هم خوردن آن قرار، لذا اگر سکوت کردند و دلیلی قائم نشد، عقلاء آن قرار را باقی می دانند و در ما نحن فیه فرض این است که عقد مادر صحیح بوده و دلیلی نیامده که بگوید چه چیزی این عقد را ابطال می کند، لذا عقد مادر محکوم به صحت خواهد بود. و نمی توان گفت: عقد ثانی صدر من أهله و وقع فی محلّه، عقد ثانی فی محلّه نیست زیرا مانع از فعلیّت دارد لذا در این مسئله ما با مشهور موافقیم که عقد دختر را مادامی که مادر در حبالهٔ اوست باطل می دانند.

ص:۴۵۵۲

تطبیق فرمایش محقق خویی در مقام و توضیح فرمایش علّامهٔ حلّی

مرحوم آقای خوئی با توجه به مطلب بالا که فرمودند: دلیلی بر حرمت جمع بین أمّ و بنت نداریم و اگر عقد بر مادر مقدّماً واقع شد و سپس عقد بر دختر واقع شد عقد دختر صحیح است و مُبطل عقد مادر است، می فرماید: اینکه سید فرموده: نعم اذا تزوج الأم او البنت مثلاً ثم حصلت الاجازه کشف عن بطلان ذلک یعنی اگر ابتداء با زنی ازدواج فضولی انجام شد و سپس با مادر یا دختر او ازدواج کرد یعنی تصرف منافی با عقد فضولی انجام داد سپس من له الاجازه عقد فضولی را اجازه کرد اجازه کاشف از بطلان عقد ثانی است، این مطلب در مورد اختین و بنت و أمّ با فرض تقدم عقد بنت تمام است اما در فرض تقدم عقد أمّ تمام نیست. یعنی اگر در اجازه قائل به کشف حقیقی شویم و بگوییم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ مفادش این است که تصرف منافی با عقد اول انجام ندهید یعنی صحت تأهّلی و شأنیت صحت عقد سابق را با تصرف منافی لا حق باطل نکنید و اگر چنین تصرفی کردید این تصرف منافی مورد امضاء شارع نیست، اگر همهٔ این مطالب را بپذیریم این مطالب در اختین و در فرض تقدم عقد بنت تمام است اما در فرض تقدم عقد أمّ تمام نیست. بنابراین، طبق مبنای مرحوم آقای خویی در مسئله بین اختین و فرض تقدم عقد بنت و بین فرض تقدم عقد مادر تفصیل باید داد و بطلان عقد ثانی در مورد اختین و عقد متأخر مادر تمام است، اما در مورد عقد متأخر بنت، عقد ثانی باطل نیست بلکه صحیح است و موجب ابطال عقد مادر است.(۱)

اکنون با توجه به تفصیل مرحوم آقای خویی در مورد کلام سابق علّامهٔ حلّی دو احتمال می توان ذکر کرد. علّامهٔ حلّی فرمود: اگر یک طرف عقد أصیل و طرف دیگر فضولی بود سپس شخص بخواهد دختر آن معقوده یا مادر آن معقوده یا خواهر آن معقوده را بگیرد صحیح نیست مگر آنکه فسخ کند که در این صورت می تواند بگیرد علی اشکال فی الأمّ.

۱- (۱) مبانی العروه ۳۴۹/۱.

قبلاً ـ ما یک احتمال در کلام علامه دادیم که وجه علی اشکال فی الأمّ چنانچه فخر المحققین فرموده، این است که آیا فسخ، نقل «من حین» است یا «من قبل» است.(۱) اکنون احتمال دیگری در کلام علاّمه می دهیم و آن اینکه نظر علامه به همین مبنایی باشد که مرحوم آقای خوئی قائل شده اند یعنی تصرف منافی جایز نیست مگر در مورد أمّ که علی اشکال این تصرف جایز نیست زیرا شاید ازدواج بنت قابل تصحیح باشد و در نتیجه عقد أمّ باطل می باشد، همانطور که مرحوم آقای خویی فرمودند.

ادامهٔ مسئلهٔ ۳۴

اشاره

مسئلهٔ ۳۸۹۷/۳۴

اکنون بحث در مسئلهٔ دیگری است که در جلسهٔ گذشته مقداری از بحث آن مطرح شد و آن این است که من له الإجازه مرد باشد یا زن، اگر اطلاع نداشت که یک عقد فضولی برای او واقع شده است و بر اساس عدم اطلاع یک تصرف منافی با آن عقد فضولی انجام داد مثلاً اگر من له الإجازه زن بود، شوهر کرد و یا اگر مرد بود خواهر یا مادر یا دختر آن مزوّجه فضولاً را گرفت سپس از آن عقد فضولی با اطلاع شد آیا می تواند آن عقد فضولی را اجازه کند و در نتیجه تصرفی که خودش انجام داده محکوم به بطلان شود؟

مرحوم صاحب العروه می فرماید: لیس لها تجیز لفوات محلّ الإجازه

لکن اینجا یک سؤال باقی می ماند و آن اینکه صاحب عروه قائل به کشف حقیقی است پس چرا در مقام، قائل به تجویز اجازه نشده است؟ و حال آنکه ایشان در مسائل قبل(۲) فرمود: اگر یک طرف اصیل و طرف دیگر فضولی بود و اصیل تصرفات منافی با عقد فضولی انجام داد و سپس من له الإجازه عقد فضولی را اجازه کرد تصرفات منافی محکوم به بطلان خواهد بود و عقد سابق تصحیح می شود.

۱- (۱) لاحظ مستمسک العروه ۵۱۶/۱۴، ۵۱۹.

۲- (۲) حیث قال قدس سرّه: نعم اذا تزوّج او البنت مثلاً ثم حصلت الإجازه کشفت عن بطلان ذلک (مسئلهٔ ۳۲۳۸۹۵)

بنابراین، فارق بین دو مسئله چیست؟ چرا در مسئلهٔ سابق، تصرف منافی محکوم به بطلان می شود اما در مقام، تصرف منافی محکوم به صحت است و محلّی برای اجازه باقی نمانده است.

جواب این سؤال این است که مرحوم آقای حکیم در مباحث فقهی خود در جاهای دیگر مبنایی را دارند که آن مبنا مورد قبول ما نیز هست و آن اینکه، هرگاه دو دلیل به گونه ای باشد که اگر موضوع برای یکی پیدا شود و فعلیت پیدا کند مانع از به فعلیت رسیدن موضوع دلیل دیگر شود و موضوع دلیل دیگر را از بین ببرد. در این موارد با فعلیت موضوع دلیل اول که اسبق است حکم به بطلان عنوان دوم و عدم تحقق عنوان دوم می شود. برخی از مثالهای این قاعده روشن است، مثل آنکه کسی نذر کرده که عبایش را به زید دهد با تحقق این نذر نمی تواند دوباره نذر کند که همین عبا را به عمرو بدهد و اگر فرضاً نذر دوم را هم انجام دهد نذر دوم محکوم به بطلان است و از موضوع وفاء به نذر خارج است و به مجرد اینکه شارع حکم به صحت نذر اول کرد نذر دوّم باطل است زیرا یکی از شرائط نذر، رجحان متعلّق آن است و در مقام، نذر دوم متعلّقش رجحان ندارد. و دلیل صحت نذر برای زید به دلیلی که گوید: هر نذری صحیح است ورود پیدا می کند و چون نذر برای عمرو موضوع ندارد مرجوح می شود. همچنین اگر به فرض، شارع حکم به صحت نذر دوم کند موضوع برای نذر اول باقی نمی ماند به همان بیان متقدم، زیرا ملاک رجحان یا عدم رجحان متعلّق نذر، ظرف عمل است نه زمان خود نذر، مثل آنکه شخص نذر کند ده روز دیگر روزه بگیرد و روز دهم مصادف با عید قربان یا فطر باشد، نذر منعقد نیست زیرا روزه در ظرف عمل مرجوح است، هر چند در زمان نذر، روزه گرفتن مرجوح نیست لکن مفروض این است که نذر او به روزهٔ امروز تعلّق پیدا نکرده است بلکه به روزهٔ ده روز دیگر تعلّق پیدا کرده است. به هر حال مثال نذر متقدم از مثالهای واضح قاعدهٔ مذکور است و در این موارد عرف شک نمی کند که نذر اول صحیح و نذر دوم باطل است و عرف نمی گوید: شرط صحت نذر اول این است که نذر متأخری بر خلاف آن صادر نشود. بله اگر نصّ خاصّی بر خلاف قاعدهٔ مذکور قائم شود از این

قاعدهٔ عدول می کنیم. مثال بالا مربوط به جایی است که هر دو مصداق، مصداق از یک عام یا مطلق باشد. در جایی هم که به این نحو نباشد نیز مسئله از همین قرار است.

مثل اینکه زنی خلیّه ای که شوهر ندارد نذر کرده(۱) که روزهای جمعه را مادام العمر روزه بگیرد و اکنون ازدواج کرده است و شوهر او در روز جمعه از او تمکین می خواهد آیا زن باید به مقتضای نذر عمل کند یا تسلیم شوهر شود؟ آیا بگوییم نذر او صحیح است و اطاعت از شوهر جایز نیست زیرا «لا ـ طاعه لمخلوق فی معصیه الخالق» یا آنکه بگوییم: متعلّق نذر او مرجوح بوده و نذر او به نحو مادام العمر واقع نمی شود.

در این مثال ما حکم به موضوعیت فرض برای هر یک از دو دلیل بکنیم فرض او موضوع دلیل دیگر خارج می شود لکن به نظر می رسد که در مقام چون موضوع نذر، اول به فعلیّت رسیده است محلّ برای حق زوج باقی نمی ماند. بله اگر بعد از ازدواج زن این نذر را بکند چون حقّ زوج زودتر به فعلیت رسیده است محلّی برای فعلیت موضوع نذر باقی نمی ماند. و اینجا نیز از باب ورود است.

در مواردی نیز شبیه ورود است مثل اینکه به نظر عرف، موضوع دلیل دیگر به حکم عقل نه به حکم شرع از بین برود و با فعلیت أسبق زمینه برای دیگر باقی نمی ماند.

در باب معاملات، اگر عقدی را سابقاً اجازه کرد حال بخواهد آن عقد را ردّ کند عرف می گوید چون آن اجازه، سابقاً واقع شده محکوم به صحت است و ردّ باطل است نه اینکه اجازه مشروط باشد به اینکه ردّی بعد از آن نیاید، پس اگر ردّی آمد آن ردّ محکوم به صحت باشد و اجازهٔ سابق را باطل کند سپس در باب اجازه و ردّ، اجازهٔ یا ردّ سابق، قولی باشد یا فعلی، صحیح است و متأخر باطل است، در مقام نیز، اگر زن ازدواج با دیگری کرد، ازدواج او ردّ عملی نکاح فضولی است و با این ردّ، زمینه ای برای اجازهٔ بعدی نسبت به عقد فضولی سابق باقی نمی ماند. و نباید

۱- (۱) این مسئله گویا در کتاب الحج معنون است. به هر حال در مسائل باب نکاح یا حج قبلاً ما متعرّض آن شده ایم.

بگوییم: به نحو شرط متأخر صحت این عقد متوقف است بر اینکه اجازهٔ لاحق نسبت به عقد سابق از این زن صادر نشود. در این موارد عرف حکم می کند که اجازهٔ لاـ حق باطل است و سابق صحیح است و عرف إباء دارد از اینکه اجازهٔ لاـحق را صحیح بداند و به وسیلهٔ آن عقد سابق بر اجازه را باطل کند.

اما اینکه چرا صاحب عروه در مسئلهٔ سابق فرمود: اگر اصیل مادر یا دختر یا خواهر را گرفته و سپس اجازه به عقد سابق تعلق بگیرد اجازه کشف از بطلان تزویج به أمّ یا بنت یا أخت می کند با آنکه ازدواج به أمّ و بنت و أخت قبل از اجازهٔ مجیز است چرا ایشان آنجا فرمود: اجازه تزویج سابق بر اجازه را باطل می کند؟ جوابش این است که اگر عقد امّ الزوجه و مانند آن مسبوق به عقد دیگری از خودش نبود، عقد او زمینه برای اجازه باقی نمی گذاشت، زیرا هر کدام متقدم بود أَوْفُوا بِالْعُقُودِ آن را شامل می شد و زمینه برای دوّمی باقی نمی ماند و از أَوْفُوا بِالْعُقُودِ خارج می شد در حالی که اصیل قبلاً عقد کرده و سپس با عقد مخالف می خواهد عمل خودش را لغو کند و بنا بر مسلک کشف حقیقی با آمدن اجازه، عقد قبلی چون اسبق بوده به فعلیت می رسد و عقدهای بعدی محکوم به بطلان می شود.

بررسی مسئلهٔ ۳۴ حکم زنی که دو نفر را وکیل کرده تا شوهری برای او پیدا کنند و هر کدام شخصی را پیدا کردند.

اشاره

مسئلهٔ ۳۸۹۸/۳۵

اذا زوّجها احد الوکیلین من رجل و زوّجها الوکیل الآخر من آخر فان علم السابق من العقدین فهو الصحیح و ان علم الاقتران بطلاـ معاً و ان شکّ فی السبق و الاقتران فکذلک لعدم العلم بتحقق عقد صحیح، و الأصل عدم تأثیر و احد منهما و ان علم السبق و اللحوق و لم یعلم السابق من اللاحق فان علم تاریخ احدهما حکم بصحته دون الآخر و ان جهل التاریخان ففی المسأله وجوه.

زنی دو نفر را وکیل کرده تا شوهری برای او پیدا کنند وکیل اوّل، زید را پیدا کرده و تزویج را انجام داده و وکیل دوم عمرو را پیدا کرده و او را تزویج به زن کرده است.

اگر عقد سابق معلوم باشد فقط عقد سابق صحیح است و این مطلب طبق همان قاعدهٔ سابق است که عرف عقد سابق را حکم به صحت می کند و قائل به شرط

متأخر و اینکه عقد سابق به شرطی صحیح است که عقد مخالف دیگری بعداً نیاید، نیست و اگر دو عقد مقارن باشند هر دو باطل است.

و اگر شک در سبق و اقتران باشد نیز می فرماید: محکوم به بطلان است و مثل صورتی است که یقین به اقتران دارد زیرا شک در اقتران دارد پس احتمال بطلان می دهد و احراز عقد صحیح نکرده است و مقتضای اصاله الفساد در عقود، عدم تحقق عقد صحیح در مقام است. و اگر علم به سبق و لحوق دارد و احتمال اقتران نمی دهد لکن سابق را از لاحق تمییز نمی دهد مسئله دو فرض دارد، فرض اول این است که یکی از اینها معلوم التاریخ است در این صورت عقد معلوم التاریخ صحیح است و عقد مجهول التاریخ باطل است زیرا مقتضای استصحاب عدم وقوع عقد مجهول التاریخ تا زمان وقوع عقد معلوم التاریخ، صحت عقد معلوم التاریخ است فرض دوم جایی است که هر دو مجهول التاریخ باشند که در این فرض در مسئله وجوهی است.

مرحوم آقای خمینی در ذیل و ان جهل التاریخان حاشیه ای دارند که به نظر می رسد مستدرک است و آن حاشیه این است: «و لم یحتمل الاقتران و الاّ فیحکم ببطلانهما کما مرّ»(۱)

وجه استدراک این است که فرض احتمال اقتران قبلاً ـ در عبارت صاحب عروه گذشت پس این فرض متعیّن در این است که احتمال اقتران داده نشود، بنابراین، این تعلیقه توضیحی بیش نیست. نه اینکه اشاره به اختلاف نظر باشد مگر اینکه این تعلیقه مربوط به جای دیگر باشد و اشتباهاً اینجا ثبت شده باشد.

بررسی مسئله

در این مسئله مباحثی هست که آقایان شرّاح [نه مرحوم آقای حکیم و نه مرحوم آقای خویی] متعرض آن نشده اند و مسئله را به وضوحش واگذار کرده اند.

یکی از آن مباحث این است که اگر هر دو عقد مقترن شد. حکم به بطلان هر دو

۱- (۱) العروه الوثقی ۸۷۶/۲.

عقد کرده و آقای خویی تمسک به بطلان ترجیح بلا مرجّح کرده اند. و علی القاعده مستند آقای حکیم هم همین است.

این مطلب از دو جهت قابل بررسی است، یکی اینکه بله ترجیح بلا مرجح باطل است و نمی توان گفت خصوص عقد بر زید مثلاً صحیح است لکن چه مانعی دارد که واحد لا بعینه صحیح باشد آیا این مطلب محظور عقلی یا شرعی دارد؟ این مسئله در شرع نظیر هم دارد و منصوص و مورد فتوای فقهاست و آن اینکه اگر کافری هشت زن داشت و سپس مسلمان شد عقد چهار زن صحیح و ما بقی باطل است. چهار زنی که عقد آنها صحیح است تعیّن ثبوتی ندارد و لا بعینه است لکن حق تعیین با شوهر است.(۱) همچنین در بعض روایات آمده که اگر دو خواهر را در عقد واحد تزویج کند [به عکس مقام که شوهر متعدد است و زن واحد است] یکی از این دو عقد صحیح است و حق تعیین با زوج است(۲) هر چند گویا ما این مطلب را قبول نکردیم، یا دو خواهر را دو وکیل هم زمان برای مردی تزویج کنند که این فرض نیز نظیر مقام است.

به هر حال ممکن است کسی در مقام ادّعا کند که یکی از دو عقد لا بعینه صحیح است و با قرعه آنچه تعیّن ثبوتی ندارد معلوم می شود بعد از آنکه ثابت کردیم مواردی که شیء تعیّن ثبوتی در واقع ندارد عمومات قرعه شامل آن می شود.

همانطور که در داستان حضرت یونس اینکه کدامیک را به دریا بیندازند تعیّن ثبوتی نداشت و با قرعه آن را تعیین کردند، همانطور که اگر تعیین ثبوتی بود قرعه برای تعیین اثباتی هم گاهی به کار می رود و عمومات قرعه هر دو مورد را شامل هستند.

و ممکن است با اختیار و تعیین خود زن این واحد لا بعینه ثبوتاً، تعیّن پیدا کند.

۱- (۱) وسائل الشیعه باب ۶ من ابواب ما یحرم باستیفاء العدد لاحظ مستمسک العروه ۹۴/۱۴، ۱۰۲.

۲- (۲) هی صحیحه جمیل المرویه فی الفقیه عن أبی عبد الله علیه السلام فی رجل تزوج أختین فی عقده واحده قال علیه السلام: یمسک أیتهما شاء و یخلّی سبیل الأخری و قال فی رجل تزوج خمساً فی عقده واحده قال علیه السلام: یخلّی سبیل أیتهنّ شاء (الفقیه ۲۶۵/۳ الوسائل باب ۲۵ من ابواب ما یحرم بالمصاهره حدیث ۱).

مثل رجل أسلم علی نسوه ثمانیه که با تعیین زوج، چهار زن زوجیّت آنها تثبیت و ما بقی حکم به بطلان عقد آنها می شد بنابراین از نظر ثبوتی مسئله محظور ثبوتی و عقلی ندارد لکن باید ببینیم که آیا دلیل اثباتی بر صحت یا بطلان در مسئله هست یا نه؟ اگر دلیلی اثباتی بر صحت یا بطلان نداشتیم باید طبق قواعد مسئله را تمام کنیم.

ادامهٔ بحث در مسئله را به جلسهٔ بعد موکول می کنیم. ان شاء الله تعالی.

«* و السلام *»

ص:۴۵۶۰

۱۳۸۱/۱۰/۱۸ چهارشنبه درس شمارهٔ (۴۹۰) کتاب النکاح/سال پنجم

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

خلاصهٔ درس این جلسه:

در این جلسه این بحث مطرح می شود که اگر دو وکیل، دو همسر را برای موکّل خود تزویج نمایند، کدام عقد صحیح خواهد بود؟ در فرض تقارن عقدین، چه احتمالاتی متصوّر است یا در فرض مجهول التاریخ بودن أحد العقدین، حکم مسئله چگونه خواهد بود؟

***

الف) بررسی فرض اقتران دو عقد در مسئله ۳۸۹۸:

اشاره

اذا زوّجها احد الوکیلین من رجل و زوّجها الوکیل الآخر من آخر، فان علم السابق من العقدین فهو الصحیح. و ان علم الاقتران بطلا معاً...

عرض کردیم در این مسئله جهاتی از بحث وجود دارد که در کلمات محشین مطرح نشده و شاید مسئله به وضوحش واگذار شده است و لیکن از نظر بحث علمی جا دارد که مورد توجه قرار گیرد. یکی از آن جهات این است که مرحوم سید در متن مسئله می فرماید: اگر دو وکیل در یک زمان دو شوهر برای زن (موکِّل) تزویج نمایند و علم به اقتران عقدین باشد حکم به بطلان هر دو عقد می شود. در این مورد معمولاً آقایان دلیلی که برای بطلان ذکر می کنند مسئله ترجیح بلا مرجح است، یعنی چون حکم به صحت هیچ کدام از دو عقد بر دیگری ترجیحی ندارد لذا هر دو محکوم به بطلان است. به نظر ما در این زمینه چند مطلب قابل توجه است که ذیلاً به آنها اشاره می کنیم:

ص:۴۵۶۱

۱ - همانطوری که در جلسه پیشین گفتیم، چه مانعی دارد که در این مورد احد العقدین لا بعینه را صحیح بدانیم چنانچه در نظایر این مسئله در روایات نیز به همین صورت اشکال حل شده است. مثلاً در روایت آمده است که شخصی در عقد واحد دو خواهر را تزویج می نماید که فقهاء از مورد روایت به مواردی که طرفین عقد هر دو وکیل باشند یا موردی که یکی از طرفین اصیل و طرف دیگر وکیل است تعدی نموده اند. و یا مثلاً در روایت هست که شخصی به عقد واحد پنج زن را عقد می کند.

در این موارد مدلول روایات این است که هر کدام از دو خواهر را که اختیار کند او همسرش است و یا نسبت به مورد دوم، چهار نفر از آنها را مجاز است که انتخاب نماید و آنها همسر او می باشند و یکی را باید ردّ نماید. حتی در مورد مسئله دوم یعنی عقد پنج زن در عقد واحد، مرحوم آقای خویی ادعای اتفاق می کنند که فقهاء بر طبق روایت فتوا داده اند ولی می فرمایند راجع به اختین مسئله خلافی است. البته ادعای اتفاقی را که ایشان می فرمایند چون ما عنوان مسئله را در کلمات بزرگان نیافتیم خیلی برای ما روشن نیست و لیکن علی ایّ حال مدلول روایات این است که احد لا بعینه یا چهار نفر لا بعینها زوجهٔ او می باشند که با اختیار زوج تعیین می شود.

۲ - اگر مطلب قبلی را قبول نکنیم و بگوییم حکم به صحت احد لا بعینه و مانند آن در مواردی است که مورد عقد کلی باشد مثل اینکه فرض کنید شخصی ۱۰ عدد کاسهٔ متشابه بطور کلی را در عقد واحد به کسی بفروشد، در اینجا اگر شارع بگوید معامله نسبت به ۵ کاسه صحیح است و نسبت به پنج تای دیگر باطل است می شود گفت که آن ۵ عدد صحیح لا بعینها هستند و با اختیار خود بایع انتخاب می شوند یا اینکه کسی در انشاء واحد بگوید یکی از این دو خواهر را همسر خود قرار دادم در اینجا احد لا- بعینها اشکالی ندارد، چنانچه در مورد تعیین به واسطه قرعه نیز مواردی که تعیّن ثبوتی ندارد با قرعه می توان تعیین کرد مانند افراز مِلک مشاع یا قرعه داستان حضرت یونس.

ص:۴۵۶۲

به هر حال، خلاصه کلام این است که کسی بگوید صحت احد لا بعینه در مواردی است که متعلق عقد کلی باشد نه معیّن اما در مواردی که متعلّق عقد متعین است مثل ما نحن فیه که دو وکیل دو شخص بالخصوص را تزویج کرده اند. أَوْفُوا بِالْعُقُودِ نمی تواند شامل احد لا- بعینه بشود، چون احد لا بعینه منشأ بالعقد نبود تا اینکه شامل آن بشود و اساساً احکام زوجیت نظیر وجوب تمکین، نفقه، جواز نظر و... برای افراد متعیّن است ولی افراد غیر معیّن در نظر عرف این احکام را ندارند.

بنابراین ما می توانیم این طور بگوییم که حکم به صحت احد لا بعینه اگر چه ثبوتاً ممکن است و محال نمی باشد ولی اثباتاً دلیلی که احد لا بعینه را تصحیح نماید نداریم. لذا آقایان از باب اینکه ترجیح بلا مرجح است هر دو عقد را محکوم به بطلان دانسته اند. بله اگر دلیل خاصی داشتیم تنها در همان مورد می توان حکم به صحت احد لا بعینه نمود مانند روایاتی که به آن اشاره کردیم یا روایتی که در مورد مسلمان شدن کافری که هشت زن دارد می فرماید چهار نفر از آنها را اختیار کند و بقیه را ردّ نماید. در این موارد ما ملتزم می شویم ولی تعدّی به سایر وارد جایز نیست.

و لکن با تمامی این حرفها مطلبی در اینجا باقی می ماند که با توجه به آن مطلب ما می توانیم حتی موارد روایات را که تصور می شود خلاف قاعده است، بر اساس آن مطلب توجیه نموده و آنها را بر طبق قاعده محسوب نماییم و آن مطلب این است که تا به حال ما می خواستیم با این فرض پیش برویم که حکم صحت متعلّق به احد لا بعینه باشد ولی تعیین آن به واسطه انتخاب مکلّف باشد. حال مطلب را اینگونه طرح می کنیم که چه اشکالی دارد که کسی بگوید حکم صحت واقعاً روی فرد معیّن رفته است نه لا- بعینه و لیکن تعیین آن فرد به اختیار مکلّف یا قرعه یا اختیار حاکم و مانند آن باشد که در نتیجه انتخاب مکلّف نقش ثبوتی داشته باشد و مرجّح ثبوتی باشد حال یا به صورت شرط متأخر به این معنا که بمجرد انشاء عقد فرد معیّنی تزویج می شود و لکن بشرط انتخاب بعدی عاقد و یا اینکه به صورت شرط مقارن

یعنی تا مادامی که شخص یک نفر را انتخاب نکند همسری هم ندارد و بعد از انتخاب عقد صورت می گیرد، چنانچه در باب صرف و سلم قبل القبض مجرد انشاء عقد بلا تأثیر است و موجب ملکیت نمی شود. بنابراین ثبوتا هم اشکالی وجود ندارد و مسئله ترجیح بلا مرجح پیش نمی آید. و با این بیان حتی مورد روایات فوق را نیز توجیه می کنیم که در آنها نیز انتخاب مرجح ثبوتی قرار داده شده است و چنانچه گفتیم اختصاصی به انتخاب خود عاقد نیز ندارد بلکه قرعه یا اختیار حاکم نیز می تواند مرجح باشد. تنها نکته ای که در این تقریب باقی می ماند این است که اگر چه احتمال اینکه اختیار شخص مرجح باشد ثبوتاً محذوری ندارد ولی بحث این است که آیا دلیل اثباتی هم بر این مطلب داریم یا دلیلی بر این مطلب نداریم؟ پاسخ این سؤال هم این است که اگر کسی بتواند از مورد روایات سابق الذکر تعدّی کرده و در تمامی مواردی که مشکلهٔ عقد از ناحیه اقتران است وگرنه هر کدام فی حد نفسه صحیح است چه اینکه طرفین عقد وکیلین باشند یا مختلف. همین مطلب را قائل شود دلیل اثباتی خاص نیز داریم و الاّ اگر از مورد روایات نتوانیم تعدّی کنیم این طور می گوییم که آن فردی را که شخص خود انتخاب نکرده است قطعاً محکوم به بطلان است و اما نسبت به فرد دیگری که مورد انتخاب واقع شده است بنا بر مبنای قوم که با أَوْفُوا بِالْعُقُودِ برای صحت معامله تمسک می کنند. می توان قائل شد که أَوْفُوا بِالْعُقُودِ عقد را نسبت به آن فرد مختار تصحیح می کند پس در نتیجه نسبت به فرد مختار با عمومات می توان حکم به صحت عقد کرد.

نکته دیگری که در پایان این قسمت باید طرح شود این است که با توجه به اینکه مرجح ثبوتی یکی از سه امر یعنی اختیار خود عاقد، قرعه، اختیار حاکم است. از کجا ما فقط مرجح را اختیار و انتخاب عاقد قرار دهیم؟ و به عبارت دیگر در صورت اختلاف مثل اینکه عاقد شخصی را انتخاب نماید و قرعه یا حاکم فرد دیگری را، حکم مسئله چیست؟ پاسخ این است که همانطوری که گفته شد مرجح، یکی از سه

امر می توانـد باشد و بنا بر این قدر متیقن از حکم به صـحت آنجایی است که آنها متوافق باشـند اما در مواردی که با یکدیگر اختلاف دارند حکم به صحت یک فرد معیّن نظیر آنکه را عاقد انتخاب می کند محل اشکال است.

۱) مختار استاد مد ظله در مورد صورت تقارن دو عقد

۳ - تا به حال آنچه گفته شد بحث علمی و به اصـطلاح طلبگی بود و لکن آنچه به نظر ما ارجح و به واقع نزدیکتر است مطلب دیگری است که آن مطلب را با ذکر مقـدمه ای که بارها تـذکر داده ایم، توضـیح می دهیم. آن مقدمه این است که ملاک در انعقـاد عموم و اطلاـق نسـبت به فردی این است که اگر آن فرد را بـالخصوص از متکلم سؤال نمـاییم که آیـا آن هم داخل در عموم یا اطلاق لفظش می باشـد یا نه؟ وی پاسـخ مثبت داده و تأیید نماید که عام و مطلق شامل آن هم می شود. و اما مواردی را که اگر متکلم از آنها با خبر شود، عام یا مطلق را شامل آنها نمی داند [و یا حد اقل شک دارد] آن موارد را نمی توان داخل در حکم عام یا مطلق دانست. در روایات نیز هست که شخصی نذر کرده یا قسم خورده است که با جاریهٔ عمه خودش که زیبا نیز بوده به هیـچ وجه تماس برقرار نکنـد (أن لا یمسـها ابـداً) بعداً این جاریه بالوراثه منتقل به همین شـخص می شود، امام علیه السلام می فرمایند تماس با او اشکال ندارد زیرا مقصود گوینده از آن نذر یا قسم این بود که مرتکب معصیت و حرام نشود اما اینکه اگر آن کنیز به وجه حلاـلی در اختیـار او قرار گرفت بـازهم از او متمتع نشود، این طور نیست که این فرض را هم داخل در قسم او باشـد و یا در روایت دیگری است که زنی به خاطر ناراحتی از شوهر خود که در شـهر دیگری است قسم می خورد که پیش شوهرش نرود، شوهر هم بدین سبب برای او نفقه و امثال آن را نمی فرستد و در نتیجه زن در فشار قرار می گیرد. امام علیه السلام می فرمایند اصل آن قسم ذاتاً اعتباری نداشته است چون وظیفه زن اطاعت از شوهر و تمکین از اوست و لیکن قطع نظر از این جهت و بر فرض که قسم او اعتبار داشت مقصود آن زن حتی این مواردی را که حالت ضرورت دارد و

نمی تواند تحمل نماید، نیست و این مورد از تحت قسم او خارج است و لذا از این جهت نیز مخالفت با قسم اشکالی ندارد، بنا بر این در امثال این موارد کأن در ارتکاز عرف عام و مطلق قید دارد. با روشن شدن این مقدمه می گوییم در ما نحن فیه که زن دو نفر را وکیل کرده است که برایش شوهر پیدا کنند لباً و ارتکازاً وکالتی را که به این دو نفر می دهد از فرضی که دو وکیل در زمان واحد او را به شخصی تزویج نمایند منصرف است و شامل آن نمی شود و خلاصه اینکه موارد تزاحم را در نظر ندارد. بنا بر این، حق این است که در اینگونه موارد عقدی که واقع شده است، عقدی فضولی است و زن می تواند هر کدام را که مایل است اجازه کرده و دیگری را ردّ نماید و البته نسبت به موردی که اجازه می کند تجدید عقد لازم نیست.

ب) حکم شک در سبق و اقتران دو عقد

اشاره

متن: و ان شک فی السبق و الاقتران فکذلک، لعدم العلم بتحقق عقد صحیح، و الاصل عدم تأثیر و احد منهما

فرع دیگری را که در این مسئله سید رحمه الله مطرح می کند این است که ما شک در سبق و اقتران دو عقد داریم یعنی نمی دانیم آیا عقدین با یکدیگر مقترن هستند یا اینکه عقد سابق وجود دارد. مرحوم سید می فرماید در این فرض نیز دو عقد محکوم به بطلان هستند زیرا ما علم به تحقق صحیح نداریم و اصل (استصحاب) نیز عدم تأثیر هر یک از دو عقد است - حال مراد استصحاب حکمی یا موضوعی است تفاوتی ندارد -

۱) تفصیل استاد مد ظله راجع به فرع اخیر

به نظر ما این قسمت از مسئله خود دارای دو فرض است که یک صورت آن را هیچ کدام از آقایان محشین بحث نکرده اند ولی جا داشت که مرحوم سید خود این تفصیل را بدهد. تنها مرحوم آقای حکیم در مسئله ای مشابه با این مسئله (در جمع

بین اختین بود) این تفصیل را قائل شده اند(۱) ولی ایشان هم در مسئله محل بحث آن تفصیل را ذکر نکرده اند، بیان مطلب این است که در موردی که ما شک در سبق و لحوق عقد داریم (تاره): مسئله ثنائی الاحتمال است بدین معنا که می دانیم یکی از دو عقد قطعاً احتمال تقدم را ندارد ولی نسبت به عقد دیگر احتمال تقدم یا تقارن آن با عقد دوم را می دهیم (و تاره): ثلاثی الاحتمال است به این معنا که در هر یک از دو عقد احتمال سبق را می دهیم مضافا به اینکه احتمال تقارن هر دو نیز داده می شود.

اما در فرض ثنائی الاحتمال عقدی را که احتمال تقدمش را می دهیم می توانیم با اصاله الصحه حکم به صحت آن نماییم - اینکه آیا با استصحاب نیز می توان حکم به صحت نمود یا نه؟ بحث مفصّلی دارد که قبلاً در ذیل مسئله ۴۴ محرمات بالمصاهره متعرض شده ایم و در اینجا به جهت اختصار تنها به ذکر اصاله الصحه که قدر متیقن است اکتفاء می کنیم - اما راجع به آن عقدی که احتمال تقدمش داده نمی شود می توان گفت که آن عقد قطعاً محکوم به بطلان است چه اینکه مبنای ما، در فرع قبلی که صورت تقارن بود همان حکم به بطلان عقد باشد چنانچه مشهور آقایان می گفتند و یا اینکه مختار در آن قرض حکم به تخییر یعنی هر کدام که خود شخص انتخاب نماید باشد، علی ای تقدیر در این فرض عقدی که محتمل السبق نیست محکوم به بطلان است و حتی با اصاله الصحه نیز نمی توان آن را تصحیح نمود، چرا که اصاله الصحه عقد متعین را حکم به صحت آن می کند نه آن عقدی را که شخص خود انتخاب می کند.

اما در مورد فرض ثلاثی الاحتمال که همین فرض در کلام سید در عبارتی که نقل

۱- (۱) - مستمسک العروه الوثقی ۲۵۳/۱۴ - مسئله ۴۴ من فصل المحرمات بالمصاهره

کردیم آمده است چرا که اصاله العدم را در هر دو عقد جاری کرده است و این منطبق با فرضی است که احتمال سبق هر یک از دو عقد داده می شود. در این فرض مطلب قابل توجهی که در جلسهٔ قبل نیز به آن اشاره کردیم این است که اگر دو دلیلی که با یکدیگر به حسب مدلول مطابقی متعارض هستند، مدلول التزامی مشترکی داشتند که نسبت به آن مدلول التزامی با یکدیگر تعارضی ندارند بلکه متوافق می باشند ما می توانیم به آن جهت مشترک اخذ نماییم. در محل کلام نیز می گوییم اصاله عدم هر یک از دو عقد در زمان تحقق دیگری (اصاله عدم سبق هر کدام بر دیگری) اگر چه از ناحیهٔ اثبات سبق برای هر کدام از عقدین مبتلا به معارض است و لیکن از این ناحیه هر دو اصل، فرض تقارن را نیز نفی می کنند متوافق می باشند، به عبارت دیگر، مفاد هر یک از دو اصل این است که: عقد دیگر مقارناً و متقدماً با این عقد واقع نشده است، این دو اصل در مورد عدم تقدم هر یک با هم متعارض هستند ولی نسبت به اینکه عقد مقارنا نیز واقع نشده است تعارضی ندارند، زیرا عدم تقارن عقد موضوع اثر نیست، بلکه آنچه موضوع اثر است، عدم تقدم عقدی بر عقد دیگر و یا به عبارتی سبق احد العقدین بر دیگری است، بنا بر این، وقتی توانستیم تقارن عقدین را با اصل نفی نماییم این فرض داخل در فرض بعدی در کلام سید (یعنی فرض: ان علم السبق و اللحوق و لم یعلم السابق من اللاحق) می شود. همین مطلب را مرحوم نائینی در حاشیه خود بر این قسمت از کلام سید فرموده است. حاشیه ایشان در ذیل «فکذلک لعدم العلم بتحقّق عقد صحیح» این است «الظاهر أن یکون ملحقاً بما علم عدم الاقتران لا بما علم الاقتران فلو کان احدهما معلوم التاریخ یحکم بصحته»(۱)

و وقتی که قرار بر این شد که فرض محل بحث داخل در فرض بعدی شود تفاصیلی که بین معلوم التاریخ و مجهول التاریخ در آنجا مطرح است در مورد فرض محل کلام نیز قابل طرح است، یعنی طبق مبنای سید و مشهور اگر یکی از عقدین معلوم التاریخ شد و دیگری مجهول التاریخ استصحاب، عدم در معلوم التاریخ جاری نمی شود - خلافا للمحقق الخویی - بله تنها تفاوتی که بین دو فرض وجود دارد

۱- (۱) - حاشیه مرحوم نائینی بر عروه چاپ شده در کتاب «العروه الوثقی مع تعلیقات عدّه من الفقهاء» طبع جامعه مدرسین ۶۴۵/۵

این است که در فرض بعدی حکم به صحت احد العقدین وجدانی است و با جریان استصحاب در مجهول التاریخ آن عقد صحیح تعیین می شود ولی در ما نحن فیه با جریان اصل در مجهول التاریخ وجود عقد صحیح نیز با اصل احراز می شود و لکن این مقدار موجب فرق از نظر جریان استصحاب نمی شود.

۲) اشاره به کلام مرحوم آقای گلپایگانی

بر خلاف نظر اکثر آقایان، مرحوم آقای گلپایگانی اشکال فوق که عبارت بود از لزوم اندراج فرض محل بحث در فرض بعدی، را وارد ندانسته اند و معتقدند در فرض محل بحث با جریان استصحاب در مجهول التاریخ نمی توان حکم به صحت عقد معلوم التاریخ نمود زیرا صحت عقد معلوم التاریخ متوقف بر این است که هم سبق عقد دیگر منتفی شود هم تقارن او با این عقد، و استصحاب اگر چه می تواند سبق عقد مجهول را نفی نماید و لیکن قادر به نفی تقارن آن با عقد معلوم نیست، لذا نمی توان حکم به صحت عقد معلوم کرد. تفصیل کلام ایشان را با ملاحظات پیرامون آن در جلسهٔ آینده متعرض خواهیم شد. ان شاء الله.

«* و السلام *»

ص:۴۵۶۹

۱۳۸۱/۱۰/۲۱ شنبه درس شمارهٔ (۴۹۱) کتاب النکاح/سال پنجم

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

خلاصهٔ درس گذشته و این جلسه:

در جلسه گذشته، بحث تقارن عقدین و احتمالات مختلف آن اجمالاً مورد بررسی قرار گرفت، در این جلسه، ادامهٔ بحث جلسه گذشته دنبال خواهد گردید و همچنین نظر مرحوم گلپایگانی در دفاع از فتوای مرحوم سید طرح و نقد خواهد شد.

***

الف) اشاره ای کوتاه به مختار استاد مد ظله در فرض تقارن دو عقد (یادآوری و تکمیل)

در مورد فرض اقتران دو عقد، قول صحیح به نظر ما این بود که ادلّه وکالت چنان اطلاقی که حتی شامل فرض اقتران دو عقد نیز بشود ندارد بنابراین گفتیم حق این است که در این موارد دو عقدی که برای زن واقع شده است، فضولی است و وی می تواند هر کدام را که بخواهد امضاء نموده و دیگری را ردّ نماید و نیازی به عقد مجدّد ندارد.

اگر این مطلب را ما قائل نشدیم در درجهٔ بعد می گوییم: صحیح در مسئله به تفصیل است به این بیان که: هر کدام از دو عقدی را که اگر زن از او اطلاع می یافت بدون تأمل و درنگی آن عقد را بر عقد دیگر ترجیح می داد چرا که از تمام جهات واجد برتری است نظیر داشتن مَهر بهتر و بیشتر و خصوصیات فردی زوج و...، همان عقد محکوم به صحت و عقد دیگری که مقابل آن است و در مقایسه با عقد

اول مرجوح محسوب می گردد آن عقد باطل حساب می شود و در این تفصیل تفاوتی از جهت اینکه موقع اطلاع یافتن زن، وی در قید حیات باشد و یا اینکه در موقع اطلاع او فوت کرده باشد نیست یعنی اگر زن قبل از اطلاع یافتن از تحقق عقد فوت نموده باشد هم، اگر از قرائن قطعی خارجی بدانیم که اگر او زنده بود کدامیک از دو عقد را اختیار می نمود، در فرض موت نیز همان عقد محکوم به صحت است و اگر آثاری بر آن مترتب باشد آن آثار باید بار شود و اگر کسی این قول را نیز اختیار نکرد و قائل شد که اطلاقات ادله وکالت علی ایّ حال فرض تقارن را نیز شامل می شود و لکن مع ذلک به نظر ما نوبت به قول به بطلان و مسئله بلا مرجح که آقایان می گویند نمی رسد، چرا که همانطوری که گفتیم احتمالات متعددی از نظر ثبوتی برای تصحیح احد العقدین و ترجیح آن بر طرف دیگر وجود دارد نظیر اینکه صحیح همان مختار عاقد باشد به این معنا که اختیار او مرجح ثبوتی باشد. یا اینکه ممکن است عقدین فضولی باشد یا اینکه صحیح آنچه قرعه تعیین می کند باشد یا صحیح مختار حاکم شرع باشد و البته قدر متیقن از این احتمالات عقدی است که مجمع همه این عناوین باشد.

نکته دیگری که در پایان این بحث باید اشاره کنیم این است که در بحث جمع بین اختین روایاتی وجود دارد که مفاد آن این است اگر کسی دو خواهر را در عقد واحد تزویج نماید یا پنج زن را در عقد واحد تزویج می کند امام علیه السلام فرموده اند:

یمسک أیتهما شاء و یخلّی سبیل الأخری» یا در مورد پنج زن فرموده اند: «یخلّی سبیل أیتهنّ شاء» این روایات از جهت سندی صحیح است(۱) و لکن آقایان در توجیه آنها مرتکب تکلّف و تأویل شده اند، مثلاً، گفته اند مراد از امساک این است که به عقد جدید یکی از آنها را عقد نماید با بیاناتی که گفتیم معنای این روایات روشن می شود زیرا بر طبق آنچه گذشت به نظر ما عقد در فرض مذکور فضولی بوده (مراد از فضولی

۱- (۱) - الوسائل ابواب ما یحرم بالمصاهره باب ۲۵ ج ۲۰

معنایی عام است که شامل تمامی مواردی که عقد صلاحیت و شأنیت برای صحت را داشته باشد می شود، چنانچه در مورد روایتی که عقد سکری را پس از افاقه و امضاء صحیح دانسته است، به نظر ما عقد فضولی است)(۱) و با اجازه و امضای یک طرف صحت فعلیه پیدا می کند و چون ما عقد فضولی را مطابق با قواعد عامه می دانیم لذا این معنا برای روایت مطابق با قواعد اولیه است، به خلاف اینکه روایت را حمل بر این کنیم که در این موارد شارع واحد لا بعینه را زوجهٔ او قرار داده که در نتیجه مادر و خواهر سوم او را نمی تواند تزویج نماید ولی بنا بر تقدیر فضولی بودن وی می تواند عقد هیچ کدام را اجازه نکند و در نتیجه بتواند مادر و خواهر آن را تزویج نماید. این معنا برای روایت خلاف قاعده است و حتی مرحوم شیخ و آخوند که در بحث تخصیص و تخصص با هم اختلافی دارند در این جهت که اگر روایتی بر طبق یک تفسیر خلاف قاعده باشد و بر تفسیر دیگر موافق قاعده باشد لازم است که بر طبق قاعده تفسیر شود، با هم اتفاق نظر دارند.

ب) اشاره به نظر استاد مد ظله در فرض ثلاثی الاحتمال بودن (یادآوری و تکمیل)

مرحوم سید در موردی که شک در سبق و اقتران عقدین داریم که قهراً سه احتمال مطرح می شود (دو احتمال برای سبق هر یک از عقدین و یک احتمال نیز راجع به تقارن عقدین) فرموده است چون احتمال عقدین نیز می رود و در نتیجه ما یقین به وجود عقد صحیح نداریم و اصلی نیز نداریم که آن را تعیین نماید لذا این فرض نیز محکوم به بطلان است. مطلبی را که ما در این زمینه گفتیم این بود که این بحث از جهتی مربوط به بحثی می شود که در مسئله تعارض اصلین منعقد است و آن اینکه اگر دو اصل به جهت معارضه با یکدیگر قابل جریان نبودند و لیکن هر دو در مورد ثالثی با یکدیگر توافق دارند و به عبارت دیگر هر دو لازمه ای دارند که در

۱- (۱) - قسمت داخل پرانتز از استاد مد ظله است که در خارج از درس بیان داشتند

مورد آن لازم، با هم تنافی ندارند آیا آن دو اصل نسبت به آن امر ثالث حجیت دارند یا ندارند؟ معمولاً محققین قائل هستند که اصول نسبت به آن امر ثالث حجت هستند و به اصطلاح دو اصل متعارض نفی ثالث می کنند، نظیر این مسئله در کفایه و جاهای دیگری نیز آمده که اگر کسی دو روزه گرفت و بعد یقین پیدا کرد که یکی از آن دو روزه علی سبیل منع الخلوّ باطل است، در اینجا می فرمایند؛ اصاله الصحه نسبت به هر کدام از دو روزه به خاطر تعارض ساقط است و لیکن نسبت به یکی از اینها اصاله الصحه جاری است که در نتیجه لازم نیست که مکلّف دو روزه را قضا نماید بلکه اگر یک روزه را قضا نماید کافی است. همچنین است راجع به دو استصحاب متعارض که آنها نیز اگر قدر مشترک داشته باشند به واسطه آنها می توان نفی ثالث کرد مثل ما نحن فیه که در مورد فرض تقارن عقدین دو استصحاب عدم سبق با یکدیگر تعارض ندارند، چنانچه به تفصیل در جلسهٔ قبل بیان آن گذشت، نکته ای که در این جلسه اضافه می کنیم این است که در سیرهٔ عقلاء نیز همین مطلب وجود دارد، اگر دو معامله انجام گیرد و بعد معلوم شود که یکی از آنها فی الجمله و بدون تعیین، اشتباه و اشکال دارد این طور نیست که عقلاء آثار عقد صحیح موجود فی البین را مترتب ننمایند، پس، هم به لحاظ اصاله الصحه و هم استصحاب و هم سیره عقلائیه آثار امر مشترک مترتب می شود.

ج) بیان مرحوم آقای گلپایگانی در تأیید کلام مرحوم سید:

اشاره

در جلسهٔ قبل گفتیم که معمول آقایان محشین به این کلام مرحوم سید که در فرض ثلاثی الاحتمال بودن یعنی جایی که احتمال سبق و تقارن هر دو را می دهیم اشکال (قطع نظر از آن بیان ما که ما می خواستیم با خود دو اصل نفی صورت تقارن نماییم) به این صورت کرده اند که این فرض شما ملحق است به فرض بعدی که در آن احتمال تقارن داده نمی شود و تنها سابق و لاحق معلوم نیست و تمام آن احکامی که در آن فرض بیان کرده اید همچون جریان استصحاب در مجهول التاریخ و عدم

جریان آن نسبت به معلوم، در فرض محل بحث نیز مطرح می شود.

مرحوم آقای گلپایگانی در مقابل این افراد، از مرحوم سید دفاع نموده و قائلند که فرض محل کلام ملحق به فرض بعد نمی شود و حکم سید به بطلان بر طبق قاعده است، حاصل فرمایش ایشان این است که:

ترتب حکم به بطلان بر عقدی که مسبوق به عقد دیگری باشد ترتبی است شرعی و لیکن ترتب حکم به بطلان بر دو عقد متقارن ترتبی است عقلی نه شرعی، بنا بر این، ما می توانیم با استصحاب عدم سبق هر یک از عقدین بر دیگری، عدم بطلان را نتیجه بگیریم و لیکن چون احتمال تقارن دو عقد نیز می رود و استصحاب عدم تحقق عقد یا مقارناً با عقد دیگر، (به خاطر اینکه ترتب حکم به بطلان عقلی است) نمی تواند احتمال تقارن را نیز نفی نماید و الّا اصل مثبت می شود، بنابراین، ما اصلی بر نفی احتمال تقارن نداریم و در نتیجه عقدین محکوم به بطلان است.

عبارت ایشان در ذیل کلام سید که می فرماید: «و الأصل عدم تأثیر واحد منهما» چنین است «و استصحاب عدم تحقق المجهول الی زمان مقارن للمعلوم لا یترتب علیه اثر شرعی کی یلحق ذلک بمعلوم اسبق کما افاده غیر واحد من أکابر المحشین لأن بطلان العقد المقارن بمثله عقلی لا شرعی بخلاف المسبوق بمثله حیث إن بطلانه شرعی فیستصحب عدم وقوع العقد السابق فیترتب علیه عدم البطلان شرعاً»(۱)

۱) بررسی و نقد کلام مرحوم گلپایگانی توسط استاد مد ظله

قبل از بیان اشکالات کلام ایشان ابتداء رفع توهمی در استدلال ایشان ضروری است اما توهّم این است که کسی بگوید همانطوری که ترتب حکم بطلان بر عقدین متقارنین، عقلی است و ترتب حکم صحت بر عقد سابق نیز به حکم عقل است زیرا همانطوری که اگر دو علت با یکدیگر جمع شوند عقل حکم به امتناع ترجیح می کند، همین عقل نیز می گوید اگر یک علت سابق بر علت دیگری باشد علت

۱- (۱) - العروه الوثقی مع تعلیقات عدّه من الفقهاء چاپ جامعه مدرسین ج ۵ ص ۶۴۵-۶۴۶

سابق تأثیر می کند و نوبت به تأثیر لاحق نمی رسد. و لکن این اشکال مندفع است چرا که ترتب حکم صحت بر عقد سابق و بطلان عقد لاحق ترتبی عقل نیست یعنی ممکن است از نظر شرعی گاهی عقد لاحق محکوم به صحت ولی عقد سابق باطل باشد، چنانچه عقیدهٔ مرحوم آقای خویی در مورد عقد دختر بر مادرش این است که مستفاد از آیات، صحت عقد دختر (که لاحق است) و بطلان عقد مادر (عقد سابق) می باشد، بنابراین، چون حد اقل این احتمال وجود دارد که شارع عقد لاحق را محکوم به صحت بداند، پس اگر عقد سابق را صحیح دانست ترتب صحت بر آن امری شرعی است. و لیکن مع ذلک فرمایش مرحوم گلپایگانی از چند جهت به نظر ما دارای اشکال است

اولاً: اینکه ایشان مسلّم گرفته اند که در فرض تقارن ترتب بطلان عقلی است نه شرعی، محل مناقشه است، چرا که ما از ایشان سؤال می کنیم آیا اگر شرع حکم به عدم جواز و بطلان دو عقد برای یک زن نمی کرد ما می توانستیم بگوییم از نظر عقلی زن نمی تواند دو شوهر داشته باشد؟ و به عبارت دیگر، آیا اگر زنی دو شوهر داشته باشد و شرع نیز بر فرض، حکم به صحت آن نماید همانند آن است که شرع بر خلاف حکمی عقلی مثل امتناع اجتماع نقیضین فتوا داده است؟ پرواضح است که این طور نیست و حکم به بطلان دو همسر برای یک زن حکمی است شرعی و ترتب آن بر فرض تقارن نیز به حکم شرع است، چنانچه شرع مقدس برای یک امه وجود دو مالک را جایز دانسته است، پس قطع نظر از شرع، عقل حکم به بطلان نمی کند، حتی ما شنیده ایم که بعضی از کمونیستها همانطوری که اشتراک در اموال را قائل هستند اشتراک در زن را نیز معتقد می باشند. بنابراین، معلوم می شود که ترتب بطلان دو عقد در صورت تقارن ترتبی شرعی است لذا می توان با استصحاب عدم آن را منتفی کرد.

ثانیاً: همانطوری که قبلاً به طور مبسوط بیان کردیم در صورت تقارن از جهت

ثبوتی احتمالات متعددی برای صحت یکی از دو عقد وجود دارد احتمالاتی نظیر مرجح بودن اختیار خودش یا حاکم یا صحت احد لا بعینه و یا تعیین به واسطه قرعه، شارع می توانست در فرض تقارن یکی از راه ها را انتخاب نماید ولی وقتی که هیچ کدام را اختیار نفرمود و اثباتاً دلیل بر هیچ کدام نداشتیم قهراً از باب امتناع ترجیح بلا مرجح عقدین محکوم به بطلان است و لیکن این حکم به بطلان و ترتب آن بر تقارن منتسب به شرع است چرا که شارع می توانست یکی از احتمالات فوق را مرجح قرار دهد ولی این کار را نکرده است.

ثالثاً: اصل این مطلب که در جریان اصول مثل استصحاب علاوه بر اینکه اثر باید امری شرعی باشد، ترتب آن هم می بایست ترتبی شرعی باشد به نظر ما خیلی روشن نیست و این طور نیست که در تمامی موارد این شرط معتبر باشد زیرا عمده دلیل بر اعتبار این شرط در استصحاب انصراف ادله از مواردی است که اثر و ترتب او هیچ کدام شرعی نیست. بنابراین باید در هر یک از موارد به طور جداگانه ملاحظه کنیم که آیا این حکم شرعی را که به دقت ترتب آن بر مستصحب ترتبی است عقلی می توانیم از شئون شارع نیز محسوب نماییم یا نه؟ اگر ترتب آن امر از بدیهیات امور عقلی بود که به هیچ وجه نتوان آن را جزء شأن شارع به حساب آورد، در آن موارد به واسطه استصحاب آن حکم مترتب نمی شود، ولی در مواردی که ترتب حکم را نیز بتوان مرتبط به شارع دانست و از جملهٔ شئون او محسوب نمود، در اینگونه موارد آن حکم شرعی به واسطه استصحاب مترتب می شود، مثلاً فرض کنید اگر شارع حکم به بطلان نمازی که مستلزم ترک واجبی شده نموده است. در اینجا اگر چه ملازمه و ترتب بین فعل نماز با ترک آن واجب عقلی است و لیکن حکم شارع به بطلان نماز در صورت ترک واجب از شئون او محسوب می شود و خارج از محدودهٔ وظایف شارع بما هو شارع نیست، لذا در جایی که شک در ترک آن واجب داشته باشیم با استصحاب عدم ترک، می توان حکم به بطلان نماز را نفی کرد، با این

توضیح در ما نحن فیه نیز می گوییم، صرف اینکه ترتب بطلان بر فرض تقارن عقلی باشد، دلیل نیست که با استصحاب عدم تقارن نتوان بطلان را نفی نمود، زیرا این ترتب عقلی از اموری نیست که اگر منتسب به شارع شود خلاف شئون او باشد چنانچه خود مرحوم سید و مرحوم گلپایگانی که در فرض تقارن حکم به بطلان کرده اند این طور نیست که خلاف شئون فقاهتشان عمل کرده اند.

بنا بر این، به نظر ما نیز اشکال آقایان به مرحوم سید وارد است و بیانات مرحوم گلپایگانی نیز نمی تواند مانع از آن باشد.

د) بررسی فرض «و کذا الحال اذا زوجت نفسها من رجل و زوجها وکیلها من آخر، او تزوج بامرأه و زوجه وکیله باخری لا یمکن الجمع بینهما»

مرحوم سید در مورد این فرض که مردی خودش، زنی را عقد نماید و وکیلش زن دیگری را که جمع بین آن دو زن ممکن نیست مثل اینکه دو خواهر باشند اختیار می کند که وظیفه تعیین، به واسطه قرعه است و لیکن این در حالی است که مرحوم سید در مسئله ۴۳ احکام محرمات بالمصاهره قائل به این شده است که در این فرض مرد اجبار به طلاق می شود و این دو فتوا با هم متناقض است، سایر آقایان محشین نیز در دو مسئله فتوایشان متناقض است مگر مرحوم آقای خمینی و مرحوم آقا سید عبد الهادی شیرازی و مرحوم آقای خویی که در هر دو مسئله قائل به قرعه شده اند و مرحوم کاشف الغطاء و مرحوم نائینی نیز قائل به اجبار بر طلاق شده اند.

ادامه بحث را در جلسه آینده دنبال خواهیم کرد. ان شاء الله.

«* و السلام *»

ص:۴۵۷۷

۱۳۸۱/۱۰/۲۳ دوشنبه درس شمارهٔ (۴۹۲) کتاب النکاح/سال پنجم

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

خلاصهٔ درس:

در این جلسه، مسئله ۴۳ عروه از محرمات بالمصاهره مجدداً مورد بحث قرار گرفته و توضیحاتی درباره محدوده قاعده لا ضرر و نظریه مرحوم آقای خویی و مرحوم حکیم در آیه شریفه «اَلطَّلاقُ مَرَّتانِ...» ارایه خواهد گردید.

***

یادآوری و سبب یادآوری مسئله ۴۳ محرمات بالمصاهره در مباحث مسئله ۳۵ «اولیاء عقد»

یکی از فروع مسئله ۳۵ باب اولیاء عقد که ازدواج مردی با دو زنی مانند دو خواهر که به عنوان همسر برای یک مرد قابل جمع نیستند و تاریخ وقوع هر دو عقد نیز مجهول می باشد. همین فرع در مسئله ۴۳ محرمات بالمصاهره نیز مطرح شد و مفصلاً اقوال و وجوه نظرات فقهاء و اینکه آیا مستند حکم مسئله، قاعده لا ضرر و لا حرج و یا آیه مبارکه «فَإِمْساکٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِیحٌ بِإِحْسانٍ» می باشد، مورد نقد و بررسی قرار گرفت(۱).

اما به دلیل اینکه علی رغم وحدت صورت هر دو مسئله(۲) ، برخی از فقهاء مانند مرحوم سید و عده ای از محشین عروه در دو مقام، دو فتوای متناقض داده، در ما

۱- (۱) - به تقریرات درس نکاح استاد دام ظله، ج ۹، درس شماره ۳۱۶، ص ۶ تا درس شماره ۳۲۴، ص ۹ مراجعه شود.

۲- (۲) - تنها فرقی که در صورت این فرع در دو مقام وجود دارد، وکالتی بودن یا نبودن اجراء هر دو عقد یا یکی از آنها می باشد که البته اطلاق مسئله ۴۳ محرمات بالمصاهره شامل صورت وکالتی بودن جریان عقد نیز می شود.

نحن فیه قرعه را راه حل تعیین یکی از دو زن می دانند و در مسئله ۴۳ با کلمه «لا یبعد» مرد را مجبور به طلاق هر دو زن یا زوجه واقعیه دانسته اند، ابتدا به یادآوری گذرا به مباحث مسئله ۴۳ پرداخته، سپس به منظور روشن تر شدن حکم مسئله و وجه آن و نظر مختار، مطالبی اضافی و تکمیلی که در مسئله ۴۳ مطرح نشده اند، ارایه می گردد.

در مسئله ۴۳ عرض کردیم که مرحوم سید برای مجبور بودن مرد به طلاق، به قاعده لا ضرر تمسک ننموده بلکه به آیه شریفه استناد نموده اند.

و قبلا گفتیم که مرحوم آقای خویی و مرحوم آقای حکیم هر کدام وجهی برای عدم تمسک مرحوم سید به قاعده لا ضرر در مقام ارایه نمودند که هر دو وجه را مورد نقد قرار دادیم و در اینجا اشاره ای به آنها می نماییم.

مرحوم آقای خویی وجه عدم استدلال مرحوم سید به قاعده لا ضرر را، غیر ضرری بودن نفس زوجیت واقعیه و احکام شرعیه آن مانند شوهر نکردن با دیگری و اذن گرفتن از شوهر احتمالی برای مسافرت دانسته و می فرماید ضرر و حرج از ناحیه احتیاط کردن که موضوع برای حکم عقل است، حاصل می شود و سپس می فرمایند که لا ضرر و لا حرج تنها احکام شرعیه موجبه ضرر و حرج را بر می دارد و نظری به احکام عقلیه موجب ضرر و حرج ندارد.

این وجه را سابقاً این گونه مورد نقد قرار دادیم که لا ـ ضرر و لا ـ حرج مخصوص احکام واقعیه نیست و احکام ظاهریه را نیز شامل می شود و احتیاط هم اگر چه موضوع حکم عقل باشد ولی شرع نیز حکم به احتیاط کرده و می تواند این احتیاط را رفع کند.

و مرحوم آقای حکیم فرموده اند که نفس زوجیت منشأ ضرر و حرج نیست بلکه احکام زوجیت منشأ می شود که زن به ضرر یا حرج بیفتد یعنی اگر شارع احکام زوجیت واقعی را بار کند به لحاظ مشتبه بودن یا عدم امکان استمتاع، زن به مشقت

می افتد و لا ضرر و لا حرج هر حکمی را که منشأ ضرر باشد و لو به ضمیمه حکم عقل بر می دارد. ولی در اینجا اگر این دو قاعده جاری شوند با چه بیانی مصحّح طلاق می شوند؟ با اینکه باید احکام زوجیت را بردارند و لازمه آنها این است که تمام احکام واجبه و محرمه موجبه ضرر و حرج مرتفع گردند زیرا از حیث حرج و ضرری بودن و اطلاق ادله لا ـ حرج و لا ضرر فرقی بین واجبات و محرمات نیست، اما فقهاء به این مطلب ملتزم نیستند و حرج و ضرر را مجوّز ارتکاب محرمات مانند ازدواج زن در ما نحن فیه با دیگری و یا ارتکاب زنا نمی دانند(۱). بنابراین، ادله لا حرج و لا ضرر محرّمات را در بر نمی گیرد تا بتوان به وسیله آنها به خاطر متوجه شدن ضرر و حرج به زن ها در صورت عدم طلاق، شوهر را الزام به طلاق نمود.

و سابقاً ضمن نقد این وجه، گفتیم که در مورد لا ضرر و لا حرج، حق همان است که فقهاء عظام فرموده اند که این دو قاعده وجوب واجبات حرجی را بر می دارند اما حرمت محرمات را بر نمی دارند.

ولی نکته ای که در اینجا می خواستیم تذکر دهیم این است که وقتی بنا شد قوانین شارع حرجی و ضرری نباشد، در موردی که به وسیله یک دلیل عام اثبات زوجیت بشود و به وسیله دلیل عام دیگری برای زوجیت احکامی بار شده و التزام به هر دو عام نیز موجب حرج یا ضرر گردد، قهراً باید یکی از این دو عموم یا اطلاق تخصیص یا تقیید بخورد. این که طبق مرتکزات و فتاوای امامیه، دلیل عام زوجیت، تخصیص یابد و شارع در مورد این زن، زوجیت را ثابت نداند، اولی است از اینکه دلیل زوجیت را ثابت دانسته، دلیل عام احکام زوجیت را تخصیص زده، ارتکاب محرمات را برای زن جایز بدانیم. و لذا اینکه آقای حکیم احتمال دوم را ترجیح داده محل اشکال است.

۱- (۱) - البته مرحوم آقای حکیم به فقهاء این ایراد را مطرح می نمایند که در صورتی که اطلاق ادله لا ـ حرج و لا ـ ضرر واجبات و محرمات را شامل است به چه دلیل بگوییم که این دو قاعده فقط احکام واجبه موجب ضرر و حرج را بر می دارند.

پس آنچه مرحوم آقای خویی و مرحوم آقای حکیم برای عدم جریان لا ـ ضرر و لا ـ حرج در مقام مطرح نموده اند وجه صحیحی برای عدم جریان نمی باشد.

اشکال استاد دام ظله بر عدم جریان لا ضرر و لا حرج در الزام به طلاق در مقام

مانع اصلی از جریان این دو قاعده برای اثبات لزوم طلاق بر مرد آن است که این در صورتی قابل اثبات است که رفع ضرر و حرج منحصراً به وسیله طلاق حاصل شود، در حالی که برای رفع ضرر و حرج احتمالات دیگری نیز وجود دارد و با وجود این احتمالات نمی توان راه حل مسئله را در الزام مرد به طلاق متعیّن دانست.

این احتمالات عبارتند از:

۱ – اینکه بگوییم چنین زنی که بعداً مشتبه می شود که کدام خواهر زن مرد هستند رأسا و از اول، شارع مقدس این زن را همسر مرد قرار نداده است و عقد از اول باطل می باشد.

۲ – عقد در ابتدا منعقد شده است اما بعد که سبق و لحوق دو عقد مجهول می ماند، بقاءً عقد منفسخ می شود.

۳ – برای مرد یا برای حاکم خیار فسخ باشد.

۴ – با قرعه زن واقعی مشخص گردد.

۵ – فقط احکام حرجی و ضرری زوجیت رفع گردد.

۶ – رفع حرج و ضرر به وسیله اجبار مرد بر طلاق صورت گیرد و با وجود این محتملات به چه دلیل احتمال اخیر متعین باشد؟

و شاید مرحوم سید که برای الزام به طلاق به لا ضرر تمسک ننموده است وجهش این است که اگر این قاعده بخواهد جریان پیدا کند باید هم در جانب زن ها و هم در جانب مرد جاری شود، نه اینکه فقط ضرر در جانب زن را نفی کنیم به این صورت که بگوییم مرد هم باید طلاق بدهد و هم باید نصف مهر را به هر یک از دو

خواهر بپردازد. لـذا اگر قرار است لا ضـرر جاری شود همه ضـررها چه در جانب مرد و چه در جانب زن باید رفع شود، به این صورت که بگوییم عقـد منفسـخ می شود یا از اول اصـلاً عقدی واقع نشده است یا اگر پای طلاق به میان می آید دیگر مهریه ای در کار نباشد، در حالی که آقایان به این مطلب ملتزم نمی شوند. لذا مرحوم سـید به آیه تمسک کرده، چون این اشکال در تمسک به آیه وجود نـدارد. یعنی از آیه اسـتفاده می شود که زن نبایـد متحمل ضـرر شود اما آیه نسـبت به متضـرر شـدن مرد ساکت است.

نقد استاد دام ظله نسبت به استدلال به استصحاب برای اثبات قول به لزوم طلاق

اشکال دیگری که در اینجا مطرح می شود این است که از عبارت «دفعاً لضرر الصبر علیها» که در عبارت مرحوم سید در مسئله ۴۳ هم آمده است، این گونه استفاده می شود که آقایان مسلم گرفته اند که به مقتضای قواعد اولیه، وظیفه دو زن این است که صبر کنند و نه به مرد تمکین کنند و نه با شـخص دیگری ازدواج کنند و چنین صبری ضرری است و سپس به وسیله لا ضرر و لا حرج و یا آیه شریفه لزوم طلاق خواسته اند این ضرر را مرتفع سازند.

مرحوم آقـای خویی در این بـاره می فرماینـد که هیـچ یـک از دو خواهر نمی تواننـد با دیگری ازدواج کننـد زیرا بر هر کـدام عقـدی جاری شـده است و به وسـیله استصـحاب ثابت می شود که عقـد دیگری سابقاً یا مقارناً محقق نشـده لذا هر یک از دو خواهر با استصـحاب نفی عقـد خواهر، حکم به صـحت عقـد خودش می کند و در نتیجه بنا بر مقتضای قواعد اولیه باید هر دو زن صبر نمایند. در صورتی که مقتضای قواعد اولیه، لزوم صبر بر زن ها نیست تا از ناحیه صبر، ضرری متوجه آنان گردد، بلکه بنـا بر قواعـد اولیه زن هـا آزادنـد و می تواننـد بـا دیگری ازدواج کننـد و ملزم به صبر نیسـتند. به خـاطر اینکه اصاله الصـحه یا استصحاب یعنی اصل هایی که مثبت زوجیت باشند، چون در

هر دو طرف وجود دارند جاری نمی شوند، اما به وسیله اصول نافیه هر کدام از دو خواهر می توانند زوجیت خود را نفی کرده و با مرد دیگری ازدواج نماید. و به دلیل اینکه تردد در اینجا بین دو مکلف می باشد و هر کدام از دو خواهر مردد بین این است که یا من تکلیف دارم یا خواهرم، علم اجمالی منجز نمی باشد و مانع جریان اصل نافی نمی گردد، زیرا علم اجمالی هنگامی منجز می شود که تردید در مکلّف به و نسبت به یک مکلف باشد. بنابراین هر کدام از دو خواهر می توانند برای خود اصل برائت جاری نمایند، و بدون نیاز به تمسک به لا ضرر و لا حرج و طلاق مرد، با دیگری ازدواج نماید.

بررسی استدلال به آیه شریفه «اَلطَّلاقُ مَرَّتانِ فَإِمْساکٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِیحٌ بِإِحْسانٍ» برای اثبات لزوم طلاق

اشاره

مرحوم سید و قدماء مانند علامه برای فرض مورد بحث به آیه شریفه تمسک نموده اند. مرحوم آقای بروجردی و مرحوم آقای خمینی و مرحوم آقای حکیم و مرحوم آقای خویی و بسیاری از محشین عروه ارتباط این آیه به بحث را نفی کرده اند. مرحوم آقای حکیم و مرحوم آقای خویی هر کدام برای عدم ارتباط آیه به ما نحن فیه وجهی ذکر کرده اند که سابقاً هر دو وجه مورد نقل و نقد قرار گرفت و در اینجا به صورت مختصر به آن مباحث اشاره می گردد.

نقل و نقد وجه مرحوم آقای حکیم برای عدم دلالت آیه

ایشان می فرماید که اَلطَّلاقُ مَرَّتانِ مربوط به دو مرتبه طلاق رجعی است و منظور از فامساک بمعروف او تسریح باحسان نیز این است که پس از طلاق رجعی یا آنها را در حباله نکاح خود نگه دارید و در حال عده به آنها رجوع کنید و یا بگذارید مدت عده آنها تمام شود تا بتوانند آزادانه با دیگری ازدواج نمایند. این آیه به عمل جاهلی ناظر

است که برای آزار زنان، قبل از تمام شدن عده به آنها رجوع می کردند و دوباره طلاق می دانند و این عمل را بارها و بارها تکرار می کردند. بنابراین منظور از تسریح باحسان، طلاق نمی باشد تا بگوییم اگر به دلایلی مرد نتوانست زن را امساک به معروف کند باید او را طلاق دهد. پس ما نحن فیه از مصادیق این آیه نمی باشد و این آیه ارتباطی به فرض مورد بحث ندارد.

منتهی در تفسیر این آیه شریفه روایات صحیح و موثق فراوانی وجود دارد که مراد از تسریح باحسان را تطلیقه ثالثه قرار داده اند(۱). البته بر فرض صراحت آیه در معنای مطرح شده به وسیله مرحوم آقای حکیم ممکن بود ایشان بگوید روایات مخالف با صریح قرآن را کنار می گذاریم که تازه خود این مشکله ای می شد که با وجود این همه روایت نمی توان همه آنها را حمل بر اشتباه روات نمود، در حالی که آیه نه تنها صریح نیست بلکه ظهور هم در آن معنی ندارد و بر فرض پذیرش ظهور آیه، چنان ظهوری نیست که نتوان به وسیله روایات از آن رفع ید نمود.

بنابراین از این جهت نمی توان ارتباط آیه را به فرض مورد بحث انکار نمود.

نقل و نقد وجه مرحوم آقای خویی برای عدم دلالت آیه

ایشان فامساک بمعروف او تسریح باحسان را این گونه معنا می نمایند که پس از دو مرتبه طلاق یا امساک به معروف یعنی تزویج جدید بنماید و یا او را طلاق دهند و ایشان روایات را نیز بر همین معنا حمل نموده اند.

این معنا بسیار خلاف ظاهر است. زیرا؛

اولاً: امساک به معنای این است که انسان چیزی که نزدش موجود است نگه دارد و به معنای اینکه زن خارج شده از عده را به تزویج جدید برای خود نگه دارد نمی باشد.

۱- (۱) - این روایات در ج ۹، درس شماره ۳۱۹ نقل شده اند.

ثانیاً: در صدر و ذیل آیه تناقض به وجود می آید. به خاطر اینکه معنای تزویج جدید این است که عده تمام شده است و دیگر زن معقوده شخص نیست اما حمل تسریح باحسان بر طلاق متوقف بر این است که زن هنوز معقوده شخص باشد. و عطف این دو فرض متناقض با «او» صحیح نیست.

به نظر ما آیه شریفه در هر سه قسمتش در مورد معقوده انسان است که او در طلاق رجعی سه بار می تواند او را طلاق دهد، منتهی در مرتبه سوم تعبیر تغییر یافته است و این به این خاطر است که طلاق اول و دوم مصداق برای تسریح نیست و زن آزاد نمی شود چون مرد می تواند رجوع کند و زن را برای خود نگه دارد اما مرتبه سوم از دو صورت خارج نیست یا او را نگه دارد و یا اینکه او را طلاق داده و حق رجوع را از خود سلب نموده، زن را آزاد بگذارد تا اگر بخواهد با دیگری ازدواج نماید البته اگر مدخوله باشد آزاد شدن بعد از عدّه محقق می شود و اگر غیر مدخوله باشد با نفس طلاق آزاد می شود. این معنا کاملاً با روایات وارده در تفسیر آیه نیز مطابقت دارد.

بنابراین، هم به مقتضای ظاهر آیه و هم بنا بر روایات متعددی، مراد از تسریح باحسان، تطلیقه ثالثه می باشد و از این جهت نمی توان ارتباط آیه را به ما نحن فیه انکار نمود. در ضمن این اشکالی که آقای خویی مطرح کرده که مراد از «فَإِمْساكٌ بِمَعْرُوفٍ» پرداختن نفقه است و اگر با زن مباشرت نکند، منافاتی با «فَإِمْساكٌ بِمَعْرُوفٍ» ندارد، این اشکال هم وارد نیست و قبلاً بحث شد و شواهدی هم که ایشان آورده بود جواب داده شد، لذا علاوه بر نفقه اگر مرد نمی تواند مباشرت کند و برای زن غیر قابل تحمل است از آیه استفاده می شود که باید طلاق بدهد.

اما استدلال به این آیه شریفه از جهت دیگری محل مناقشه است که در جلسه آینده مطرح می گردد. «* و السلام *»

ص:۴۵۸۵

۱۳۸۱/۱۰/۲۴ سه شنبه درس شمارهٔ (۴۹۳) کتاب النکاح/سال پنجم

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

خلاصهٔ درس گذشته و این جلسه:

در این جلسه ادامه مسئله ۳۵ عروه دنبال گردیده و در خصوص جهل به تاریخ هر دو عقد، نظریات فقهاء مطرح و مورد نقد قرار خواهند گرفت، در ادامه بحث اکراه و اضطرار بطور خلاصه طرح و نظریات مرحوم شیخ انصاری و سید یزدی و مرحوم بروجردی و نهایتاً نظر استاد مد ظله بیان خواهد گردید.

***

الف) بررسی ادامه مسئله ۳۵ از فصل اولیاء عقد:

اشاره

و ان جهل التاریخان، ففی المسأله وجوه: احدهما: التوقیف حتی یحصل العلم، الثانی:

خیار الفسخ للزوجه، الثالث: ان الحاکم یفسخ، الرابع: القرعه، و الأوفق بالقواعد هو الوجه الأخیر.

۱) عدم تمامیت استدلال به آیهٔ شریفه «فَإِمْساکٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِیحٌ بِإِحْسانٍ» برای وجوب طلاق

گفتیم که مسئله محل بحث نظیر مسئله ۴۳ محرمات بالمصاهره است که در آن مسئله مردی با دو خواهر ازدواج نموده است لذا بسیاری از مطالبی که در ذیل آن مسئله گفته شد و همچنین اقوال مختلفی که در آنجا وجود دارد در ما نحن فیه هم مطرح است و ما چون در آن مسئله به تفصیل بحث کردیم در اینجا به نحو اجمال قسمتهایی از مطالب را تکرار می کنیم. یکی از اقوالی که در آن بحث مطرح شد اجبار

زوج به طلاق دو خواهر بود. مرحوم سید دلیل این قول را آیه شریفه «فَإِمْساكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسانٍ» قرار داده بود که بسیاری از آقایان محشین به این استدلال اشکال نموده بودند و آیه را مربوط به محل بحث ندانسته اند. در جلسه گذشته اشکالات آنها به دلالت آیه را مطرح نموده و از تمامی آنها پاسخ گفتیم و حاصل آن این شد که استدلال به آیه شریفه از ناحیهٔ اشکالاتی که آقایان کرده اند خالی از مشکل است و آیه ناظر به طلاق سوم است زیرا در طلاق سوم تسریح به احسان (به نحوی که زوج حق رجوع نداشته با شد) وجود دارد. البته واضح است که طلاق سوم خصوصیتی ندارد و همانطوری که در بعضی از روایات نیز آمده در مورد زوجه غیر مدخوله نیز که طلاق او طلاق بائن است و زوج حق رجوع ندارد آیه تطبیق شده و خلاصه اینکه می توان به هر موردی که تسریح در آن مورد تسریح به احسان بوده و زوج نتواند رجوع نماید تعدّی نمود، پس از این جهت نیز مشکلی برای تمسک به آیه نیست. و لکن به نظر ما استدلال به آیه از جهت دیگری محل مناقشه است و آن این که مستفاد از آیه این است که زوج باید همسر خود را یا خوب نگه دارد و یا اینکه طلاقش بدهد یعنی فرض شده است که همسر، مرد معیّن و شخص است و در این فرض دستور به امساک یا طلاق آمده است و اما در جایی که زوجه مجهول است و راههای مختلفی برای تعیین آن محتمل است نظیر اینکه مرد ضرر را متحمل شود و احتیاط نماید (سابقاً در ذیل مسئله ۴۳ گفتیم که ضرری متوجه زنها نیست و آنها می توانند ازدواج نمایند) یا قائل به فسخ یا انفساخ شویم و یا اینکه بگوییم در اینگونه موارد که مسئله مجهول است عقد اساساً واقع نشده است چرا که شرط تحقق آن به نحو شرط متأخر این است که جهالتی عارض نشود و یا اینکه حاکم عقد را فسخ نماید و خلاصه اینکه مورد از موارد مشکلی است که در آن قرعه وارد شده است، در این موارد ما نمی توانیم به آیه تمسک نماییم و بگوییم حتماً می بایست طلاق بدهد. پس به خاطر این جهت استدلال به آیه برای وجوب طلاق تمام نیست.

ص:۴۵۸۷

۲) کلام مرحوم آقای گلپایگانی

ایشان در حاشیهٔ عروه در ذیل همان مسئله ۴۳ بیانی را برای وجوب طلاق ذکر نموده اند که ظاهرش این است که این بیان را قطع نظر از تمسک به آیه شریفه یا قاعدهٔ لا ضرر در حق زوجه مطرح می کنند. حاصل کلام ایشان این است که زوج علم اجمالی دارد که باید حقوق یکی از این دو زن را که عبارت است از حق مضاجعه در هر چهار شب یک مرتبه و حق مباشرت در هر چهار ماه اداء نماید و چون متمکن از ادای این حق نیست و این حق ساقط نمی شود مگر با طلاق لذا واجب است که طلاق بدهد. عبارت ایشان در ذیل کلام سید که می فرماید «هل یجبر علی الطلاق دفعاً لضرر الصبر علیهما؟» این است «بل فراراً عن ترک الواجب المبتلی به حیث یعلم اجمالاً ـ بوجوب الاضطجاع علیه فی کل اربعه لیال و وجوب الوطی فی کل اربعه اشهر و لا یتمکّن من أداء الواجب و لا للتخلص منه الاّ بالطلاق»(۱)

۳) مناقشهٔ استاد مد ظله

ابتدا یک ایراد جزئی که در مثالهای ایشان وجود دارد را متذکر می شویم و سپس اشکال عمده کلام ایشان را بیان می کنیم اما ایراد جزئی این است که ایشان حق المضاجعه را نیز جزء حقوق واجب ذکر نموده اند و حال آنکه طبق فتوای خود مرحوم آقای گلپایگانی و همچنین عده ای دیگر مثل مرحوم سید أبو الحسن در وسیله و مرحوم آقای خمینی حق المضاجعه در جایی است که مردی چند همسر داشته باشد و با یکی از آنها بیتوته نماید در این صورت سایرین نیز حق مضاجعه پیدا می کنند و اما اگر مرد یک همسر بیشتر ندارد یا اگر چند همسر دارد با هیچ کدام بیتوته نکند چنین حقّی وجود ندارد. در مورد حق المباشره نیز، وجود چنین حقی در صورتی است که خود زن آن را اسقاط نکرده باشد یا از اول عقد او مشروط به اینکه مباشرتی صورت نگیرد نباشد. البته این فروض در مورد حق المباشره فروضی

۱- (۱) - العروه الوثقی مع تعلیقات عدّه من الفقهاء طبع جامعه مدرسین ۵۵۶/۵

نادر است.

اما اصل کلام ایشان همانطوری که گفتیم ظاهر کلام این است که ایشان می خواهند قطع نظر از آیه و قطع از نظر جریان لا ضرر در حق زنها قائل به وجوب طلاق بر مرد شوند و حال آنکه وجوب طلاق بر مرد ضرری است زیرا مرد بدون اینکه حق استمتاعی از زن داشته باشد باید آن را طلاق داده و مهریه آن را بپردازد و این قهراً موجب ضرر بر مرد است و حال آنکه چنانچه گفتیم طرق متعددی برای تعیین زوجه وجود دارد. بله اگر قرار بود به آیه شریفه برای وجوب طلاق تمسک نماییم معنای آیه این بود که ملاک عدم تضرر زن است چه اینکه مرد نیز متحمل ضرر بشود یا اینکه ضرری به او متوجه نگردد. و لیکن کلام ایشان با قطع نظر از آیه است.

۴) نظر استاد مد ظله

به نظر ما متعیّن در مسئله محل بحث و همچنین مسئله ۴۳ فصل محرمات بالمصاهره رجوع به قرعه است و قرعه همانطوری که در موارد عدم تعیّن اثباتی جاری است در مواردی که ثبوتاً نیز امر متعیّن نیست و مسئله واقع معینی ندارد در این موارد هم جاری می شود چنانچه در داستان حضرت یونس علیه السلام که در قرآن آمده و برای انداختن یک نفر به دریا قرعه زدند مسئله جایی است که تعیّن ثبوتی وجود ندارد یعنی سیره عقلائیه برای انجام قرعه در این موارد نیز جاری است.

۵) گفتاری از مرحوم آقای حکیم

مرحوم آقای حکیم در ذیل مسئله ۴۳ احکام المصاهره می فرمایند؛ علامه در تذکره و قواعد قائل به اجبار بر طلاق شده است و کاشف اللثام نیز از او تبعیت کرده و لیکن در جای دیگر در مبحث ولایت، کاشف اللثام قائل به این شده است که اجبار به طلاق صحیح نیست زیرا طلاق مکره باطل است. مرحوم حکیم می فرمایند از این کلام اخیر کشف اللثام عده ای از فقهاء جواب گفته اند که اکراهی که بر امر واجبی

باشد موجب بطلان آن عمل نمی شود و به منزله عملی اختیاری محسوب می شود و در محل کلام ما وجوب طلاق یکی از دو عِدلی است که در آیه شریفه آمده است پس اجبار بر آن موجب بطلان طلاق نیست.(۱)

۶) کلامی از مرحوم شیخ انصاری و مرحوم سید یزدی و مرحوم آقای بروجردی پیرامون اکراه و اضطرار

ما سابقاً گفتیم که مرحوم شیخ انصاری تفاوتی ر ابین اکراه و اضطرار مطرح می کنند که مرحوم سید در حاشیهٔ بر مکاسب خود به آن بیان شیخ اشکال کرده اند اما اصل کلام شیخ در تفاوت بین این دو این است که می فرماید در اضطرار مضطر بر عقد (معامله ای) که انجام می دهد و لو از باب اضطرار راضی می شود و لذا عقد با رضایت تحقق می پذیرد و لیکن مُکره حتی به عنوان ثانوی و از باب دفع افسد به فاسد نیز راضی به عقد نمی شود.

اشکال مرحوم سید در حاشیه این است که می گوید بین مکره و مضطر از ناحیهٔ رضایت به عقد و عدم رضایت هیچ تفاوتی نیست زیرا هر دوی از آنها به عنوان اولی راضی به انجام عقد نیستند و لیکن هر دو به عنوان ثانوی و برای تخلّص از اجبار و اکراه به تحقق عقد راضی می گردند. پس همانا تفاوت عقد مضطر با عقد مکره که اولی را صحیح دانسته و دومی را باطل می دانند بدین خاطر است که بنا بر آنچه مستفاده از آیهٔ شریفه «إِلاّ أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» است در صحت عقد رضایت فعلی معتبر می باشد و لو اینکه رضایت به واسطه عنوان ثانوی و با توجه به آن حاصل شده باشد ولی در مورد مضطر و مکره حدیث رفع بر اساس حکومتی که بر ادلّه اولیه دارد، می گوید رضایت مکره و مضطر موجب صحت معامله نمی شود و بدون تأثیر است و لکن چون حدیث رفع امتنانی است. امتنان اقتضاء می کند که بین عقد مضطر و عقد مکره تفاوت قائل بشویم زیرا حکم به عدم صحت عقد در مورد

۱- (۱) - مستمسک العروه الوثقی ۲۴۵/۱۴

مضطر خلاف امتنان بر او است به خلاف حکم به عدم صحت عقد مُکره، بنابراین فارق بین عقد مکره و عقد مضطر، دلیل حاکم است وگرنه از نظر دلیل محکوم (آیه شریفه و...) هر دو عقد صحیح محسوب می شود زیرا در هر دو مورد رضایت به عنوان ثانوی حاصل است. مرحوم آقای بروجردی در مقام دفاع از شیخ و ایراد به کلام سید مطلبی را می فرمودند بیان ایشان این بود که: درست است که مکره و مضطر هر دو به عنوان ثانوی راضی می شوند و لیکن چون رفع اکراه از مکره تنها به همین اندازه که مکره معامله ای صوری و ایجاب و قبولی در ظاهر بگوید حاصل می شود و لازم نیست که وی به حقیقت عقد راضی گردد لذا شارع مقدس حکم به عدم صحت عقد مُکره نموده است چون او واقعاً به معامله راضی نشده است و اما در مورد مضطر مثل اینکه شخصی از روی ناچاری و برای تهیه دارو برای فرزندش مجبور می شود که دارو را به چندین برابر قیمت واقعیش بخرد یا به خاطر دفع بدهکاریهای خود ناگزیر از فروش خانه اش به قیمتی نازل تر از قیمت واقعی آن می شود در این موارد شخص مضطر برای اینکه واقعاً مشکل او حلّ شود و از جهت شرعی نیز مرتکب خلاف شرع نشده باشد به حقیقت معامله ای که انجام می دهد راضی می شود تا اینکه دارویی را که به فرزندش می دهد یا پولی را که بابت فروش منزلش بدست می آورد حلال بوده و وی بتواند تملک نماید. پس او و لو به عنوان ثانوی، راضی به «حقیقت معامله» و عقد می باشد به خلاف مُکره

۷) بیان استاد مد ظله در مورد کلام مرحوم بروجردی و انطباق آن با محل کلام

در مورد کلام مرحوم آقای بروجردی دو نکته قابل توجه است:

۱ - بر فرض تمامیت کلام ایشان التزام به آن در مسئلهٔ محل بحث که مرحوم آقای حکیم فرمودند فقهاء اکراه به واجب را بدون اشکال دانسته و با او معاملهٔ عملی اختیاری نموده اند بسیار مستبعد و دور از مذاق شرع است زیرا لازمهٔ فرمایش مرحوم آقای بروجردی در فرق میان مُکره و مضطر این است که در ما نحن فیه نیز به صرف اینکه زوج صیغهٔ «طلقتُ» را به صورت صوری و بدون رضایت واقعی به

طلاق جاری نماید، شارع مقدس احکام طلاق واقعی را بر آن مترتب کرده است.

۲ - در جلسات گذشته ما نسبت به اصل فرمایش مرحوم بروجردی و تمامیت آن به صورت یک قاعده و کبرای کلی ملاحظاتی داشتیم. حاصل کلام ما این است که اینکه ایشان به طور کلی در باب مُکره می فرمایند مشکل او با انجام معامله ای صوری و بدون رضایت داشتن به حقیقت معامله مرتفع می شود. تمام نیست در بسیاری از موارد هست که رفع مشکل مُکره به رضایت واقعی به حقیقت عقد می باشد وگرنه از نظر جهات شرعی دوباره مشکل او باقی است. در این زمینه مثال به طلاق خلع می زدیم. فرض کنید زوجی که اموال زیادی را به همسر خود هبه نموده است او را اکراه می کند که باید طلاق خلع بدهد وگرنه اموالش را از او می گیرد یا اینکه زوج تهدیدهای دیگری به زوجهٔ خود می کند تا اینکه او طلاق خلع بدهد.

در این موارد زن که از روی اکراه طلاق خلع را قبول می کند واقعاً راضی می شود که این طلاق صورت بگیرد و الّا اگر به طور ظاهری و صوری به طلاق راضی شود و شارع نیز حکم به صحت طلاق او ننماید علاوه بر اینکه از فشار زوجه خلاصی نیافته است توالی فاسد دیگری بر آن مترتب است، پس راه نجات او این است که واقعاً به طلاق خلع راضی شود.

با این توضیح در محل کلام نیز می گوییم اگر قائل به اجبار زوج به طلاق شدیم وی برای اینکه مرتکب خلاف شرع نشود و از عدالت و امثال آن ساقط نگردد با ملاحظهٔ همه این امور واقعاً به طلاق راضی می شود لذا با این بیان تفاوتی بین اکراه به واجب با غیر آن نیست.

۸) بیان مرحوم آقای خویی نسبت به جملهٔ «احدها التوقیف حتی یحصل العلم»

مرحوم آقای خویی در ذیل این احتمال در کلام سید رحمه الله می فرمایند: ظاهر این است که این وجه نمی تواند به عنوان یکی از احتمالات مسئله ذکر شود زیرا فرض مسئله در جایی است که تحصیل علم ممکن نیست و الّا اگر تحصیل علم ممکن باشد باید صبر کنند تا علم حاصل شود و به مجرد علم جای طرح این احتمالات

نیست چه اینکه اگر مردی شخصی را وکیل کند تا برای او همسر اختیار کند و او نیز یک نفر معین از دخترهای زید را برای او عقد کرد ولی خود زوج جاهل به آن است به مجرد عدم علم نمی توان گفت باید قرعه زد یا رجوع به حاکم شود.

۹) نقد استاد مد ظله

به نظر می رسد این اشکال مرحوم آقای خویی وارد نباشد زیرا تحصیل علم گاهی قبل از اینکه حقی از طرفین ضایع شود ممکن است در این موارد البته حق با ایشان است و باید صبر کنند تا مسئله روشن شود. اما اگر تحصیل علم پس از مدتی ممکن است که در این مدت حقوقی از طرفین ضایع می شود مثلاً اگر مرد قرار باشد یک سال صبر کند باید مرتب نفقه آنها را بدهد یا زن نمی تواند تحمل کند در این موارد وجوهی که مرحوم سید فرموده اند محتمل است(۱)

ب) ادامه مسئله:

... او زوّجه احدهما بامرأه و الآخر ببنتها او امّها او اختها

دربارهٔ اینکه یکی از وکیلین مادر را برای مردی عقد کند و وکیل دیگر دخترش را برای او عقد نماید مرحوم آقای خویی طبق مبنای خودشان فرموده اند که عقد دختر صحیح است و مبطل عقد مادر می باشد. استدلال ایشان نیز این بود که ما عنوان یحرم الجمع بین الأم و البنت نداریم تا با حصول عقد بنت جزء اخیر علت حرمت حاصل شود و در نتیجه عقد بنت محکوم به بطلان باشد لذا ایشان با تمسک به «أُحِلَّ لَكُمْ ما وَراءَ ذلِكُمْ» عقد دختر را صحیح می دانند و وقتی عقد دختر صحیح باشد چون تزویج مادر زن جایز نیست لذا عقد مادر باطل می شود.

ولی به نظر ما حق با مشهور است و در این موارد عقد دوم که عقد دختر است باطل می باشد زیرا مراد از محرماتی که در آیه شریفه ذکر شده اند محرمات ابدی است مگر جمع بین اختین که محرّم جمعی است و لکن به خاطر شیوع آن ذکر شده است بنابراین مقصود از حلیت در «أُحِلَّ لَكُمْ ما وَراءَ ذلِكُمْ» حلیت در مقابل محرم

۱- (۱) - در پایان کلام مرحوم خویی عبارتی این چنین آمده است «نعم لو کان تحصیل العلم من الصعوبه بمکان بحیث یلحق بعدمه، کما لو توقّف علی الانتظار خمسین سنه مثل المستلزم لبقاء المرأه معطله لم یکن به اعتبار»

ذاتی و ابدی است و لذا معنای «أَحِلَّ لَکَمْ...» این نیست که در غیر از موارد مذکوره، حلیّت نیازمند به هیچ سبب دیگری نیست مثلاً لازم نیست که صیغه خوانده شود و یا شرایط دیگر معتبر نمی باشد. بنابراین معنای «أُحِلَّ لَکُمْ...» این است که هر موردی که فی حد نفسه خالی از اشکال باشد مثل اینکه در حال احرام نباشد یا عدّه زن تمام شده با شد و... در این موارد با رعایت شرایط عقد صحیح است و چون جمع بین مادر و دختر نمی شود اگر کسی مادر را تزویج کرده باشد، تا مادامی که دلیلی بر ابطال آن نباشد نمی توان حکم به بطلان او کرد و لذا اگر بعد از آن دختر آن زن را نیز عقد نماید بر طبق قاعده چون دلیلی بر بطلان عقد مادر نیست (و فرض این است که احل لکم ما وراء ذلکم نیز شامل عقد دختر نمی شود زیرا آیه ناظر به مواردی است که فی حد نفسه اشکالی نداشته باشد و در این مورد به خاطر عدم جواز جمع بین مادر و دختر، عقد دختر فی حد نفسه اشکال دارد) قهراً عقد دختر باطل می شود و عقد مادر به صحت خود باقی می ماند.

ج) ادامهٔ مسئله:

و لو ادّعی أحد الرجلین المعقود لهما السبق و قال الآخر: لا أدری مَن السابق و صدقت المرأه المدّعی للسبق حکم بالزوجیه بینهما لتصادقهما علیهما.

حکم این فرع همان است که مرحوم سید فرموده اند چون فرض این است که شخصی ادعای سبق می کند و زن نیز تزویجش با او را تصدیق می کند و طرف مقابل نیز ادعای خلاف ندارد در این مورد حکم به زوجیت می شود چون در ثبوت نسبت زوجیت اگر زن و مرد با هم توافق داشته باشند و مدعی خلافی در بین نباشد همین نفس توافق آنها کافی است و احتیاج به اثبات کردن ندارد.

پایان کتاب النکاح عروه از جلسه آینده مسائل رضاع شرایع که در جواهر ج ۲۹ از صفحه ۲۶۴ آمده است را شروع می کنیم. ان شاء الله

«* و السلام *»

ص:۴۵۹۴

درباره مرکز

بسمه تعالی

هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

آیا کسانی که می‌دانند و کسانی که نمی‌دانند یکسانند ؟

سوره زمر/ ۹

مقدمه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان، از سال ۱۳۸۵ هـ.ش تحت اشراف حضرت آیت الله حاج سید حسن فقیه امامی (قدس سره الشریف)، با فعالیت خالصانه و شبانه روزی گروهی از نخبگان و فرهیختگان حوزه و دانشگاه، فعالیت خود را در زمینه های مذهبی، فرهنگی و علمی آغاز نموده است.

مرامنامه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان در راستای تسهیل و تسریع دسترسی محققین به آثار و ابزار تحقیقاتی در حوزه علوم اسلامی، و با توجه به تعدد و پراکندگی مراکز فعال در این عرصه و منابع متعدد و صعب الوصول، و با نگاهی صرفا علمی و به دور از تعصبات و جریانات اجتماعی، سیاسی، قومی و فردی، بر مبنای اجرای طرحی در قالب « مدیریت آثار تولید شده و انتشار یافته از سوی تمامی مراکز شیعه» تلاش می نماید تا مجموعه ای غنی و سرشار از کتب و مقالات پژوهشی برای متخصصین، و مطالب و مباحثی راهگشا برای فرهیختگان و عموم طبقات مردمی به زبان های مختلف و با فرمت های گوناگون تولید و در فضای مجازی به صورت رایگان در اختیار علاقمندان قرار دهد.

اهداف:

۱.بسط فرهنگ و معارف ناب ثقلین (کتاب الله و اهل البیت علیهم السلام)

۲.تقویت انگیزه عامه مردم بخصوص جوانان نسبت به بررسی دقیق تر مسائل دینی

۳.جایگزین کردن محتوای سودمند به جای مطالب بی محتوا در تلفن های همراه ، تبلت ها، رایانه ها و ...

۴.سرویس دهی به محققین طلاب و دانشجو

۵.گسترش فرهنگ عمومی مطالعه

۶.زمینه سازی جهت تشویق انتشارات و مؤلفین برای دیجیتالی نمودن آثار خود.

سیاست ها:

۱.عمل بر مبنای مجوز های قانونی

۲.ارتباط با مراکز هم سو

۳.پرهیز از موازی کاری

۴.صرفا ارائه محتوای علمی

۵.ذکر منابع نشر

بدیهی است مسئولیت تمامی آثار به عهده ی نویسنده ی آن می باشد .

فعالیت های موسسه :

۱.چاپ و نشر کتاب، جزوه و ماهنامه

۲.برگزاری مسابقات کتابخوانی

۳.تولید نمایشگاه های مجازی: سه بعدی، پانوراما در اماکن مذهبی، گردشگری و...

۴.تولید انیمیشن، بازی های رایانه ای و ...

۵.ایجاد سایت اینترنتی قائمیه به آدرس: www.ghaemiyeh.com

۶.تولید محصولات نمایشی، سخنرانی و...

۷.راه اندازی و پشتیبانی علمی سامانه پاسخ گویی به سوالات شرعی، اخلاقی و اعتقادی

۸.طراحی سیستم های حسابداری، رسانه ساز، موبایل ساز، سامانه خودکار و دستی بلوتوث، وب کیوسک، SMS و...

۹.برگزاری دوره های آموزشی ویژه عموم (مجازی)

۱۰.برگزاری دوره های تربیت مربی (مجازی)

۱۱. تولید هزاران نرم افزار تحقیقاتی قابل اجرا در انواع رایانه، تبلت، تلفن همراه و... در ۸ فرمت جهانی:

۱.JAVA

۲.ANDROID

۳.EPUB

۴.CHM

۵.PDF

۶.HTML

۷.CHM

۸.GHB

و ۴ عدد مارکت با نام بازار کتاب قائمیه نسخه :

۱.ANDROID

۲.IOS

۳.WINDOWS PHONE

۴.WINDOWS

به سه زبان فارسی ، عربی و انگلیسی و قرار دادن بر روی وب سایت موسسه به صورت رایگان .

درپایان :

از مراکز و نهادهایی همچون دفاتر مراجع معظم تقلید و همچنین سازمان ها، نهادها، انتشارات، موسسات، مؤلفین و همه

بزرگوارانی که ما را در دستیابی به این هدف یاری نموده و یا دیتا های خود را در اختیار ما قرار دادند تقدیر و تشکر می نماییم.

آدرس دفتر مرکزی:

اصفهان -خیابان عبدالرزاق - بازارچه حاج محمد جعفر آباده ای - کوچه شهید محمد حسن توکلی -پلاک ۱۲۹/۳۴- طبقه اول

وب سایت: www.ghbook.ir

ایمیل: Info@ghbook.ir

تلفن دفتر مرکزی: ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

دفتر تهران: ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱

بازرگانی و فروش: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور کاربران: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

مرکز تحقیقات رایانه‌ای
قائمیه
اصفهان
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